

# LA INCORPORACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS INMIGRANTES AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

THE INCORPORATION OF THE POLITICAL PARTICIPATION OF IMMIGRANTS INTO THE SPANISH LEGAL SYSTEM

Laura Díez Bueso  
Universitat de Barcelona  
Adjunta al Síndic de Greuges

Fecha de recepción: 17-4-07

Fecha de aceptación: 4-5-07

**Resumen:** *Este artículo analiza las diversas posibilidades de incorporar al ordenamiento jurídico español los derechos de participación política, a partir de la distinción constitucional entre los derechos de sufragio y de acceso a la función pública y el resto de derechos de participación, como la reunión-manifestación, asociación, sindicación y huelga. A partir de estos dictados constitucionales, el artículo estudia las restricciones aplicables al voto y al acceso a la función pública y defiende el margen del legislador respecto del resto de derechos, sobre todo en la dirección de su reconocimiento.*

**Abstract:** *This article analyzes the different means to incorporate the rights of political participation to the Spanish legal system through the constitutional distinction between rights of suffrage and access to civil service and the rest of the rights of political participation, as the rights of assembly and manifestation, association, union and strike. From this constitutional frame, the article studies the restrictions set on suffrage and access to civil service, and defends the legislative discretion with regard to the rest of rights, specially about their acknowledgment.*

**Palabras clave:** inmigración, participación política, sufragio, función pública  
**Key words:** immigration, political participation, suffrage, civil service



## 1. CÓMO ENFOCAR EL TEMA DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DEL INMIGRANTE

El debate sobre el reconocimiento y sobre el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros ha sido siempre un aspecto central en el ámbito de la extranjería, tanto a nivel europeo como español. La parca regulación constitucional de esta relevante cuestión ha obligado a los tribunales constitucionales de diversos países a pronunciarse sobre las restricciones a los derechos de los extranjeros introducidas en las leyes de extranjería. Así ha sido también en España, donde fueron impugnadas dos de las leyes que más limitaciones proponían al reconocimiento y ejercicio de derechos, como fueron las Leyes orgánicas 7/1985 y 8/2000, esta última todavía pendiente de sentencia.

La centralidad de este debate se justifica fácilmente. Para empezar, la filosofía más o menos aperturista de una ley de extranjería se manifiesta de forma clara en su capítulo de derechos. Si en este sentido analizamos la vigente Ley orgánica de extranjería 4/2000 y sus sucesivas modificaciones, introducidas a través de la ya citada Ley 8/2000 y de las Leyes orgánicas 11 y 14/2003, observamos claramente como, de forma paralela a una reducción en los derechos de los extranjeros, se procede a un endurecimiento progresivo de su régimen administrativo.

La importancia del debate sobre los derechos radica igualmente en su directa e íntima conexión con el proceso de integración de los inmigrantes económicos, siempre relevante pero aún más en un momento en que el porcentaje de población extranjera a nivel europeo, y especialmente español, ha aumentado significativamente. Este último dato cuantitativo ha provocado que, lo que empezó siendo una discusión fundamentalmente jurídica sobre la posibilidad o no de reducir o ampliar los derechos de los extranjeros, pase a ser en la actualidad un debate socio-político del mayor calado.

Y tanto el aumento poblacional de inmigrantes como la relevancia cada vez mayor de este debate han propiciado, a su vez, que este se amplíe a la discusión sobre el reconocimiento de derechos que, décadas atrás, no se encontraban en liza. Concretamente, hace ya unos años que se debate social y políticamente con intensidad sobre la conveniencia de ampliar o limitar los derechos de participación política, y particularmente el de sufragio. Y, a este respecto, cabe hacer las siguientes acotaciones.

Para comenzar, decimos bien cuando hablamos de derechos de participación política en general, puesto que el debate debe incluir derechos como



la reunión-manifestación o asociación, la creación de partidos políticos o sindicatos o incluso el derecho de acceso a la función pública. No debe reducirse la discusión al tan controvertido derecho de sufragio, importante pero no único. El ámbito de la participación política supera en mucho el derecho de voto y por ello no debe confundirse ni relegarse ante el debate sobre la limitación o ampliación del sufragio a los extranjeros.

Centrándonos ahora, sobre todo, en el más debatido derecho de voto, el eventual reconocimiento de este derecho a los extranjeros deberá contar con un proceso de reflexión previa que permita un gran consenso social. La afectación a la soberanía popular y el elevado valor simbólico de este derecho de participación política requieren que su ampliación sea aceptada y comprendida por la población autóctona, como una necesidad derivada de la realidad social imperante así como del propio Estado democrático.

Finalmente, el reconocimiento del derecho de sufragio debe concebirse como progresivo en el tiempo, tanto desde el punto de vista de la espera hasta alcanzar el consenso social necesario ya aludido, como desde la perspectiva del inmigrante-individuo, quien debiera alcanzar la titularidad de este derecho como un paso más y paralelo a su proceso de integración.

Establecidas estas premisas, corresponde ahora un análisis detallado sobre la situación actual en España respecto del reconocimiento de la titularidad de los derechos de participación política a los extranjeros, así como de las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico español para progresar hacia un mayor reconocimiento de estos derechos.

## 2. DE DÓNDE PARTIMOS Y HASTA DÓNDE PODEMOS LLEGAR

### 2.1. El texto constitucional

Desde un punto de vista global, la Constitución Española de 1978 es muy parca en la regulación de los derechos de los extranjeros. El artículo 13 del texto constitucional se limita a reenviar esta regulación a los Tratados internacionales y al legislador, orgánico u ordinario en función del derecho de que se trate. Sin embargo, existe una clara excepción en esta estructura: algunos derechos de participación política.

Como es sabido, el derecho de sufragio activo, y después de la reforma constitucional de 1992 también el pasivo, se reconoce a los extranjeros única-



mente en las elecciones locales y siempre que exista reciprocidad. Por otro lado, el acceso a la función pública se reserva de forma exclusiva a los españoles. Estas limitaciones se producen de la lectura combinada de los artículos 13 y 23 de la Constitución, cuando el primero sólo reconoce a los nacionales los derechos de participación recogidos en el segundo, con la salvedad ya apuntada referida a los comicios locales.

Ante esta normativa constitucional, no puede negarse *a priori* el interés del constituyente por reservar concretos derechos de participación política a los españoles, muy probablemente por su tradicional conexión con una noción clásica de soberanía. Nada se dice, sin embargo, de otros derechos de participación, pero quizás aquella restricción constitucional haya provocado, como se verá, que su reconocimiento haya sido discutido (reunión-manifestación, asociación y sindicación) o, incluso en algunos supuestos, negado (creación de partidos políticos).

En todo caso y aunque escasa, esta normativa constitucional ofrece unas pautas que no pueden desconocerse. Para comenzar y respecto de los derechos de participación política aludidos en el artículo 13, existen unos conceptos jurídicos que deben interpretarse, muy claramente el de reciprocidad.

Para continuar, es preciso realizar una interpretación jurídica respecto del trato constitucional que cabe dar a los derechos no citados, pues no necesariamente una interpretación *ex constitutione* favorable o no a su reconocimiento es la correcta. Nos referimos a una interpretación favorable que parta de la idea de que la no mención de ciertos derechos de participación política supone un reconocimiento implícito, en contraposición a la explícita prohibición de voto y acceso a la función pública. O, por el contrario, a una interpretación que niegue su reconocimiento en la línea constitucional de vetar la titularidad de voto y acceso a la función pública por la conexión de los derechos de participación política con la idea de soberanía.

Finalmente, tampoco cabe olvidar que la Constitución vigente es el marco actual de referencia pero, por supuesto, se encuentra sujeta a eventuales reformas: eso ya sucedió, precisamente, con la modificación acaecida para ampliar el derecho de voto pasivo a los extranjeros a nivel municipal. La evolución del Estado hizo entonces necesaria la reforma constitucional y, sin duda, más tarde o más temprano este texto deberá ir adaptándose a nuevas realidades inexistentes a finales de la década de los setenta.

Partiendo de estas premisas, lo que cabe abordar ahora es cual ha sido el régimen jurídico de los derechos de participación política. Por supuesto, el



análisis debe hacerse por separado puesto que en el caso de los derechos de sufragio y acceso a la función pública los dictados constitucionales son explícitos e indican más claramente el marco legislativo posible. En cambio, respecto del resto de derechos de participación política las posibilidades no resultan tan evidentes y la interpretación jurídica debe hacerse a partir de normas no explícitas del texto constitucional.

## **2.2. El derecho de sufragio y de acceso a la función pública**

### *A. Derecho de sufragio*

Recientemente, el debate sobre la ampliación de los derechos de participación política a los extranjeros se ha centrado en el derecho de voto. Esta discusión, aparcada durante décadas, ha surgido con fuerza en la actualidad probablemente por el aumento cada vez mayor de inmigrantes económicos en España, que se ven privados de un derecho de sufragio indisolublemente ligado a la idea de soberanía pero también a la esencia del Estado democrático. La presencia de un buen número de personas instaladas en nuestro país a quienes se les veta la titularidad de este derecho de voto pone día a día de relieve la paradoja en la que actualmente vivimos: un Estado declaradamente democrático que impide participar en la conformación de sus instituciones a un conjunto de personas por su condición de extranjeros.

Bien es cierto que se ha aducido la posibilidad de adquirir la nacionalidad española para justificar esta situación. Se ha defendido que la vía de la nacionalización es la adecuada para superar esta supuesta paradoja, aunque quizás sin valorar suficientemente ciertos elementos. El más evidente es el oneroso procedimiento que la ley exige para conseguir la nacionalidad española: a partir del silencio constitucional, el Código civil obliga a una residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición de nacionalidad de diez años, aunque el plazo se reduce hasta dos años para Iberoamericanos y otras nacionalidades históricamente vinculadas a España.

A partir de esta reducción del plazo se ha planteado todavía con mayor fuerza el argumento de la vía de la nacionalización para la consecución de derechos políticos, pero quizás sin valorar suficientemente dos factores. Por un lado, muchos extranjeros residentes en España no proceden de países vinculados al nuestro y deberán, como mínimo, esperar diez años para ejer-

cer este derecho; además de que la consecución de la nacionalidad española, en ocasiones, les obliga a perder su nacionalidad de origen. Por otro lado, la discusión sobre el derecho de voto de los extranjeros no puede ocultarse tras el argumento de la posibilidad de adquirir la nacionalidad, pues lo que realmente se está discutiendo es la salud de un Estado democrático en cuanto a su propia representatividad. Se está debatiendo sobre la legitimidad de las instituciones públicas elegidas a través de un sufragio que cada vez es menos universal. Además, desde un punto de vista menos teórico y más práctico, esta invisibilidad de los extranjeros a nivel institucional puede llegar a provocar que sus necesidades y prioridades no siempre se encuentren reflejadas y/o defendidas en los proyectos de los partidos políticos que acabarán conformando las instituciones públicas.

Una vez centrada la cuestión del voto de los extranjeros y apuntada su ya conocida relevancia, cabe preguntarse hasta dónde podemos llegar dadas las limitaciones constitucionales antes expuestas: la reducción del sufragio al ámbito municipal y la necesidad de reciprocidad.

No se acostumbra a hablar sobre la limitación del voto a las elecciones locales, limitación por otra parte del todo generalizada en el derecho comparado salvo escasísimas excepciones. Quizás en nuestro caso este silencio de deba a la taxatividad del texto constitucional y a la imposibilidad de una interpretación flexible que permita ampliar el ámbito a los comicios autonómicos o estatales. No obstante, en relación con esta limitación merece la pena realizar dos apuntes.

El primero es la importancia misma de este nivel político local para los extranjeros, especialmente para los inmigrantes económicos. La proximidad de los ayuntamientos a los vecinos, los servicios que estos prestan (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda) y su posición estratégica en los procesos de integración son motivos más que suficientes que explican la importancia de la participación de los extranjeros en las elecciones municipales. Puede incluso considerarse que la participación en este nivel local es un primer paso para futuras ampliaciones del derecho a nivel autonómico o estatal, en un proceso que podría configurarse paralelo al de integración del inmigrante.

Así pareció entenderlo la versión primigenia de la Ley de extranjería 4/2000, cuando previó la existencia de una especie de comicios municipales paralelos a los previstos para los nacionales, en los que pudieran participar aquellos extranjeros que tuvieran vedado su derecho de voto por su condi-



ción de tal, eligiendo entre sí a sus representantes. Consciente de las limitaciones constitucionales, esta previsión ofrecía una salida que nunca llegó a concretarse por la normativa sectorial correspondiente, puesto que una de las modificaciones operadas por la Ley 8/2000 fue la de eliminar esta vía de participación. A cambio, la normativa vigente remite a la sectorial en materia de participación de los extranjeros en la vida pública municipal, es decir, a partir de comisiones o comités consultivos, imprescindibles para el normal desenvolvimiento de la vida pública local pero que nunca podrán suplir la vía participativa que representa el derecho de sufragio municipal.

El segundo apunte relativo a la limitación del derecho de voto a las elecciones locales conecta, directa y precisamente, con la única reforma constitucional habida hasta el momento, que amplió el derecho de sufragio de activo a activo y pasivo en estos comicios. Como es sabido, esta ampliación se debió a las exigencias del proceso de integración europea, pero al mismo tiempo permitió constatar que era posible la modificación constitucional en orden a ampliar el derecho del voto y ofreció a todos los no nacionales, no sólo a los europeos, la titularidad de un nuevo derecho de participación pública tan relevante como es el de ser elegible en los comicios municipales.

Aunque, más allá de eso, conviene recordar cómo interpretó esta reforma el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992, pues esta interpretación puede llegar a tener consecuencias de futuro si se decide ampliar de nuevo este derecho a los extranjeros. Dejando al margen lo discutible que pueda considerarse, en su Declaración, el Tribunal afirmó que el reconocimiento del derecho de voto en el nivel local no afectaba a la idea de soberanía nacional, lo cual tenía consecuencias inmediatas, al tiempo que facilitaba enormemente en la práctica la reforma constitucional: era suficiente con modificar el artículo 13 de la Constitución, cuya reforma además no requiere el procedimiento agravado de reforma constitucional.

*A sensu contrario*, si en alguna ocasión se decidiera ampliar el derecho de voto al nivel autonómico y/o estatal, debería procederse a la reforma del artículo 23 de la Constitución, que recoge el derecho de voto, e incluso a la reforma del artículo 1.2, que declara que la soberanía recae en el pueblo español: ambos preceptos exigen la reforma a través del procedimiento agravado.

La segunda limitación constitucional al derecho de voto de los extranjeros es la exigencia de reciprocidad en el reconocimiento del derecho en el país de origen del extranjero. Esta limitación respondía a una forma de pro-



tección del gran número de emigrantes españoles que se encontraban en el extranjero, en el momento de aprobación de nuestra Carta Magna. Es por este motivo por lo que se trata de una limitación que no resulta común en el derecho comparado, donde los condicionantes a la titularidad o ejercicio del derecho de voto se vinculan únicamente a unos plazos previos de residencia.

El criterio de la reciprocidad supone dejar al margen un buen número de personas originarias de países sometidos a regímenes dictatoriales que no podrán votar en España como no pudieron hacerlo, democráticamente, en su país. Pese a todo, y aun siendo la reciprocidad una clara limitación del derecho de sufragio, supone una posible vía de intervención de los poderes públicos en el reconocimiento del derecho de voto a los extranjeros. A diferencia de lo que sucedía con la taxativa restricción constitucional al nivel local, en el caso de la reciprocidad se ofrece al poder público un margen de maniobra para que amplíe o reduzca el reconocimiento del sufragio.

Cabe decir que este margen de maniobra ha sido utilizado muy escasamente por parte del Estado español. Alrededor de la década de los noventa se concluyeron Tratados internacionales que reconocían el derecho de voto a los nacionales de diversos países Iberoamericanos, como Uruguay, Venezuela, Colombia, Argentina o Chile. No obstante, para la efectividad de estos Tratados deberían haberse suscrito otros complementarios o especiales que nunca han llegado a firmarse. Pese al tiempo transcurrido y a los diversos gobiernos, las posibilidades que ofrece el criterio constitucional de la reciprocidad no han sido exploradas y hasta hace poco no parecía que hubiera atisbos de que actualmente lo fueran.

Sin embargo, recientemente parece que el conjunto de partidos políticos ha considerado que es momento de plantear el debate, eso sí, dentro de los términos constitucionales y todavía sin evaluar la posibilidad de eventuales reformas de la Carta Magna.

Que el planteamiento iba a circunscribirse a los parámetros constitucionales se hizo evidente después de la presentación, en febrero de 2006 en el Congreso de los Diputados, de la Proposición no de ley del Grupo parlamentario Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Els Verds, que, sin aludir a criterios de reciprocidad, instaba al Gobierno a estudiar las reformas normativas necesarias para que los inmigrantes regulares pudieran votar en las elecciones que deben celebrarse el último domingo de mayo de 2007. Esta Proposición fue enmendada por el Grupo parlamentario



Socialista y acabó por presentarse para la discusión un nuevo texto que, ahora ya sí, instaba al Gobierno “a avanzar, atendiendo a criterios de reciprocidad, en el ejercicio del sufragio activo y pasivo de los extranjeros en España en los términos que establece el artículo 13.2 de la Constitución”. Como se aprecia, esta Proposición no de ley no hace más que recoger los extremos del texto constitucional y quizás por ello no encontró obstáculo para que fuera aprobada por unanimidad de los Grupos parlamentarios.

Puede que un paso más en la dirección de incentivar la acción política y hacer más efectiva la posibilidad que ofrece el criterio constitucional de la reciprocidad fuera una nueva Proposición no de ley conjunta de los dos Grupos parlamentarios antes aludidos, presentada en septiembre de 2006. En ella ya se concretaba la necesidad de que el Gobierno procediera a la firma de Tratados “con los países con mayor número de nacionales residentes legales en España y, especialmente, con aquellos con los que ésta tiene relaciones históricas, políticas y culturales más estrechas, al objeto de que dichos nacionales puedan votar y ser elegidos en las elecciones municipales en España con arreglo al artículo 13.2 de la Constitución”.

Hasta el momento los movimientos políticos al respecto han quedado aquí y, como ya se ha observado, circunscritos a los dictados constitucionales y, por tanto, limitados al ámbito local y a la condición de reciprocidad.

Sin embargo, al margen de la opción política por la que legítimamente se opte, existen todavía incógnitas interpretativas que aflorarán en el momento en que se apueste decididamente por activar el requisito de la reciprocidad. Principalmente, estas opciones interpretativas que la Constitución no aclara y, hasta el momento, la ley tampoco, pueden reconducirse a dos: por un lado, ¿cuándo puede considerarse que un país cumple con la exigencia de reciprocidad del voto con los españoles?; por otro, ¿es siempre imprescindible la conclusión de Tratados internacionales para considerar cumplido el requisito de la reciprocidad?

Como es lógico, ya se ha descartado que la reciprocidad pueda darse en países con regímenes dictatoriales donde, a lo sumo, existan elecciones no democráticas para tratar de legitimar lo imposible. Pero, ¿dónde puede fijarse la frontera en otros casos de forma que se pueda sostener que existen instrumentos suficientes para la convocatoria de elecciones periódicas y libres? Está claro que no puede interpretarse que las condiciones de los comicios deben ser idénticas a las existentes en España, pero la concreción de cuáles deben ser las exigencias mínimas no se encuentra normativizada y no es ba-

ladí, pues de ello depende la posibilidad o no de cumplir con el requisito de la reciprocidad. Más allá del debate sobre la conveniencia de la suscripción de Tratados, necesario como paso previo, resulta urgente que se proceda a un análisis sobre el contenido material del concepto reciprocidad en materia de elecciones democráticas.

Por otro lado, ¿resulta una exigencia constitucional ineludible la conclusión de Tratados internacionales para hacer efectiva la reciprocidad en el sufragio municipal? Tampoco la normativa vigente puntualiza este extremo y en este punto la doctrina ha defendido posturas muy distintas, que van desde la necesidad de existencia de un Tratado internacional a los que apuestan por una reciprocidad informal que sólo exija que el extranjero en cuestión pueda probar administrativa o judicialmente que existe reciprocidad de hecho. Quizás esta última opción sea la más arriesgada desde el punto de vista de la seguridad jurídica y dada la trascendencia que debe darse al concepto de reciprocidad como requisito inexcusable para el ejercicio de un derecho como el sufragio. En todo caso, también la necesidad de existencia de un Tratado internacional formalmente suscrito parece un extremo opuesto que pudiera flexibilizarse y considerar suficientes otros instrumentos internacionales o legales menos costosos desde un punto de vista procedimental.

En cualquier caso, las limitaciones constitucionales son evidentes, aunque no insalvables si se alcanza un amplio acuerdo que permita una reforma constitucional dirigida a ampliar el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros. Por otro lado y más allá de esta vía de reforma constitucional, las posibilidades que plantea la Carta Magna no han sido todavía exploradas por parte de los poderes públicos, además de que se mantiene la necesidad de concretar ciertos extremos constitucionales como el criterio de reciprocidad.

### B. *Derecho de acceso a la función pública*

Al igual que el sufragio, el derecho de acceso a la función pública también se encuentra vedado a los extranjeros en el artículo 13 de la Constitución. La referencia doctrinal a este derecho ha sido escasa y también lo ha sido el debate sobre la conveniencia de superar esta limitación. Sin embargo, no puede menospreciarse la importancia del acceso a la condición de funcionario para los extranjeros.

Esta limitación constitucional impide a los no nacionales acceder a miles puestos de trabajo de muy diversos perfiles profesionales, que van desde



servicios de limpieza en ayuntamientos a médicos en hospitales públicos. Pero sobre todo, esta restricción de la titularidad a los nacionales coarta las salidas profesionales de las segundas generaciones de extranjeros que han nacido y se han formado en España. Si bien es cierto que siempre será posible la conclusión de un contrato laboral que permita a estas personas prestar servicios en las administraciones públicas, su situación nunca podrá equipararse a la de acceso a una plaza de funcionario, al alcance de los nacionales.

¿Cómo puede llegar a superarse esta situación? La respuesta que pareciera más plausible es la reforma constitucional, que directamente veda el acceso a la función pública a los extranjeros. No obstante, la realidad legislativa no lo ha entendido así, al menos para los extranjeros-nacionales de algún país de la Unión Europea.

Efectivamente, esta restricción constitucional casaba mal con la libertad de circulación de trabajadores, pilar básico en la estructura de funcionamiento de la Unión, de manera que se procedió a una interpretación 'flexible' del artículo 13 de la Constitución, pese a la aparente taxatividad de sus términos. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, recogida en su Sentencia de 17 de diciembre de 1980, debe procederse a una distinción entre los puestos de la función pública que implican ejercicio de autoridad y los que no lo tengan, entendiéndose por ejercicio de autoridad los cargos que 'comportan una participación, directa o indirecta, en el ejercicio de la potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Tales empleos suponen, en efecto, de parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad respecto del Estado así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad'.

A partir de aquí, la situación queda dibujada de la siguiente forma: los 'extranjeros-comunitarios' podrán acceder a la función pública como maestros, médicos, administrativos, funcionarios de correos o de limpieza, entre otros puestos, en tanto que los extranjeros de terceros países tendrán vedado este acceso. Queda claro que el mismo artículo 13 de la Constitución ha permitido dos interpretaciones legales diferentes, la recogida en la normativa aplicable a los nacionales de la Unión Europea y favorable a un entendimiento extensivo de los derechos, y la recogida en la Ley de extranjería vigente, que no distingue entre cargos de autoridad y puestos que no supongan ejercicio de autoridad, con el resultado de vedar cualquier posibilidad de acceso a la función pública a los extranjeros no comunitarios.



En definitiva y al margen de debates doctrinales sobre la discutible constitucionalidad de la distinción entre ambos cargos aplicada a los ciudadanos comunitarios, lo cierto es que esta misma distinción podría aplicarse a todos los extranjeros con la simple reforma de la Ley de extranjería.

### 2.3. Los otros derechos de participación política

Retomando lo dicho al analizar el marco constitucional, y al margen del sufragio y del acceso a la función pública, cabe recordar que el silencio constitucional respecto de los derechos de participación política no puede interpretarse de forma automática a favor o en contra de su reconocimiento: a favor por su no prohibición o en contra por su conexión con la idea de soberanía que justifica la negación de sufragio y acceso a la función pública.

¿Cuál ha sido la opción del legislador? Con carácter general, no puede desconocerse que su opción ha sido ciertamente restrictiva, en la línea de la normativa europea al uso. Es cierto que Irlanda, Holanda, Bélgica o los países escandinavos han firmado el Convenio sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local, elaborado en el marco del Consejo de Europa en 1992 y que reconoce una serie de derechos de participación política como la reunión y la sindicación, además del voto en el ámbito local. Aun así, el mismo Convenio permite a las partes prever restricciones a la participación política de los extranjeros. Y además, otros países no firmantes como Alemania siguen aplicando normativas internas que tienden a limitar la participación política de los extranjeros más allá del voto y del acceso a la función pública.

Concretamente en España, el reconocimiento de los derechos de reunión-manifestación, asociación, sindicación y huelga ha estado marcado por avances y retrocesos. La Ley de extranjería de 1985 reconoció los derechos de reunión y asociación únicamente a los extranjeros regulares y lo hizo, además, restringiendo el contenido esencial de ambos derechos. Esta restricción fue anulada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/1987, pero no por interpretar que la Carta Magna obligaba al legislador orgánico a reconocerlos, sino por considerar que el reconocimiento de cualquier derecho a un extranjero debe llevarse a cabo respetando el contenido esencial del mismo: el legislador es libre de reconocer o no la titularidad del derecho, pero si lo hace debe respetar su contenido esencial protegido *ex constitutione*.

Tras un fugaz reconocimiento en la Ley 4/2000 de los derechos de reunión-manifestación, asociación, sindicación y huelga a todos los extranjeros, tanto re-



gulares como irregulares, la reforma operada ese mismo año 2000 en la Ley de extranjería reconoció la titularidad de estos derechos a los irregulares supeditando su ejercicio a la consecución de un permiso de residencia. Esta restricción fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, sin que este haya todavía dictado sentencia. Y, ciertamente, parece que esta concreta distinción entre titularidad y ejercicio del derecho supone tanto como afirmar que sólo los extranjeros regulares son titulares de los derechos de participación pública en cuestión.

Por otro lado, ¿sería constitucionalmente admisible vedar la titularidad de estos derechos a los irregulares? En este punto cabría distinguir entre dos grupos de derechos: por un lado, reunión-manifestación y asociación y, por otro, sindicación y huelga. Esta clasificación responde a la siguiente reflexión: puede establecerse una directa conexión entre el primer grupo de derechos y la libertad de expresión, de manera que su limitación a los extranjeros regulares podría considerarse inconstitucional pues se trataría de derechos humanos predicables de todas las personas; en cambio, la conexión entre la libertad de expresión, o cualquier otro derecho humano, y la sindicación y la huelga es más forzada, sobre todo en este último caso, a lo que debe añadirse el presupuesto natural de una relación laboral en la base de ambos derechos.

Después de este comentario general, deben hacerse algunos comentarios relativos ya a algunos derechos de participación política concretos, como son los de asociación y sindicación.

Respecto del derecho de asociación, dos apuntes. El primero relativo a la necesidad de compatibilizar el reconocimiento de este derecho con la promoción de organizaciones consultivas u otros instrumentos que contribuyan a aglutinar intereses identitarios, al estilo de los consejos consultivos de inmigrantes de Luxemburgo, elegidos por la población inmigrada o bien por representantes de asociaciones de inmigrantes, o los comités consultivos de Alemania, compuestos en parte por población alemana y extranjera.

Por otro lado, nada dice la Ley de extranjería sobre el asociacionismo político, regulado actualmente en la Ley 6/2002 de partidos políticos. Esta Ley reconoce a los extranjeros el derecho a afiliarse a partidos políticos, impidiendo implícitamente de este modo la posibilidad de crear partidos. Es más, esta limitación ha sido ratificada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003 que se pronuncia sobre la Ley del 2002. Esta opción parece discutible desde una perspectiva constitucional. Para empezar, el asociacionismo político es una especialidad en el régimen del derecho a la asociación, puesto que, como ha afirmado en diversas ocasiones el propio Tribunal Constitucional, los par-



tidos políticos son formas específicas de asociación elevadas por su trascendencia a nivel constitucional (por todas, STC 85/1986): si el contenido esencial del derecho de asociación abarca el derecho, no sólo a afiliarse, sino también a crear asociaciones, el mismo contenido debe darse al asociacionismo político. Además, el reconocimiento constitucional del sufragio pasivo a los extranjeros se compadece mal con la imposibilidad de fundar partidos políticos, más allá de que la función de los mismos, no se circunscribe a participar en convocatorias electorales, sino que conforman la opinión pública, contribuyen a la formación política e integran intereses en objetivos políticos, con lo que ni la negación del sufragio podría erigirse en razón suficiente que justificara la prohibición de creación de partidos.

Respecto del derecho de sindicación la situación es similar, pues la vigente Ley de extranjería sólo reconoce a los extranjeros regulares el derecho a afiliarse a sindicatos, de forma que niega su capacidad para crearlos. Otra vez esta opción parece criticable desde un punto de vista constitucional y también según la jurisprudencia constitucional ya citada: la Ley ha operado una clara restricción en el contenido esencial del derecho de sindicación, que abarca tanto el derecho a afiliarse a sindicatos como el de crearlos.

En resumen, la ausencia de referencia expresa de la Constitución a los diversos derechos de participación política ha provocado una regulación diversa en función del derecho que, en algunos supuestos, puede llegar a considerarse contraria a la propia Carta Magna. No a mucho tardar el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse y, así, avanzar un paso más en una regulación jurídica adecuada desde una perspectiva constitucional.

### 3. COMENTARIOS FINALES

Hasta aquí el repaso a las posibilidades de incorporación de la participación política de los extranjeros al ordenamiento jurídico español. Como se ha señalado, desde la Constitución se marca una clara división entre los derechos de sufragio y de acceso a la función pública y el resto de derechos de participación política, que determina claramente el margen de maniobra del legislador. En el primer caso la Carta Magna establece unas claras restricciones, en tanto que en el segundo el margen parece muy abierto sobre todo en la dirección del reconocimiento de derechos.

Respecto del sufragio, más allá de reformas constitucionales que, en la línea de la de 1992, puedan ampliar eventualmente este derecho a los ex-



tranjeros por encima de las limitaciones actuales, la restricción a los comicios locales es taxativa. Un margen superior ofrece el criterio de reciprocidad, que permite al Estado ampliar el espectro de titulares del derecho de sufragio a extranjeros que ahora no pueden votar. Pese a ello, no ha sido esta la tendencia hasta el momento y quedan interrogantes pendientes de responder en cuanto a la interpretación y alcance de este criterio constitucional.

En relación con el derecho de acceso a la función pública, cabe reseñar el doble rasero legal aplicado a extranjeros-comunitarios y a extranjeros de terceros países, que ha permitido acceder a determinados puestos de la función pública a aquellos en tanto lo prohíbe a estos.

La regulación del resto de derechos de participación política ha sido vacilante en cuanto a su reconocimiento, con una tendencia hacia la restricción. A la espera de un pronunciamiento constitucional en este ámbito, es discutible la distinción legal entre titularidad y ejercicio del derecho en la regulación de los derechos de reunión-manifestación, asociación, sindicación y huelga, con el objetivo de privar del derecho a los extranjeros no regulares. Además, también parece discutible que la estrecha conexión de los dos primeros con la libertad de expresión no permita considerar que nos encontramos ante derechos predicables de cualquier persona. Por otro lado, la regulación legal de derechos como el de asociacionismo político y el de sindicación parece contradecir claramente los dictados constitucionales y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al vetar la creación de partidos políticos y de sindicatos a los extranjeros: cuando un derecho se reconoce a un extranjero debe hacerse respetando su contenido esencial, que en los dos casos incluye, no sólo la afiliación, sino también la fundación.

En definitiva, un panorama ciertamente perfeccionable, tanto desde un punto de vista legal como constitucional, que parece que comienza a captar la atención pública y política que merece, aunque todavía de manera insuficiente: no puede perderse de vista que se trata de un debate en el que está en juego la solvencia democrática de nuestro Estado.

LAURA DíEZ BUESO  
*Síndic de Greuges de Catalunya*  
C/ Josep A. Clavé, 31  
08002 Barcelona  
E-mail: [ldiez@sindic.cat](mailto:ldiez@sindic.cat)