

OS DEREITOS DOS EMIGRANTES COMO DEREITOS FUNDAMENTAIS

Xosé Antón Sarmiento Méndez

Letrado da Comisión de Emigración do
Parlamento de Galicia
Profesor de teoría constitucional da
Universidade de Vigo

A actividade recente do lexislativo autonómico en materia de emigración xira, fundamentalmente, en torno ás profusas actividades da Comisión de Estudo creada no seo da Cámara, e este é o *leitmotiv* das reflexións que a seguir se transcriben.

Falar de dereitos fundamentais e emigración presenta *ab initio* o problema da posible utilización hiperbólica da expresión iusnaturalista. Como sabemos o título I da nosa Constitución leva por rúbrica «Dos dereitos e deberes fundamentais» abarcando os artigos 10 a 55 da Carta magna. Ao longo destas páxinas tratarei de matizar o grao de efectividade de certos dereitos contidos na lei de leis en relación cos españois residentes no exterior, sen perder de vista a perspectiva que entendo fundamental e que Amy Gutmann¹ denomina *fundamentación plural* dos dereitos, isto é, a fundamentación moral destes que descansa no recoñecemento da relación dialéctica entre valores (morais) e intereses (económicos).

¹ Na súa introdución ao libro de Michel IGNATIEFF: *Los derechos humanos como política e ideología*. Paidós, Barcelona, 2003.

Por outro lado, a aplicación da teoría dos dereitos fundamentais aos emigrantes trae a colación, respecto a aqueles que teñen un contido económico, a problemática da universalidade dos dereitos económicos e sociais e a súa aplicabilidade nun contexto de crise do Estado social. Tal e como formula Peces-Barba este tipo de dereitos son universais desde o punto de partida, pero a universalidade do punto de chegada debe matizarse, tratándose da coñecida diferenciación entre o ser e o deber ser².

Unha última precisión preliminar debe partir da diferenciación entre o concepto de emigrante que máis adiante se delimita e o de traballador español que se despraza temporalmente ao estranxeiro. A súa problemática xurídica³ é moi diferente e por iso tamén a nosa Constitución se ocupa en lugares distintos do seu tratamento e tutela. A dimensión aquí abordada supera, como se verá, o ámbito estritamente laboral e afecta a todas as facetas do fenómeno poliédrico da emigración.

1. O marco sociolóxico da emigración no Estado español

O fenómeno migratorio deuse historicamente en ámbitos culturais moi heteroxéneos, e iso debido a causas, apuntadas recentemente por estudos como o do profesor murciano Juan B. Vilar⁴, tan diversas como foron os cambios climáticos, os factores bélicos derivados da presión militar duns pobos sobre outros, as diferenzas no desenvolvemento económico e demográfico e por motivos políticos de carácter represivo⁵.

A emigración española na época contemporánea centrouse en dous ámbitos fundamentais: América e Europa. Os cambios económicos, sociais e políticos europeos no século XIX crearon as condicións que favorecían a saída da poboación. Deste modo, o continente americano recibiu nos últimos decenios do século XIX e os dous primeiros do XX uns grandes continxentes de poboación europea, especialmente italiana e española.

² *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidade Carlos III de Madrid. BOE. Madrid, 1995, p. 318.

³ Ver ao respecto o traballo de Pedro RABANAL CARBAJO: «Trabajadores nacionales desplazados temporalmente y legislación aplicable» no que realiza unha esesese interesante sobre a aplicación da lei 45/1999, do 29 de novembro sobre desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional. *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*. Universidade de Vigo. 2003.

⁴ *Murcia: de la emigración a la inmigración*. Fundación Centro de Estudios Históricos e Investigaciones Locales de la Región de Murcia. Murcia, 2002.

⁵ Resulta de interese neste sentido o traballo de M. NAVARRO LÓPEZ, «El contexto socioeconómico de la emigración continental española (1945-1975)» contido no volume compilado por J. A. GARMENDIA, *La emigración española en la encrucijada. Marco general de la emigración de retorno*. C.I.S., Madrid, 1981.

A maior parte da emigración española a América centrouse, por motivos lingüísticos e culturais, en xeral na América latina, e así foron Brasil, Uruguai e Arxentina os que nun primeiro momento recibiron un maior fluxo migratorio desde España. Posteriormente incorporáranse países como Cuba, México ou Venezuela.

Pola contra, a emigración española a Europa é moito máis recente e pode localizarse basicamente no escenario posterior á segunda guerra mundial e referida aos países da Europa occidental (fundamentalmente Gran Bretaña, Alemaña, Países Baixos, Suíza e Francia).

Esta formulación xeográfica e histórica debe sernos de utilidade para non perder de vista a relativa inmediatez na que se produciu o cambio sociolóxico en España respecto ao problema emigración *versus* inmigración. En efecto, estes compatriotas que abandonaron o territorio español conservan, na súa maioría, a nacionalidade española e, polo tanto, como tratarei de expoñer en diante son acredores dos dereitos que a Constitución española garante a todos os cidadáns⁶. Estas afirmacións tampouco poden descoñecer o angustioso problema inmigratorio que o noso país está experimentando, fenómeno que, polo demais, se encontra en ocasións interrelacionado co retorno de emigrantes españois ou dos seus descendentes e, como apunta Colomer Viadel⁷, pertencen ao noso universo cultural e civilizador e as súas posibilidades de integración son, por tanto, máis rápidas e intensas.

2. Os condicionantes constitucionais no texto de 1978

O momento histórico no que se aprobou o texto da nosa Carta magna determina a redacción e tratamento xeral que esta lle outorga á emigración. De feito, soamente nun artigo desta se fai unha referencia directa aos emigrantes españois no estranxeiro.

Ademais desta escasa atención do texto constitucional aos dereitos dos emigrantes, o tratamento que a xurisprudencia do Tribunal Consti-

⁶ A nacionalidade, como apunta o profesor DÍEZ DE VELASCO, é un vínculo que liga a un individuo cunha determinada organización política estatal, determinando a pertenza xurídica dunha persoa á poboación dun Estado. *Instituciones de Derecho internacional Público*, tomo I. Tecnos. Madrid, 1994, páxina 504. Perspectiva esta que tampouco é ignorada polo lexislador comunitario cando se ocupa de disciplinar os dereitos fundamentais dos estranxeiros recoñecidos no Convenio europeo para a protección dos dereitos humanos e das liberdades fundamentais e a Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea. Así a Directiva 2003/109 do Consello (Diario Oficial da Unión Europea do 23 de xaneiro de 2004) relativa ao estatuto dos nacionais de terceiros países residentes de longa duración.

⁷ *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo. La polémica ley de extranjería*. Editorial Punto y coma. Valencia 2001, p. 16.

tucional fixo dos dereitos fundamentais en relación á súa conceptualización e clasificación⁸, tampouco favoreceu que o lexislador tomara realmente en serio a defensa de tales dereitos dos españois no exterior, e esta foi unha consecuencia máis da defectuosa técnica seguida pola nosa Carta magna á hora de, como sinala Pedro Cruz Villalón⁹, tratar unha categoría básica no dereito constitucional contemporáneo como son os dereitos fundamentais.

A ausencia dunha regulación prolixa da emigración non supón, ao meu xuízo, unha insuficiencia de base constitucional para a defensa e tutela dos dereitos dos emigrantes. De feito, existe coincidencia en manter que a base ou fundamento xurídico último de todo dereito fundamental encóntrase na dignidade da persoa humana¹⁰, e non teño ningunha dúbida acerca de que a extraterritorialidade do exercicio dos dereitos constitucionais non debilita (ou mellor, non debería debilitar) o status dos nosos emigrantes.

Desde o punto de vista das migracións interiores, non hai que esquecer que o mesmo texto constitucional consagra, con efectos directos para os cidadáns españois que cambian de lugar de traballo, no seu artigo 19 o dereito dos españois a «elixir libremente a súa residencia e a circular polo territorio nacional» e o 139.2 a liberdade de circulación e establecemento das persoas en todo o territorio español.

2.1. A cláusula proveniente do dereito italiano (Lelio Basso)

Nesta orde de cousas o presuposto fundamental do que temos de partir non é outro que o contido do artigo 9.2 da Constitución española. Este precepto, como é ben sabido, di que lles corresponde aos poderes públicos promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos nos que se integra sexan reais e efectivas, remover os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitar a participación de todos os cidadáns na vida política, económica, cultural e social. Esta cláusula é un correlato lóxico da cualificación do Estado como social no artigo 1 da Constitución, se ben os seus efectos xurídicos

⁸ A doutrina do Tribunal é tildada por algún autor como evasiva e «anfíboloxica» e, ás veces, ata contradictoria. Cfr. Gregorio CÁMARA VILLAR: *Votos particulares y Derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*. Ministerio de Xustiza. Madrid, 1993, p. 75.

⁹ No seu traballo: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», na obra colectiva *Introducción a los derechos fundamentales*. X Jornadas de Estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Xustiza, 1988, vol. I, p. 158.

¹⁰ Así se contén nas conclusións da excelente monografía de Magdalena LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*. Editorial Comares. Granada 1996.

directos foron relativizados por autores como Garrorena¹¹ que entenden que «a fórmula en cuestión non realiza referencias normativas individualizables e, por tanto, concretables inmediatamente nun dereito subxectivo xurisdicionalmente esixible».

A Constitución non podía ir máis alá, ou o que é o mesmo en palabras de Vieira de Andrade¹², a satisfacción dos dereitos sociais depende dos recursos materiais do Estado, polo que a Constitución non pode determinar o seu contido. Trátase, en definitiva, como sinala a Sentenza do Tribunal Constitucional do 8 de abril de 1981, de recoñecer que «ningún dereito, nin aínda os de natureza ou carácter constitucional, pode considerarse como ilimitado»¹³.

A mera lectura da cláusula constitucional ex artigo 9.2 denota a súa potencialidade aos efectos de que as administracións competentes aborden os problemas tan urxentes que afectan a boa parte dos emigrantes españois no estranxeiro, e que ademais como veremos, encontran abundante apoio no articulado do noso texto fundamental.

Con todo, o debate dos nosos días acerca da materialización das demandas do Estado social e os seus rozamentos, cando non choques frontais, co crecemento dos gastos estatais e a liberdade internacional de mercado vén matizar os efectos prácticos da cláusula *Lelio Basso* na Constitución. Como apuntou Aragón Reyes¹⁴, a asunción de tarefas sociais polo Estado maniféstase a través dunha actuación prestacional sostida co diñeiro público, e os seus custos resultan dificilmente soportables en situacións de crises económicas. En palabras de Carl Schmitt, «todo dereito a prestacións alleas é limitado» e, polo tanto, os dereitos sociais teñen un carácter limitado a diferenza dos dereitos clásicos concibidos desde unha perspectiva absoluta.

¹¹ A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 99. Para unha aproximación inicial ao contido constitucional dos dereitos dos emigrantes pode consultarse o meu artigo: «La actuación de los poderes públicos autonómicos y el derecho fundamental del artículo 42 de la Constitución española». *Revista galega de Administración Pública* nº 28. 2001, pp. 365 e seguintes.

¹² VIEIRA DE ANDRADE: «Direitos fundamentais», en *Polis-Enciclopedia verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa, Verbo, 1984, Volume II.

¹³ STC 11/1981, do 8 de abril. Fundamento xurídico 7º.

¹⁴ *Libertades Económicas y Estado Social*. Mcgraw-hill. Madrid. 1995, p. 134.

2.2. Os principios constitucionalizados no ámbito da política social e económica.

Aprell Lasagabaster¹⁵ preocupouse de destacar a aplicabilidade limitada que, para os non nacionais, teñen as prescricións contidas no capítulo terceiro do título primeiro da nosa Constitución. Deste modo entendo que, ao contrario, débese concluir a plena asunción da súa vixencia para todos os españois, e obsérvese que a nosa lexislación constitucional non require en ningún momento da residencia efectiva dos cidadáns para que tales dereitos lles resulten aplicables, polo que non caberá unha interpretación restritiva respecto aos emigrantes nesta materia.

A previsión do artigo 42¹⁶ da Constitución no sentido de que o Estado deba procurar especialmente a salvagarda dos dereitos económicos e sociais dos traballadores españois no estranxeiro, e orientar a súa política cara ao seu regreso, non pode facer perder de vista a existencia doutros mandatos do constituínte que resultan de directa aplicación aos cidadáns da diáspora.

Deste modo a protección disposta no artigo 50 do texto constitucional en relación coa garantía que deben outorgar os poderes públicos, mediante pensións adecuadas e periodicamente actualizadas á suficiencia económica dos cidadáns na terceira idade, resulta de aplicación inmediata a todos aqueles que emigraron en idade de exercer a plenitude dos seus dereitos laborais e se encontran hoxe nunha fase da súa vida non activa laboralmente. En todo caso, encontrámonos de novo como constata Rubio Llorente¹⁷, cun conxunto de dereitos que non son susceptibles de amparo, de tal modo que o Tribunal Constitucional non dubidou en rexeitar eses eventuais «dereitos laborais» que lle foron alegados.

Hai que lembrar que ese mesmo artigo incide na necesidade de promover o benestar da terceira idade mediante un sistema de servizos sociais que atendan os seus problemas específicos de saúde, vivenda, cultura e

¹⁵ «Extranjero y ciudadano. Los Derechos personales de los extranjeros y condicionantes administrativos a su libertad y seguridad jurídica». Traballo incluído en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*. XII Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Volume I. Ministerio de Xustiza. Madrid. 1992, p. 477.

¹⁶ Marín López destacou a posibilidade introducida pola lei 36/2002 de acceso á nacionalidade española para máis de 500.000 persoas nos países iberoamericanos, en parte a causa das malas condicións económicas e á esperanza de mellorar a súa situación en España. Esa lei expresa na súa exposición de motivos a súa vontade de materializar o disposto no artigo 42 do texto constitucional. «La reforma parcial del Derecho de la nacionalidad: La ley 36/2002, de 8 de octubre». *Revista española de Derecho Internacional*. Vol. LIV. 2002, p. 787.

¹⁷ *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Ariel Derecho. Barcelona, 1995, p. 691.

ocio. Quizais en relación con este mandato constitucional, preséntase de aplicación como a ningún a doutrina contida en sentenzas como a 27/1981, que aseveran que a finalidade de promover a igualdade do individuo e dos grupos en que se integra, «en ocasións, esixe unha política legislativa que non pode reducirse á pura igualdade ante a lei». Deste modo, as prestacións económicas aos emigrantes deberían, ao meu modo de ver, reflectir a situación económica e do contorno do destinatario destas, pois unha idéntica axuda pública pode alcanzar a súa finalidade nun país e ser totalmente escasa noutro (pensemos nos escenarios inflacionistas que se producen constantemente en certos países de América).

Como resulta coñecido, unha das temáticas de maior actualidade entre a emigración española, sobre todo en Sudamérica, é a da protección da saúde. Deste modo o principio constitucional do artigo 43, que obriga aos poderes públicos a tutelar a saúde pública mediante medidas preventivas e as prestacións e servizos necesarios. Neste mesmo sentido o artigo 41 obriga aos poderes públicos a manter un réxime público de seguridade social para todos os cidadáns, que garanta a asistencia e prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade, especialmente no caso de desemprego. O perfil outorgado constitucionalmente a este dereito foi obxecto de estudo por parte da doutrina desde tempos moi iniciais da nosa recente democracia. Así, autores como Vera Jurado¹⁸ afirmaron, con pleno acerto, que os principios básicos do dereito recoñecido no artigo 43 eran novos no dereito español e dun alcance fundamental (principio de igualdade e universalización das prestacións sanitarias, descentralización da sanidade e participación cidadá na xestión sanitaria).

A situación dos emigrantes españois na zona da Plata e, moi especialmente, na conurbación urbana de Bos Aires, chegou a situacións límite que foron recoñecidas en estudos recentes das Universidades de Bos Aires e de Alacant¹⁹ nos que se deixa constancia dos niveis de exclusión social da poboación de certos barrios como San Telmo e La Boca, nos que a presenza de españois é abundante.

Ao meu xuízo, estas proclamacións constitucionais no ámbito da saúde non poden concluír senón o recoñecemento claro do dereito de *todos os españois*, e non só os que viven no noso territorio, a unha sanidade

¹⁸ Na súa colaboración «Los grandes servicios públicos - Sanidad» contida no tomo III da obra colectiva *El Estado de las autonomías. Los sectores productivos y la organización territorial del Estado*. Dirixido por Antonio JIMÉNEZ-BLANCO e Julián MARTÍNEZ SIMANCAS. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., pp. 2.181 e seguintes.

¹⁹ Refírome ao estudo de Fernando DÍAZ ORUETA, M^a Luisa LOURÉS, Carla RODRÍGUEZ e Verónica DEVALLE: «Ciudad, territorio y exclusión social. Las políticas de recualificación urbana en la ciudad de Buenos Aires». *Reis. Revista española de investigaciones sociológicas*, n^o 103, 2003.

pública e adecuada aos estándares propios da economía do benestar. Todo isto encadra, ademais, perfectamente no que se cualificou como «proceso de relativa independización da protección da saúde»²⁰, xa que no noso sistema é perfectamente conciliable co expresado pola Constitución a existencia dunha rede pública baseada no principio profesional-contributivo co carácter universal do dereito e o seu gozo por vía asistencial.

Por último, entendo que disposicións como as contidas nos artigos 44 (promoción e tutela do acceso á cultura) e 48 (promoción das condicións para a participación libre e eficaz da xuventude no desenvolvemento político, social, económico e cultural) son de plena aplicación ao colectivo dos emigrantes españois. Non pode perderse de vista en ningún momento que se trata de cidadáns españois con todas as consecuencias que a nacionalidade leva consigo, tal e como apuntou xa moi cedo o Tribunal Internacional de Xustiza, entre outros, no caso *Nottebohm*²¹, e por iso deben instrumentarse as vías xurídicas precisas (tales como convenios ou tratados internacionais) para que o libre desenvolvemento da personalidade dos emigrantes non sufra menoscabos respecto dos residentes.

2.3. A garantía dos principios constitucionalizados no capítulo III do título I

O debate acerca da eficacia dos principios rectores da política social e económica contidos no capítulo III do título I da nosa Constitución presenta todo o seu vigor cando se trata de poñer a proba o status de cidadáns como os nosos emigrantes que, tal e como expuxen, vense afectados por varios dereitos nese lugar consagrados. Certo é que tal e como dispón o artigo 53.3 estes dereitos só poden ser alegados ante a xurisdición ordinaria de acordo co que dispoñan as leis que os desenvolvan. Agora ben, ese mesmo artigo encárgase de dicir que o recoñecemento, o respecto e a protección de tales principios informará a lexislación positiva, a práctica xudicial e a actuación dos poderes públicos.

Por outro lado, e como puxo de manifesto Gallego Anabitarte²², certos dereitos contidos dentro dos principios rectores da política social e económica foron relativizados en sentenzas do noso alto tribunal, que se

²⁰ Manuel Ramón ALARCÓN CARACUEL: «Veinte años de ordenamiento laboral y de la Seguridad social conforme a la Constitución», contido no volume *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi*. Editorial Aranzadi, 1999.

²¹ A súa sentenza do 6 de abril de 1955 di que: «a nacionalidade serve ante todo para determinar que aquel a quen se confire, goza de dereitos e está suxeito ás obrigas que a lexislación deste Estado concede ou impón aos seus nacionais». *Cour Internationale de Justice: Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1955, p. 20.

²² *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid. Civitas. Madrid, 1994, p. 256.

encargou de matizar para estes supostos o seu carácter predominante de *garantía institucional*, posibilitando así regulacions que debilitan por exemplo a libre elección de profesión ex artigo 35 da Constitución. Nada tería, pois, de estraño que cando por vez primeira a xurisprudencia constitucional se aproxime ao contido da protección dos emigrantes poida xustificar limitacións nos seus dereitos, se ben entendo que tal opción xurisprudencial sería desafortunada e afastada da realidade social destes cidadáns españois.

Resulta evidente que estes principios rectores da política social e económica, interpretados desde a perspectiva pluralista querida pola Constitución²³, deben proxectar a súa forza sobre os dereitos fundamentais dos emigrantes españois. Será labor dos aplicadores das leis que os desenvolvan (fundamentalmente xuíces e funcionarios) lograr que o ordenamento no seu conxunto respecte esta concepción constitucional.

Así formulado o problema, suscítase a dúbida de se a liberdade de configuración legal de tales dereitos pode posibilitar políticas públicas que se encontren próximas ao descoñecemento ou transgresión do recoñecido nos preceptos da Constitución. Desde outra perspectiva, podería considerarse a existencia dunha sorte de inconstitucionalidade por omisión ante o descoñecemento na lexislación positiva dunha plasmación real dos dereitos que os emigrantes teñen recoñecidos *ex constitutione*. Como resulta sabido, nesta orde de cousas Mortati²⁴ inclinouse claramente pola necesaria subordinación do lexislador aos mandatos constitucionais, defendendo un papel activo do Tribunal constitucional fronte ás omisións lexislativas.

Tendo en conta que os principais problemas da emigración española afectan ao contido de certos principios de política social e económica, máis que atender a posibles inconstitucionalidades por problemáticas configuracións legais dos dereitos, encontráronos ante o problema, apuntado por González Beilfuss²⁵, da relación entre o principio de proporcionalidade na lei e o principio de proporcionalidade na aplicación da lei, aspecto este que resulta de difícil xusticiabilidade ante o Tribunal Constitucional.

A xurisprudencia do Tribunal Constitucional encargouse de remarcar os efectos dos dereitos fundamentais en sentenzas como a 18/1984 que

²³ En palabras de Juan Andrés Muñoz Arnao na súa monografía: *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, p. 35.

²⁴ «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omisivi del legislatore», en *Il Foro italiano*, V, 1970, pp. 153 a 191.

²⁵ *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

declaran: «...a suxeición dos poderes públicos á Constitución tradúcese nun deber positivo de dar efectividade a tales dereitos en canto á súa vixencia na vida social, deber que afecta ao lexislador, ao executivo e aos xuíces e tribunais no ámbito das súas funcións respectivas», pero ao mesmo tempo limitan o propio papel a desempeñar polo máximo intérprete da Constitución cando afirma, respecto á necesaria busca dos medios para lograr a igualdade, ex artigo 9.2 CE, que «...tales poderes públicos son o lexislador e o Goberno os que teñen o poder de iniciativa e non este Tribunal»²⁶. Trátase, como apunta Gavara de Cara, de recoñecer por parte do Constitucional que a súa aplicación do principio de proporcionalidade ten un alcance e unha intensidade moi limitada, xa que non pode asumir un papel de lexislador imaxinario e realizar consideracións políticas, económicas ou de oportunidade que lle son institucionalmente alleas e para as cales non está organicamente creado²⁷.

3. As políticas públicas emigratorias na nosa recente democracia

Ao longo destes vinte e cinco anos que seguiron á Constitución española, os poderes públicos desenvolveron actuacións en relación cos emigrantes, se ben con distintos graos de implicación e resultados. En efecto, tanto o Estado como as comunidades autónomas e as entidades locais levaron a cabo, no ámbito das súas respectivas competencias, distintas políticas públicas de protección dos cidadáns españois no estranxeiro.

As actuacións dos poderes públicos contan, como xa apuntei, cunha base constitucional sólida que demanda un posicionamiento decidido a favor da protección destes cidadáns. Con todo, hai que recoñecer desde un primeiro momento que a tutela xurídica de tales dereitos é moi débil, pois como vimos de comentar, trátase de títulos constitucionais na súa maior parte subtraídos á defensa que outorga o recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional. Esta constatación non debe impedirnos coincidir con autores como De Castro Cid²⁸ no recoñecemento de que a posición definitiva dos dereitos nun sistema social dado depende de factores dispares, sen que abonden, a pesar da súa evidente eficacia, os medios de tutela xurisdiccional.

²⁶ STC 189/1987, fundamento xurídico 10º.

²⁷ Así na sentenza 161/1997, fundamentos xurídicos 11 e 12. Citados polo autor no seu traballo: «El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos fundamentales». *Revista de actualización Aranzadi Tribunal constitucional*. 2004, p. 103.

²⁸ Entre outros traballos resulta de interese o seu libro: *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. Universidade de León, 1993.

Recentemente o apoio xurídico da protección dos emigrantes recibiu un respaldo relevante con motivo do avance dos documentos comunitarios²⁹ que adiantan a existencia dunha Constitución europea. A través da base constitucional do artigo 93, os dereitos atribuídos pola futura Constitución europea servirán para a tutela dos intereses dos nosos emigrantes na Europa comunitaria e fóra dela.

3.1. O ámbito estatal de protección dos dereitos

A responsabilidade máis substantiva descansa no ámbito estatal. Neste sentido, a Administración Xeral do Estado asumiu as competencias en materias tan decisivas como as da saúde e os servizos sociais que, exercidas fundamentalmente a través do servizo exterior do Estado, tratan de atender do mellor modo posible aos españois desprazados. O punto de partida lexislativo preconstitucional é a Lei 33/1971, do 21 de xullo, de emigración, que deu fundamento á definición de emigrante contida na Orde ministerial do 10 de xaneiro de 1989: «españóis que se trasladan a un país estranxeiro, por causas de traballo, profesión ou actividade lucrativa, sempre que na súa execución ou exercicio deban observarse totalmente ou a determinados efectos, disposicións laborais ou de Seguridade social que rexan no mencionado país ou en España»³⁰.

Desde o punto de vista lexislativo as Cortes Xerais participaron, como non podía ser doutro modo, na aprobación de sucesivas reformas do réxime da nacionalidade contemplado no Código civil. O continuo problema da tensión entre o *ius soli* e o *ius sanguinis* veu sendo obxecto de tratamento polas que son denominadas polos nosos emigrantes como «leis de nacionalidade». Trátase dunha dialéctica que, en termos de Bastida Freijedo³¹, transcende unha concepción pechada de pertenza a unha nación (*ius sanguinis*) fronte a unha idea aberta da nación (*ius soli*). A tendencia declarada dos últimos anos foi a de flexibilizar o acceso á nacionalidade española para aquelas persoas que contan cun parentesco, sexa por consanguinidade ou afinidade con cidadáns españois emigrados.

²⁹ Tal é o caso do artigo 8.2 *Ciudadanía de la Unión* que atribúe o dereito a acollese no territorio dun terceiro país no que non estea representado o Estado membro do que sexa nacional, á protección das autoridades diplomáticas e consulares de calquera Estado membro nas mesmas condicións que os nacionais do devandito Estado. *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Convención Europea. Luxemburgo. Oficina de Publicacións Oficiais das Comunidades Europeas, 2003.

³⁰ Definición que é considerada desfasada por Enrique Arnaldo Alcubilla na súa tese doutoral: *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 94.

³¹ No seu comentario ao artigo 7 do Estatuto de Autonomía de Asturias contido na obra colectiva: *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio Sistemático*. Junta General del Principado de Asturias, 2003.

Recentemente Gil Rodríguez³² sinalou os importantes cambios recollidos pola lei 36/2002, do 8 de outubro de modificación do Código civil en materia de nacionalidade. Resumindo, e no que afecta máis directamente aos nosos emigrantes, a lei supón: o recoñecemento de opción á nacionalidade española a favor dos fillos de emigrante, os cambios na adquisición da nacionalidade española por residencia, e a reconsideración da «conservación» da nacionalidade en relación á súa posible perda, cos efectos específicos para os netos de emigrante.

3.2. Comunidades autónomas e dereitos da diáspora

As distintas comunidades autónomas españolas viviron a temática da emigración dun modo moi diferente. Non cabe dúbida que comunidades tradicionalmente emigrantes como Galicia ou Andalucía implicáronse, política e administrativamente, moito máis na cuestión que outras nas que o fenómeno é case anecdótico. As competencias autonómicas viñéronse filtrando na protección social dos emigrantes a través de liñas de actuación que complementan a tutela xeral outorgada pola Seguridade social do Estado. Ademais, non poden perderse de vista outro tipo de axudas de carácter cultural individual e societario que tratan de manter os vínculos culturais e afectivos entre os españois no estranxeiro e a súa comunidade de orixe.

A cuestión da descentralización territorial foi vista por autores como La Pergola³³ como problemática respecto á xeneralización dos dereitos sociais. Esta valoración prodúcese desde unha perspectiva que, ao meu xuízo, debe matizarse por canto a necesaria coordinación e cooperación entre institucións pode, moi ao contrario, colaborar na mellora dos resultados destas políticas públicas, e diso é bo exemplo o caso español.

Unha parte da nosa doutrina constitucional (Martínez Estay) expuxo o dubidoso carácter xurídico e de aplicabilidade directa do dereito á Seguridade social, aspecto que resulta de notable relevancia para o caso dos emigrantes. Con todo, e recoñecendo o carácter programático de política social para os poderes públicos que a xurisprudencia constitucional lle recoñece (así sentenzas como a 134/1987, do 21 de xullo, a 113/1989, do 22 de xuño, a 3/1993, do 14 de xaneiro ou a 37/1994, do 10 de febreiro)

³² «Aproximación a la ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad: emigración e inmigración». *Revista del Poder judicial*. N° 68, páxinas 105 e seguintes. Igualmente Eduard SAGARRA TRIAS: «Modificación de la regulación de la nacionalidad española en el Código civil». *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 2. 2003, p. 63 e seguintes.

³³ «El federalismo cooperativo: entra en escena el new deal», en *Los nuevos mundos del federalismo*. CEC, Madrid, 1994.

paréceme máis axustado ao noso panorama constitucional poñer de manifesto, con outros autores como González Moreno³⁴, a vinculación directa para a Administración destas obrigas sociais, que entroncan co que se veu denominando «determinacións de fins do Estado».

3.3. As administracións locais e a emigración española

Aínda que cuantitativamente resulten menos relevantes, non por iso son minusvalorables as actuacións das distintas entidades locais (municipios e provincias) en relación aos emigrantes españois. Deste modo, non é extraordinario que concellos especialmente afectados pola emigración consignen nas súas partidas orzamentarias cantidades para sufragar os gastos de centros participados por naturais do seu termo territorial que se crearon no estranxeiro, aos que a miúdo se lles outorgou a denominación da localidade ou partido xudicial de orixe.

Sen dúbida, estas liñas de axuda son moi encomiables e correctas desde a perspectiva xurídico-constitucional, pero atendendo a criterios de eficacia parece máis adecuado que tales medidas se inclúan nun plan autonómico (como conseguiu recentemente o Goberno galego) para a súa máis correcta optimización.

3.4. Emigración e cooperación ao desenvolvemento: unha nova dimensión dos dereitos dos residentes ausentes

Debido basicamente á evolución socioeconómica dos países iberoamericanos, a relación das administracións públicas españolas coa emigración veu recibir un tratamento conxunto co fenómeno da cooperación ao desenvolvemento. Deste modo, nos últimos anos puidéronse instrumentar liñas de apoio a colectividades de españois en zonas concretas en países como Arxentina ou Brasil implicando a diversas ONGs e organizacións internacionais. Tales medidas preséntanse como perfectamente lóxicas, posto que unha parte da nosa emigración menos favorecida economicamente desenvolve a súa peripecia vital en contextos propios de países subdesenvolvidos ou en vías de desenvolvemento. Os novos conceptos do desenvolvemento humano³⁵ incorporaron ao crece-

³⁴ No primeiro caso está a obra de M. ESTAY *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*. Editorial Cedecs. Barcelona 1997. Na postura que entendo máis aperturista encóntrase o interesante libro de Beatriz GONZÁLEZ MORENO: *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Universidade de Vigo-Ci-vitas, 2002.

³⁵ Así pode corroborarse en Sara Garrido: «La aportación de la cooperación internacional al desarrollo y a la democratización». *Papeles de cuestiones internacionales*, nº 83, outono 2003.

mento económico variables sociais, políticas e culturais para tomar como medida a vulnerabilidade da poboación, entendida como a súa capacidade de facer fronte a factores externos que lle afecten. Neste sentido as actuacións públicas de cooperación supoñen unha vía para a garantía dos dereitos dos emigrantes a través dun mecanismo que antes era totalmente descoñecido polos poderes públicos españois.

Este dato do desenvolvemento paralelo do apoio á emigración, xunto co da cooperación internacional, abre unha liña interesante para que os tres niveis das administracións públicas antes referidas, poidan participar na mellora das condicións de vida dos nosos emigrantes. Polo demais trátase de liñas de actuación xa consolidadas no ámbito da Unión Europea, que como estudou Zwamborn³⁶, conta cunha longa tradición no respaldo dos dereitos humanos no estranxeiro dentro dos obxectivos da política exterior europea.

3.5. Maxistraturas de opinión, dereitos fundamentais, control da Administración e defensa dos dereitos dos emigrantes

Ademais das actuacións desenvolvidas polas que a doutrina administrativa denomina administracións activas, non se poden perder de vista os importantes papeis que están chamados a desempeñar outras institucións recentemente incorporadas no noso texto constitucional. En concreto, como é ben sabido, o artigo 54 da Constitución española establece que unha lei orgánica regulará a institución do defensor do pobo, como alto comisionado das Cortes xerais, designado por esta para a defensa dos dereitos comprendidos no título primeiro da Constitución.

Como xa se expuxo anteriormente, son varios os dereitos fundamentais consagrados constitucionalmente que os emigrantes españois observan con preocupación en situación crítica. Neste sentido a actividade de supervisión das administracións públicas que debe desenvolver o defensor do pobo debe ser esencial para que esa parte tan importante da nosa cidadanía non se vexa, como no seu día sinalou Celso Montero³⁷ desamparada no exercicio dunha parte importante dos seus dereitos fundamentais. Non se pode perder de vista que esa actuación supervisora ou comisionado parlamentario debe darlle conta ás Cortes xerais, que en definitiva son as competentes para actuar calquera cambio lexislativo ao respecto.

³⁶ ZWAMBORN, M.: «Human rights promotion and protection through the external relations of the European Community and the twelve», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1989, vol.7, nº 1.

³⁷ «La tolerancia, como valor al servicio de los derechos humanos». *X Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo*. Barcelona, 1995, p. 76.

A singularidade da problemática que me ocupa levou a que algúns operadores políticos susciten recentemente a creación dun comisionado parlamentario *ad hoc* ao modo en que se creou nalgún ámbito autonómico un órgano específico para a tutela dos dereitos dos menores. Entendo que talvez a creación deste órgano sexa máis necesaria no ámbito autonómico e referida ás concretas problemáticas de certas comunidades autónomas, especialmente cando algunhas delas comezaron a crear unha estrutura administrativa específica³⁸ que debe ser obxecto de supervisión a través de órganos independentes como o son os *ombudsman*.

4. Problemas e ámbitos carentes de políticas públicas satisfactorias

4.1. O ámbito sanitario e de integración social

Resulta rechamante que nos inicios do século XXI teñamos que cuestionarnos a adopción de políticas públicas que garantan o mínimo vital para algúns cidadáns españois. Como país integrado na Unión Europea e que forma parte do que comunmente se coñece como primeiro mundo, é sorprendente que un número non desdeñable dos nosos cidadáns se atopen nun desamparo asistencial importante. Estas situacións prodúcense fundamentalmente en entornos xeográficos como o arxentino³⁹, onde a crise económica, que se agudizou en outubro de 2001, elevou a 19 millóns o número de persoas que non poden facer fronte ás súas necesidades básicas. E todo isto a pesar de programas tan encomiables como a Campaña mundial sobre Seguridade Social e cobertura para todos, aprobada en 2003 pola 91ª reunión da Conferencia internacional do traballo, que ao dicir da doutrina máis reputada⁴⁰, debe converterse nun elemento esencial da estratexia de extensión da Seguridade Social nos países en vías de desenvolvemento.

Como se ocupou de recordar Freixes Sanjuán⁴¹ trátase dunha clase de dereitos dos españois que aínda sen estar configurados como dereitos

³⁸ Ao respecto pode consultarse o meu traballo: «El Valedor do Pobo como garantía de los derechos de los ciudadanos gallegos». *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense 2003*, pp. 367 a 391.

³⁹ É particularmente agradable recibir os últimos datos económicos referidos aos países da zona con noticias que falan de indicios de recuperación a principios de 2004. Así o informe do CIEF. Centro de Investigación Económica y Financiera de decembro de 2003.

⁴⁰ Wouter Van Ginneken: «Extensión de la seguridad social. Políticas para los países en desarrollo». *Revista Internacional del Trabajo*, volume 122. 2003, nº 3, p. 323.

⁴¹ *Constitución y Derechos Fundamentales. I Estructura jurídica y función constitucional de los Derechos*. PPU, Barcelona, 1992.

públicos subxectivos na Constitución, conteñen unha orde de valores e deben tamén ser interpretados de acordo cos valores superiores do ordenamento xurídico. A lectura da Lei xeral de Seguridade Social deixa meridianamente claro o carácter de dereito de configuración legal outorgado *ex Constitutione* a esta materia, pero isto non debe levarnos a descoñecer, como apunta Cano Bueso⁴² para os inmigrantes en España, que o contido esencial debe ser integramente respectado en todo caso, de forma que as limitacións ao seu exercicio cando os titulares sexan emigrantes nunca poderán desnaturalizar o dereito de que se trate, nin suxeitalo a límites tales que o obstaculicen, perturben ou que ese dereito reporta impracticable.

Nesta orde de cousas a aprobación da Lei 16/2003, do 28 de maio, de cohesión e calidade do Sistema Nacional de Saúde veu delimitar subxectivamente o dereito á protección da saúde e á atención sanitaria, tomando un criterio territorial que outorga tales dereitos matizando a súa aplicación a españois, estranxeiros, nacionais da Unión Europea e nacionais de terceiros países, e distingue no seu caso segundo existan ou non tratados internacionais na materia. Este enfoque non empece, segundo sinala Fonseca Ferrandis⁴³, para que o artigo 3.2 da lei obrigue ás administracións públicas a orientar as súas accións en materia de saúde incorporando medidas activas que impidan a discriminación de calquera colectivo de poboación (léase no noso caso emigrantes) que por razóns culturais, lingüísticas, relixiosas ou sociais teña especial dificultade para o acceso efectivo ás prestacións sanitarias do Sistema Nacional de Saúde.

Máis recentemente as reformas legislativas autonómicas trataron de abordar a perentoria situación sanitaria mediante o recoñecemento do importante papel que estas administracións deben desempeñar en relación á atención dos nosos emigrantes no exterior⁴⁴. Esta vía, a da asunción do problema integrándoa no sistema de saúde das comunidades autónomas, preséntase como un dos máis esperanzadores para a colonia, sobre todo tendo en conta as limitadas competencias que na materia sanitaria ten na actualidade o Estado ao respecto.

No ámbito da protección social constituído fundamentalmente polas pensións asistenciais ou non contributivas as noticias máis recentes son

⁴² «Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional». *Revista de Derecho Político*, nº 57, 2003, pp. 11 a 30.

⁴³ No seu traballo: «El modelo de prestación sanitaria articulado por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud». *Actualidad Administrativa*, nº 38, 2003, p. 905.

⁴⁴ Así ocorre co artigo 31 da Lei de ordenación sanitaria de Galicia do 9 de decembro de 2003, que acode á habilitación competencial específica prevista no artigo 7 do Estatuto de Autonomía para Galicia.

esperanzadoras, e así o mínimo de ingresos ao ano que se garanten para os emigrantes maiores de 65 anos aumentou respecto a 2003 nun 105%, o que, en casos como o de Arxentina supón unha suma mensual superior ao salario medio daquel país⁴⁵. Ademais os requisitos para percibir as pensións por anciandade son as mesmas en España e no exterior: cumprir a idade e carecer de ingresos que alcancen o límite fixado. A única diferenza reseñable é que a contía da pensión non contributiva en España é a referencia para a pensión asistencial mentres que no exterior se toman outros factores, que fan cualificar como complexo o procedemento a xuízo de Alonso Olea⁴⁶, como o nivel de vida do país, a renda *per capita*, e o nivel salarial e das pensións, entre outros. Estas innovacións unidas ás progresivas aperturas de centros de día, servirán para atender unha problemática moi específica, a da cuarta idade ou persoas con alto grao de dependencia.

Como pode comprobarse a efectivización dos mandatos do Estado do benestar contidos na nosa Constitución require, cando de países en desenvolvemento falamos, certas matizacións, e sobre todo como sinala Angel-Manuel Abellán⁴⁷, da aplicación nun modelo adecuado de conxuntura económica internacional. En definitiva, trátase de problemas que só parcialmente poden ser abordados desde a perspectiva do Estado-nación, pois aféctanlle a rexións moi amplas e a colectividades moi numerosas. Por iso o tradicional enfoque de apoio ao emigrante que partía do esquema cuatripartito de axudas: a fase preparatoria á emigración, a protección durante a viaxe, durante a estancia no estranxeiro e a repatriación bonificada, debe ser superada comprendendo ademais que na actualidade o emigrante español é unha persoa de idade avanzada e con escasos desexos de retornar a España.

4.2. A participación política dos emigrantes

Cando Schumpeter definía a democracia como a ordenación institucional encamiñada a tomar decisións políticas, e na que algúns adquiren a facultade de decidir a través dunha loita en concorrencia, a fin de facer seus os votos do pobo, seguro que estaba dando por suposto que esa facultade debe adquirirse nun marco de transparencia e racionalidade da que, en ocasións, carecen as eleccións no noso sistema político. Certamente como explicarei posteriormente non é lóxico pensar que en pleno

⁴⁵ En declaracións do director xeral de Ordenación das migracións do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais de España. Bos Aires. Axencia EFE, 23/02/2004.

⁴⁶ *Instituciones de Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 1998, p. 553.

⁴⁷ «La problemática del Estado del Bienestar como fenómeno internacional». *El Constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Miguel Angel Herrera (dir.) Universidade do País Vasco, 1997, p. 209.

século XXI os procesos electorais en España non garantan plenamente a participación de todos os cidadáns, especialmente e por problemas moi variados, a dos residentes no exterior.

O dereito á participación política que o artigo 23 da Constitución lles reconece aos cidadáns supón, como resulta coñecido, tanto a posibilidade de participar nos procesos electorais en condicións de igualdade exercitando o dereito de sufraxio activo, como a través dos seus representantes libremente elixidos en eleccións periódicas mediante sufraxio universal. Encontrámonos ante uns dereitos que Cruz Villalón⁴⁸ denominou «vinculados aos nacionais» e que habitualmente só teñen atribuídos os cidadáns dese país e expresamente prohibidos os estranxeiros.

No caso dos emigrantes o seu dereito de voto vese dificultado notablemente polo procedemento do coñecido como «voto rogado» previsto na nosa Lei orgánica de réxime electoral xeral.

A cuestión non só foi posta de manifesto reiteradamente por parte dos emigrantes españois, fundamentalmente en Latinoamérica, senón tamén por parte dos partidos políticos que son conscientes da relevancia e transcendencia electoral do voto emitido polos emigrantes⁴⁹. Nesta orde de cousas coincido con Pedro de Vega ao entender que a única formulación correcta da política e da democracia non pode ser outra que a que debe facerse tomando ao Estado como ámbito primordial da vida política democrática. Así e no referido ao mundo da emigración, só poderemos entender integrados no funcionamento democrático da nosa sociedade aos residentes no exterior cando estes teñan garantías institucionais plenas (legais e materiais) para o exercicio dos seus dereitos políticos⁵⁰.

O dereito de voto que con carácter xeral se reconece ao emigrante español en todos os procesos electorais merece unha reflexión demorada despois de 25 anos de democracia. Unha vez recoñecida e posta de manifesto a relevancia dos cambios necesarios para efectivizar a participación e transparencia dos votantes no exterior, debe tamén, ao meu xuízo, destacarse o xiro copernicano dos últimos cambios lexislativos⁵¹ que asumen a necesaria apertura do dereito de sufraxio a colectivos residen-

⁴⁸ «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas». *Revista española de Derecho constitucional*, nº 35, 1992.

⁴⁹ Para as eleccións xerais do 14 de marzo o censo era dun total de 1.091.813 residentes no estranxeiro. Esta cantidade supón un peso político moi relevante, pois en termos absolutos achégase á metade dos votos que poderían computarse nunha comunidade autónoma como a de Galicia.

⁵⁰ Pedro de Vega: «La democracia como proceso (consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo)». *Revista de Estudios Políticos*, nº 120, abril-xuño 2003.

⁵¹ O 20 de febreiro de 2004 aparece nos medios de comunicación a noticia de que o Parlamento belga acorda permitir a participación nas eleccións dos residentes non comunitarios no seu país.

tes que non gozan da nacionalidade. Neste sentido o paradoxo de numerosos concellos galegos nos que o censo e o número de votantes é maioritariamente formado por emigrantes provocou polémicas verbo da conveniencia de que, no ámbito local, sexa admitido o dereito de sufraxio activo para persoas españolas pero que se desvincularan do municipio no que están censadas. (Pensemos en supostos de emigrantes que abandonaron o seu lugar de orixe hai decenas de anos ou incluso descendentes destes que nunca coñeceron esa localidade).

Por todo isto, *lege ferenda*, podemos defender un cambio legislativo que reforce as garantías de participación dos emigrantes nas eleccións políticas (europeas, xerais e autonómicas), nas que se deciden as grandes opcións das políticas públicas que lles afectan a eles e, en xeral, á colectividade. Con todo o dereito de sufraxio activo nas eleccións locais debería estar máis unido á vinculación efectiva do cidadán co concello no que está empadroadado. O contrario pode chegar a producir problemas de convivencia, sobre todo nos lugares nos que a máxima de Jefferson de que os mortos poidan impoñer a súa vontade contra os vivos⁵², non está tan lonxe da realidade, ao ser máis numerosos os censados non residentes (en ocasións con idades rechamantemente superiores aos cen anos) que os veciños efectivos da localidade.

Outra faceta dos dereitos políticos que non atoparon ata este momento unha correcta solución é a referida á correcta representación parlamentaria dos intereses dos emigrantes. A doutrina máis reputada⁵³ puxo de manifesto con rotundidade a débil posición dos parlamentos contemporáneos para avaliar as políticas públicas de carácter social, e esta constatación é máis manifesta, ao meu xuízo, cando estamos falando de intereses e, en definitiva, dereitos, de cidadáns que residen a gran distancia do órgano representativo.

Esta cuestión ten tamén profunda relación co dereito de sufraxio pasivo dos cidadáns españois no estranxeiro. Unha primeira aproximación ao problema pon de manifesto a dificultade de que un emigrante integrado nas sociedades dos países de acollida tería para participar de modo continuado no seo das asembleas representativas estatais ou autonómicas.

Deixando de lado a polémica que supón unha certa confusión na natureza da representación política, acerca de se a representación destes cidadáns debe ou non vehiculizarse necesariamente a través dun deles,

⁵² Tomado do libro de Pedro de Vega *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid, 1988.

⁵³ Joan SUBIRATS: «El análisis empírico de los efectos de la legislación», contido na obra colectiva coordinada por Alberto FIGUEROA LARAUDOGOITIA, *Los procesos de implementación de las normas jurídicas* Instituto Vasco de Administración Pública, 1995, p. 208.

xorde a dúbida sobre cal sexa o mellor foro para a toma en consideración dos intereses dos españois na diáspora. Unha primeira solución podería localizar o problema no ámbito do artigo 68 da Constitución de tal modo que, posto que o Congreso dos deputados é a cámara parlamentaria que exerce todas e as máis importantes constitucionais, sería ese o mellor foro para que os intereses da emigración fosen representados ao máis alto nivel. Na actualidade o noso réxime electoral provoca que os votos dos residentes ausentes se integren nas súas respectivas circunscricións provinciais sen que, polo tanto, exista unha singularización dos intereses representados.

Dun tempo a esta parte postulouse desde distintas formacións políticas a conveniencia de que fose o Senado o foro político onde se recollan as demandas dos emigrantes, de modo paralelo a como a doutrina demanda maioritariamente tamén certa vocación exterior para esta Cámara⁵⁴. Nesta liña parecen enmarcarse decisións recentes dalgúns partidos que optaron por incluír nas súas listas á cámara alta a persoas relevantes da emigración. Posto que o Senado é a cámara de representación territorial cabería pensar na posibilidade de que, ao modo italiano, se crease unha circunscrición territorial fóra do territorio nacional á que se lle deberían de reservar un número determinado de escanos. En todo caso e como sinala Ilenia Ruggiu⁵⁵ a racionalización dos esquemas representativos existentes parece ineludible, sobre todo polo risco de que unha exclusiva concentración da representación a nivel executivo que afecte ao correcto funcionamento das dinámicas democráticas.

Estes cambios lexislativos e constitucionais están na base de acordos⁵⁶ adoptados no seo do Consello xeral da emigración que demanda desde 1992 a creación dunha circunscrición especial que englobe aos españois residentes no exterior a fin de que poidan así elixir aos seus representantes, tanto no Congreso dos deputados como no Senado.

O outro plano no que poderían ter cabida as demandas da emigración é o dos parlamentos autonómicos. Recentemente en Italia autores como Bruno Di Giacomo⁵⁷ cuestionaron a configuración das asembleas

⁵⁴ Desiderio FERNÁNDEZ MANJÓN: «El Senado y la configuración de una diversidad territorial. Apuntes históricos y situación actual». *Boletín de la Facultad de Derecho. Uned*, nº 21. Segunda época, 2003, p. 15 e seguintes.

⁵⁵ «Organos y dinámicas de representación territorial en los Estados Compuestos. Italia y España a debate». *Revista española de Derecho Constitucional*. Ano 23, número 67, xaneiro-abril 2003.

⁵⁶ Por exemplo os adoptados no VIII Pleno do III mandato do Consello xeral da emigración, que tivo lugar en Madrid os días 26, 27 e 28 de novembro de 2001.

⁵⁷ Bruno di Giacomo Russo: «La Corte Costituzionale e il nomen iuris parlamento». *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*. Ed. Il Mulino. 3/2003, p. 643.

autónomas das rexións (Consiglio regionale) como foros con suficientes atribucións para recibir unha consideración plenamente parlamentaria. Aínda marcando as diferencias que existen co noso Estado autonómico, quizais o principal reparo que puidera presentarse a esta vía representativa sería o do propio marco competencial limitado co que contan as comunidades autónomas respecto dos principais problemas que lle afectan á emigración. En efecto, ningunha das nosas comunidades autónomas dispón de competencias plenas no referido ao réxime da Seguridade Social nin tampouco conta con capacidade normativa en aspectos tan esenciais como a nacionalidade ou a acción exterior do Estado. Ademais en supostos concretos como o galego, tal asunción por parte da comunidade autónoma supón un incremento do custo financeiro de tal entidade que xustifica por si só un cambio no sistema de financiamento autonómico.

O Consello xeral da emigración tamén instou as comunidades autónomas a que *modifiquen os seus diferentes estatutos autonómicos (sic)* para que os seus residentes no exterior poidan elixir aos seus representantes nos diferentes parlamentos autonómicos. Esta demanda presenta similares problemas aos estudados respecto á modificación da circunscrición das Cortes xerais, pois como resulta sabido a reforma dos estatutos de autonomía require conforme ao artigo 147.3 da Constitución, da súa aprobación mediante unha lei orgánica.

Con todo, os tímidos intentos que algún parlamento autonómico levou a cabo mediante a creación de comisións especiais de estudo⁵⁸ verbo da situación dos emigrantes merecen unha valoración altamente positiva. Sen que se chegara a unha vía de representación totalmente estabilizada si que a comparecencia de representantes dos colectivos da emigración e as visitas *in situ* realizadas polos parlamentarios colaboraron a que os poderes públicos autonómicos coñezan e sexan máis sensibles á problemática socioeconómica dos nosos emigrantes.

4.3. A cultura como ben esencial dos emigrados

Neste alínea debe de poñerse de manifesto ante todo a existencia dun importante patrimonio cultural vinculado ás colectividades españolas no estranxeiro. Os nosos emigrantes foron constituíndo tanto en Europa como en América numerosas asociacións⁵⁹ nas que quedou constancia,

⁵⁸ Para o caso galego publiquei: «La labor de la Comisión no permanente para el estudio de la situación de los emigrantes del Parlamento de Galicia». *Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*. Volume 10, nº 1, 2002.

⁵⁹ Só referidas a colectividades galegas no exterior poden computarse máis de 250 centros. Fonte: *Memoria de Actividades de la Fundación Galicia Emigración*. Xunta de Galicia, 2003.

tanto patrimonial como documental, da historia dunha parte da sociedade española dos últimos séculos.

Este patrimonio empeza a correr serio perigo cando os países nos que reside pasan por severas crises económicas ou sofren cambios políticos que atentan contra a seguridade política das propias asociacións creadas polos emigrantes. Para isto resulta do maior interese a busca de fórmulas polas cales os poderes públicos (estatais, autonómicos ou locais) poidan implicarse na xestión e incluso na titularidade deses centros para evitar a perda deses bens culturais tan relevantes. Nesta liña enmárcanse recentes acordos como o tomado no Congreso das comunidades aragonesas do exterior⁶⁰ que recoñecen o papel destacado das casas e centros de emigrantes no exterior. Ademais o perigo da desaparición e perda desa parte da nosa cultura provén tamén do envellecemento dos membros das distintas colectividades e do progresivo proceso de integración definitiva dos seus descendentes nas sociedades de destino.

Desde o punto de vista da protección a todos os españois e pobos de España no exercicio das súas culturas tradicións e linguas, tal e como proclama o preámbulo da nosa Constitución, resulta tamén imprescindible que as distintas administracións fagan fincapé na tutela da conservación da riqueza lingüística para os emigrantes españois⁶¹. Esta cuestión resulta particularmente relevante no caso da emigración residente en países de fala no hispana e tamén no referido a aqueles emigrantes bilingües e que perderon o contacto coa riqueza cultural propia da súa comunidade de orixe de fala castelán e autonómica. Neste sentido resultan de enorme interese iniciativas como as levadas a cabo pola Generalitat de Catalunya e a Xunta de Galicia no seu programa de axudas para o ano 2004 nas que se fortalecen aspectos como as novas tecnoloxías, axudando aos centros de emigrantes no exterior a través de Internet e de páxinas especiais para eles.

O dereito á educación consagrado constitucionalmente no artigo 27 da nosa Carta magna presenta tamén facetas de interese no seu goce por parte dos emigrantes españois. En efecto, a situación dos fillos de españois no estranxeiro presenta problemas graves, pois en non poucas ocasións a súa formación académica e científica, axustada ás sociedades de orixe, xera graves dificultades de integración en relación co mercado laboral español e impide ademais a efectivización do mandato do artigo 35 do texto constitucional.

⁶⁰ Na súa conclusión sétima que pode consultarse na «Crónica del Congreso de las Comunidades aragonesas en el Exterior». Ramón SALANOVA ALCALDE. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 21, 2002.

⁶¹ Así se recolle no caso galego. Cfr. O meu traballo: «*Aequitas praefertur rigori: la galleguidad y sus símbolos*». *Revista Galega de Administración Pública*, nº 33, 2003, pp. 261 a 277.

Este obstáculo presentouse como máis claro no caso de emigrantes retornados provenientes de países latinoamericanos (Cuba, Arxentina ou Venezuela) no que o problema da coñecida como «sobreeducación»⁶² é manifesto, xa que as súas titulacións académicas non lle facilitan en absoluto a incorporación ao mercado laboral español. Na base de disposicións recentes como o Real decreto 285/2004, do 20 de febreiro polo que se regulan as condicións de homologación e validación de títulos e estudos estranxeiros de educación superior encóntrase a constatación do cambio social importante operado en España e a necesidade de afrontar o incremento progresivo da demanda de homologación de títulos por parte de persoas que obtiveron os seus estudos fóra do noso sistema educativo.

Fernández-Miranda recordou recentemente⁶³ a notable excepción que no tratamento dos dereitos socioeconómicos supón a incorporación dun típico dereito social de prestación no ámbito dos dereitos fundamentais e, incluso, «no ámbito máis duro», pois encontrámonos ante un dereito que ademais de directamente esixible e cun contido esencial indispoñible para o lexislador, se tutelou coas máximas garantías xurisdicionais e institucionais.

4.4. O dereito ao retorno e á súa difícil instrumentación

O recoñecemento constitucional da necesidade dunha política estatal orientada cara ao regreso dos emigrantes pon de manifesto na actualidade os problemas que esta pode encontrar en relación coa política estatal xeral de inmigración. O problema debe partir da constatación preocupante do dato en España: encontrámonos ante o país europeo que presenta como trazo máis diferencial e definitorio nesta materia o da elevada proporción de inmigrantes en situación irregular, con toda a problemática que esta situación trae consigo⁶⁴.

As últimas reformas da Lei de estranxeiría trataron declaradamente de regularizar o fluxo inmigratorio en España loitando especialmente contra as mafias que provocan a inmigración ilegal. A existencia dun precepto constitucional que promove o regreso dos emigrantes debe de analizarse na situación sociolóxica actual moi afastada da do ano 1978, en que se aprobou a Constitución actualmente vixente. Efectivizar o retorno supón en primeiro lugar preguntarse acerca das vantaxes e inconvenientes que

⁶² Para un estudo de esta categoría pode consultarse, HALABY, C.N. (1994), «Overeducation and Skill Mismatch», *Sociology of Education*, 67, pp. 47 a 59.

⁶³ «El estado social» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003, p. 161.

⁶⁴ Afirmacións de Joaquín ARANGO: «Europa, ¿Una sociedad multicultural en el siglo XXI? El caso de España». *Papeles de Economía Española*, nº 98, 2003, p. 13.

para os nosos emigrantes ten esa decisión, sobre todo para aqueles que contan cunha idade máis avanzada. Ademais favorecer o retorno supón tamén abrir as portas a certos descendentes e familiares que poden non contar coa nacionalidade española e polo tanto esixe unha meditada política que non cree tensións sociais innecesarias⁶⁵.

Aínda que as competencias substantivas no referido ao retorno dos emigrantes son dependentes do Estado, as comunidades autónomas⁶⁶ desenvolveron unha política informativa clara e continuada de cara a facilitar aos nosos compatriotas os camiños da volta a casa ilustrándoos acerca de aspectos tan decisivos como os da nacionalidade, a asistencia sanitaria, axudas sociais e pensións, orientación e inserción laboral, iniciativas empresariais, acceso á vivenda e sistema educativo, entre outros. A pesar de algúns intentos negando a competencia autonómica para actuar sobre estas materias con alusión expresa do título competencial estatal en materia de inmigración, coincido con autores como Roig Molés⁶⁷ na total viabilidade do establecemento a nivel autonómico ou local de sistemas de integración para os inmigrantes, e aínda con máis fundamento para os emigrantes retornados.


Estes fluxos migratorios de retorno acaecidos durante as últimas décadas son un elemento dinamizador do multiculturalismo nas sociedades receptoras⁶⁸, e España que foi durante anos lugar de emigración pasou a converterse en foco de inmigración, co que a idea de retorno pasa a incluír non só aos que no seu día abandonaron o país, senón aos seus descendentes e colaterais que piden agora unha integración plena na nosa sociedade. Nesta liña reformas lexislativas como a levada a cabo polo Parlamento de Cataluña a través da Lei 25/2002 do 25 de novembro, de medidas de apoio ao regreso dos cataláns emigrados e os seus descendentes, móstranse plenamente conformes coa letra e co espírito constitucional do artigo 42 da Carta magna.

⁶⁵ Resulta de actualidade a noticia recollida no diario arxentino *La Nación* do 23 de xaneiro de 2004 no que se recolle o gran descontento naquel país tras coñecer a negativa do goberno español á regularización pedida pola administración do presidente Kirchner.

⁶⁶ Sirva de exemplo a *Guía para emigrantes retornados 2003*. Xunta de Galicia. Consellería de Emigración.

⁶⁷ No seu relatorio: «Autonomía e inmigración: Competencias y participación de las Comunidades autónomas y de los entes locales en materia de inmigración». *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, p. 199 e seguintes.

⁶⁸ Interesantes ideas desenvolvidas no artigo de José Martínez DE PISÓN CAVERO: «Ciudadanía e inmigración en las sociedades multiculturales». Número monográfico da *Revista Aragonesa de Administración Pública. Ciudadanía e inmigración*. Zaragoza, 2003, p. 22.

Finalmente e a modo conclusivo creo oportuno recordar unha idea que con motivo de recentes acontecementos internacionais deu lugar a serios debates, sobre todo no ámbito anglosaxón⁶⁹. Trátase da necesidade permanente dos poderes públicos (sexan lexislativos ou executivos, e en todos os ámbitos territoriais) de manter o contacto e saber responder de forma inmediata ás necesidades da opinión pública. Como recorda Tomás de Domingo Pérez⁷⁰, existe un interese obxectivo por parte dos poderes públicos en que os dereitos fundamentais sexan exercidos polos cidadáns. Creo sinceramente que algúns dos datos expostos poñen de manifesto que os nosos emigrantes non sempre contaron ao longo dos últimos 25 anos coa proximidade da Administración nin coa sensibilidade necesaria por parte do lexislador español para a garantía efectiva dos seus dereitos consagrados constitucionalmente. 

⁶⁹ Así o traballo de David BEETHAM: «Political Participation, Mass Protest and Representative Democracy», contido no n° 4, volume 56 de *Parliamentary Affairs*. Outubro de 2003.

⁷⁰ «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* el efecto desaliento».