

■ Exclusión del sufragio municipal emigrante y garantía democrática de expectativas legítimas¹

BENITO ALÁEZ CORRAL

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

1. La propuesta de reforma de la Ley Electoral para excluir a los emigrantes del sufragio municipal

La propuesta de reforma de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral General, que ha informado favorablemente una Subcomisión de la Comisión constitucional del Congreso de los Diputados el 30 de junio de 2010², pretende excluir a los inscritos en el Censo Electoral de Residentes Ausentes (CERA), es decir a los emigrantes regularizados en los registros consulares como tales, del voto en las elecciones municipales (el nuevo art. 2.3 LOREG propuesto contempla el derecho de sufragio municipal solo para los inscritos en el Censo de Residentes en España) y a un tiempo establecer para ellos como procedimiento de ejercicio del derecho de sufragio en las elecciones generales, autonómicas y europeas, así como en los referendos, el voto en urna en el exterior en mesas que se constituirán en embajadas y consulados, en convivencia con el voto por correo, pero en este último caso habría de cursarse solicitud para que la Administración remita la documentación de voto, lo que se llama voto rogado.

Dejando a un lado esta última cuestión del procedimiento de ejercicio del sufragio por parte de los emigrantes, que requeriría un tratamiento autónomo por sí misma, permítaseme, antes de nada, circunscribir objetiva y subjetivamente el objeto de estas páginas. Desde el punto de vista del objeto, las mismas se van a centrar únicamente en

¹ A fecha de redacción de este trabajo aún no había sido aprobada la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, cuyo texto no ha tenido en cuenta las propuestas y recomendaciones que aquí se hacen. El argumentario expuesto en el trabajo se mantiene, no obstante, en la medida en que se considera de interés para el análisis crítico-constitucional de la norma.

² El texto del Informe de la Subcomisión constitucional del Congreso de los Diputados, de 30 de junio de 2010, puede verse en el *BOCG*, de 9 de julio de 2010, serie D, n.º 426.

PLURALIDAD DE CIUDADANÍAS, NUEVOS DERECHOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

la exclusión del derecho de sufragio de los emigrantes en las elecciones municipales, que ha dulcificado sensiblemente la inicial idea trasladada a los medios de comunicación de excluir a los inmigrantes también de las elecciones autonómicas y al Congreso de los Diputados y de reducir su participación a la elección de una circunscripción personal en el Senado. Dado que, finalmente, ninguna de estas exclusiones ha sido convertida en propuesta parlamentaria, obviaré un análisis directo de las mismas, que por otra parte han sido estudiadas con detalle en el Informe sobre las propuestas de reforma del régimen electoral general emitido por el Consejo de Estado el 24 de febrero de 2009³, sin perjuicio de que de mi análisis general se puedan deducir indirectamente algunas conclusiones en relación con ello.

Por otra parte, desde el punto de vista de los sujetos excluidos del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, los afectados van a ser los españoles emigrantes en sentido estricto, es decir, solo aquellos nacionales que, habiendo trasladado su residencia al extranjero, se hayan inscrito en el Registro de Matrícula de la Oficina o Sección Consular en el país de destino (de cuyos datos se nutre, conforme al art. 95 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación de las entidades locales, el Padrón de españoles residentes en el extranjero, fuente a su vez de los datos del CERA), tal y como prescribe el artículo 99 del mencionado Reglamento. No abarca a los españoles que coyunturalmente y sin intención de establecer su residencia fuera del país se encuentran, sin embargo, fuera de él en el momento de celebrarse una convocatoria electoral; para estos ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero se han adoptado recientemente medidas de facilitación del ejercicio del derecho de sufragio con la reforma de la LOREG operada por la Ley Orgánica 9/2007 de 8 de octubre⁴.

Finalmente, vaya por delante que siempre me he posicionado en contra de mantener el derecho de sufragio de los emigrantes tal y como está configurado, es decir, permitiendo que personas con muy escasa sujeción territorial al ordenamiento jurídico español puedan influir en la elección de los representantes de unas instituciones democráticas que deciden tanto sobre los fundamentos como sobre las cuestiones ordinarias de la vida ciudadana en términos aún eminentemente territoriales. Pero el alcance de esta postura filosófico-política viene con-

³ El texto del Informe es accesible desde la *web* del Consejo de Estado en la siguiente dirección. <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf>.

⁴ Véase el Real Decreto 1621/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero.

B. ALÁEZ CORRAL

EXCLUSIÓN DEL SUFRAGIO MUNICIPAL EMIGRANTE

dicionado, sin duda alguna, por el marco constitucional vigente que, como se pretende apuntar seguidamente, impone limitaciones tanto en lo relativo al ámbito electoral en el que pueden participar los españoles emigrados como en lo referente a las condiciones de seguridad jurídica y respeto al ejercicio de sus derechos de participación democrática en caso de querer excluirles de algún ámbito electoral constitucionalmente no imperativo.

La exclusión del voto emigrante, tal y como ha quedado delimitada, plantea, a mi entender, tres cuestiones que deben ser analizadas separadamente: la primera es la de si el modelo de democracia que recoge la CE de 1978 implica la necesaria inclusión de los españoles emigrados dentro del concepto de ciudadano activo y por tanto, dentro de quienes en nombre del pueblo ejercen su soberanía, lo que obliga a analizar la relación existente entre los distintos ámbitos (nacional, autonómico y municipal) de ejercicio derecho de sufragio, las categorías constitucionales de la ciudadanía y la nacionalidad. La segunda cuestión es la de en qué tipo de manifestaciones de la voluntad popular (elecciones o referendos) es constitucionalmente imperativa dicha participación de los españoles emigrados, lo que obliga al análisis del marco constitucional y legal del derecho de sufragio de los españoles emigrados. Por último, aceptando que pueda haber ámbitos de decisión política en nuestro país en los que no sea imperativa la posible participación de los españoles emigrados, la tercera cuestión a abordar es la de cuáles son las condiciones que el Estado democrático de derecho impone a una posible privación del derecho de sufragio a quienes lo tenían reconocido y ya lo han ejercido en elecciones precedentes, condiciones que han de ser tenidas en cuenta por el legislador en un futuro desarrollo de la propuesta de reforma electoral analizada, a fin de salvar los problemas que pueda plantear.

2. Derecho de sufragio, ciudadanía y nacionalidad

El primer aspecto a tener en cuenta en el análisis de la exclusión del sufragio municipal emigrante es que con una exclusión de cualquier sujeto sometido a un ordenamiento jurídico del ejercicio del principal derecho de participación política, el sufragio, se está afectando de forma directa y decisiva su condición de ciudadano, al menos en comunidades políticas organizadas bajo principios de democracia representativa.

En efecto, sea cual haya sido el modelo de ciudadanía, la participación política ha estado desde Aristóteles en el corazón conceptual de ésta, puesto de la misma conlleva la más importante esfera de ple-

PLURALIDAD DE CIUDADANÍAS, NUEVOS DERECHOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

na integración del individuo en la comunidad política en la que vive y a cuyas normas jurídicas se encuentra sometido⁵. Ya he expuesto en otro lugar⁶ cómo, aunque en el contemporáneo Estado social y democrático de derecho la participación del individuo y, por tanto, su plena integración social, tiene lugar en más esferas que la política y a través de más instrumentos que el derecho de sufragio, lo cierto es que éste último sigue siendo el elemento nuclear de mayor importancia para la adquisición de la plena integración social y por tanto para la plenitud de la ciudadanía. Ello es debido fundamentalmente a que con él se eligen o se decide acerca de las condiciones normativas de ejercicio de los demás instrumentos de integración social, bien a través de los órganos constituyentes bien a través de los órganos constituidos encargados de formular, cambiar o dar desarrollo a los derechos fundamentales, es decir, sobre la soberanía misma o sobre sus condiciones de ejercicio. Ciertamente, la carencia del derecho de sufragio —que en el actual desarrollo de nuestro Estado social y democrático de derecho solo afecta a menores, extranjeros en ciertos tipos de elecciones o a quienes han sido privados de él por sentencia firme— no implica la ausencia de la condición de ciudadano (se puede participar en muchas otras esferas de la sociedad, incluida la política por otras vías), pero sí debilita esa condición al colocar al individuo dentro de un grado de ciudadanía menos plena que la que disfrutaban los titulares del derecho de sufragio.

Existe, pues, una relación entre titularidad del derecho de sufragio, condición de ciudadano y ejercicio de la soberanía en un ordenamiento democrático. Ahora bien, aunque todo sufragio tenga la caracterización de elemento de participación e integración social del individuo y por tanto convierta al individuo en ciudadano, no todo él tiene este significado nuclear para la ciudadanía, pues no todo él afecta por igual a la soberanía o a su ejercicio. En ordenamientos complejos, como el español, existen diversos niveles territoriales de participación política ciudadana, que van desde la elección de los miembros de las Cortes Generales en el nivel nacional, hasta la elección de los concejales en el nivel municipal (e indirectamente a los diputados provinciales en el nivel provincial), pasando por la elección de los diputados de las Asambleas legislativas de las CC.AA. en el nivel autonómico. Y ni el sis-

⁵ Sea cual sea el patrón (republicano, monárquico-absolutista, estatal-nacional, constitucional-europeo) de pertenencia, léase de ciudadanía, que haya dominado a lo largo de la historia. Sobre dichas patrones véase Costa, Pietro, «Ciudadanía y patrones de pertenencia a la comunidad política», en COSTA y ALÁEZ: *Nacionalidad y ciudadanía*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 19 y ss.

⁶ ALÁEZ CORRAL, Benito: *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: a quién pertenece la CE de 1978?* CEPyC, Madrid, 2006, pp. 201 y ss.

tema constitucional ni la Ley electoral tienen por qué conferir igual derecho de participación a todos los individuos en todos estos niveles, es decir, igual grado de ciudadanía, de modo que se puede atribuir o no el sufragio a unos u otros en función de ante qué nivel nos encontremos. Esta modulación del grado de ciudadanía al que se puede acceder en función, entre otros, de la importancia del sufragio, se determina en el Estado democrático de derecho en atención a dos elementos: el grado de afectación por las decisiones tomadas por el órgano/institución que se pretende elegir y el grado de condicionamiento normativo de la soberanía y de su ejercicio que se deriva del poder del órgano/institución a elegir. El primer elemento está vinculado a la nacionalidad y a la residencia en el territorio del Estado, mientras que el segundo lo está al ámbito funcional/territorial de competencia del órgano representativo.

No se trata de elegir entre dos modelos de democracia: *la democracia de identidad*⁷, en la que el principio democrático se vincula a la necesaria reconducción de todo el ejercicio del poder a un sujeto colectivo nacionalmente identificado (el pueblo español, alemán, francés, etc.); o *la democracia de afectación*⁸, en la que únicamente se tiene en cuenta la afectación territorial de los individuos por el poder público como elemento determinante del reconocimiento de derechos de participación política. Ambos modelos son combinables entre sí, y de hecho suelen ser combinados en muchas democracias occidentales, aunque haya una tendencia heredada de una concepción decimonónica, a que la concepción de democracia identitaria fagocite el modelo de democracia de aceptación.

La relevancia de uno u otro modelo para la cuestión del sufragio de los emigrantes (así como para la cuestión inversa del sufragio de los extranjeros residentes) es obvia: en una democracia identitaria, lo trascendente para ser titular y poder ejercer el derecho de sufragio es la pertenencia al colectivo nacional, por lo que los extranjeros inmigrantes o nunca o solo muy excepcionalmente pueden ser admitidos al ejercicio de dicho derecho, mientras que los emigrantes no pueden ser excluidos de la toma de unas decisiones políticas (cualquiera que sea su ámbito) que se legitiman fundamentalmente por su reconducción al máximo número posible de nacionales integrantes del colecti-

⁷ Un claro ejemplo de ella es la que formula en la dogmática de la *Grundgesetz* alemana, ISENSEE, Josef: «Abschied der Demokratie vom Demos», en SCHWABE (Hrsg.): *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag vom Paul Mikat*. Dunker & Humblot, Berlín, 1989, pp. 728-729 y ss.

⁸ Como la que alternativamente propone para la interpretación de la *Grundgesetz* alemana, BRYDE, Brun-Otto: «Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie», *Juristen Zeitung*, 1989, vol. 44, pp. 257-258.

PLURALIDAD DE CIUDADANÍAS, NUEVOS DERECHOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

vo al que se imputa la soberanía, el pueblo/nación; por el contrario, en un modelo de democracia de afectación, lo trascendente no es la pertenencia en sí a un sujeto colectivo nacionalmente identificado, sino que de dicha pertenencia, pero también de otras circunstancias como la mera residencia, el individuo se puede ver sometido a una serie de decisiones de poder, en cuya elaboración aunque sea indirectamente a través de la elección de representantes, debe poder participar, lo que impide que sea democrática la exclusión de los extranjeros inmigrantes del derecho de sufragio en ámbitos en los que las decisiones políticas que se toman afectan únicamente a los residentes, e inversamente sea democráticamente posible excluir a los nacionales emigrantes de aquellos ámbitos de decisión respecto de los que no se ven afectados –o solo se ven mínimamente afectados– por residir en el extranjero⁹, reduciendo el grado de ciudadanía al que pueden acceder a uno menos pleno.

Mientras que países como Alemania se alinean por diversas razones históricas –según la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias¹⁰– en el modelo de la democracia de identidad, algunos Estados de inmigración, como Nueva Zelanda, Chile o México se ubican total o parcialmente en el modelo de la democracia de afectación¹¹. El ordenamiento español se ubica, en mi opinión, en un punto intermedio. Así,

⁹ No se debe confundir en ningún caso la falta de afectación de los emigrantes con el interés político en preservar la identidad colectiva del pueblo soberano frente a las injerencias culturales decisivas de las potencias limítrofes, como, en mi opinión, sucede con la argumentación de VALADÉS, Diego: «Consideraciones constitucionales sobre el voto mexicano en el extranjero», en CARPIZO y VALADÉS: *El voto de los mexicanos en el extranjero*, Porrúa, 1999, pp. 28-31. La exclusión del voto mexicano emigrado se mantuvo íntegra en la legislación mexicana hasta el año 2005 en que se modificó el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y se introdujo un Libro sexto (arts. 313-339) que autoriza el voto mexicano emigrante por correo ÚNICAMENTE en las elecciones al Presidente de la República.

¹⁰ Por todos, BÖCKENFÖRDE, E.-W.: «Demokratie als Verfassungsprinzip», en ISENSEE y KIRCHHOF (Hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, 3. C. F. Müller, Heidelberg, 2004, § 24 Rn. 28 y las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán en los casos de las leyes electorales de Hamburgo y Schleswig-Holstein que extendían el derecho de sufragio municipal a los extranjeros residentes. BVerfGE 83, 37 y ss.; BVerfGE 83,60; en favor, por el contrario, de una reinterpretación de esa concepción democrático-identitaria hacia una concepción de democracia de afectación BRYDE, Brun-Otto: «Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie», *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 1995, pp. 307 y ss.

¹¹ Por citar dos ejemplos de ordenamientos de familias jurídicas muy dispares, aunque ambos sean Estados de inmigración; en Nueva Zelanda véase, al respecto, el art. 74.1 de la Ley electoral de 17 de agosto de 1993, que confiere el derecho de sufragio en elecciones nacionales a los neozelandeses y a los extranjeros residentes permanentes, exigiendo en todo caso que se resida continuamente por lo menos un mes antes de la elección, lo que dificulta cuando no excluye el voto de los emigrantes. De igual manera, Chile confiere el derecho de sufragio (con carácter general) a los extranjeros residentes permanentes en el art. 15 de su Constitución, mostrando el principio de democracia de afectación

la CE de 1978 define primero la estructura del Estado como un Estado democrático (art. 1.1 CE), para después residenciar la soberanía nacional en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE). El modo en el que se reconocen los derechos de participación política, que canalizan esta legitimación democrática del poder, pone de relieve la (en mi opinión adecuada) combinación entre los criterios de afectación y de identidad colectiva: de un lado, el derecho de participación política a través del sufragio (art. 23.1 CE), expresión de la estructura democrática del Estado, se atribuye a los ciudadanos, sin definir ahí expresamente quienes sean éstos; la definición primaria de quienes hayan de ser considerados ciudadanos se ha hecho previamente en el artículo 13.2 CE en términos de democracia de identidad nacional, pues se ha considerado ciudadanos en todo caso los españoles a quienes leas atribuye en exclusiva el ejercicio de los derechos del artículo 23 CE, y solo secundariamente, en lo que se refiere a las elecciones municipales, el mencionado artículo 13.2 CE, permite al legislador nacional o internacional conferir el derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros, convirtiéndolos en ciudadanos (semiplenos en el ámbito municipal), como plasmación del principio democracia de afectación.

Esto último es congruente con el artículo 140 CE, que dispone que los integrantes de las corporaciones municipales serán elegidos por sufragio universal de los vecinos del municipio, es decir, por la población del municipio, que conforme al concepto de vecindad tradicional en el derecho español, hace referencia a quien reside (antiguamente a quién tenía una «casa abierta») en una localidad, con independencia de su nacionalidad, por lo que no se puede equiparar a una fracción pueblo soberano. Y entronca también con la afirmación de nuestro Tribunal Constitucional en la Decisión 1/1992 de 1 de julio, FJ 3.º, de que la extensión del sufragio municipal pasivo a los extranjeros comunitarios (inicialmente no contemplada por el art. 13.2 CE), requerida por el Tratado de la Unión Europea en 1992, no alteraba el principio democrático ni el dogma de la soberanía nacional del pueblo español del artículo 1 CE, y por tanto no requería una reforma constitucional agravada por el procedimiento del artículo 168 CE, dado que las elecciones municipales no implican el más elevado grado de ejercicio del poder político, el de los poderes legislativo y/o constituyente.

respecto de la afectación territorial; a la inversa, México, hasta la reforma electoral de 2005, mostraba con la exclusión de los mexicanos emigrantes de cualquier participación política a través del sufragio, la vigencia del principio de democracia de afectación respecto de la falta de afectación territorial de éstos (aunque a un tiempo no permite la participación política de los extranjeros inmigrantes residentes).

PLURALIDAD DE CIUDADANÍAS, NUEVOS DERECHOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

En este sentido, la funcionalidad de la democracia moderna en sociedades complejas y parcialmente globalizadas, pero que aún se sustentan sobre ordenamientos nacionales, no requiere que todo el poder sea reconducible al sujeto colectivo nacional al que se imputa la soberanía, puesto que hay niveles de creación normativa (como el municipal) que, por su base exclusivamente territorial y su limitado alcance transgeneracional, pueden corresponder a los individuos afectados por ella con independencia de su nacionalidad. Pero, a la inversa, tampoco requiere que el derecho de sufragio se extienda a los extranjeros residentes en otros ámbitos de la creación normativa (sobre todo el nacional), cuyo alcance tanto territorial como (aún) personal, y sobre todo transgeneracional, puede incidir directamente sobre las condiciones fundamentales de convivencia en las comunidades políticas segmentadas en Estados, puesto que implica la atribución de un poder de decisión sobre cuestiones respecto de cuya regulación aquéllos pueden quedar sustraídos solo con su retorno al propio país de origen; ni tampoco, inversamente, obliga a excluir a los nacionales emigrados del ejercicio del derecho de sufragio en ámbitos a cuya regulación siguen estando sujetos (piénsese en las leyes sobre nacionalidad, las leyes sobre obligaciones nacionales como el servicio militar, las obligaciones tributarias, las penales, etc.) por el mero hecho de que respecto de otras cuestiones su sujeción territorial sea más débil.

Esta gradación de la afectación y la correlativa diferente legitimación para la atribución constitucional del sufragio va en una línea distinta a la de otros Estados de la Unión Europea, como Alemania, cuya democracia ha sido construida a partir de la identidad de un pueblo nacional soberano, y que pretenden que sea reconducible a esa colectividad nacional el conjunto de todas las decisiones de poder público que se ejercen en los distintos niveles de decisión territorial de un Estado (incluidas las elecciones municipales). De ahí que en dicho Estado se requiriese una reforma constitucional que exceptuase ese principio de soberanía popular (nacional) para conferir el derecho de sufragio en elecciones locales a los extranjeros comunitarios y exista un profunda cautela de raíz constitucional a la extensión del derecho de sufragio municipal a otros extranjeros residentes no comunitarios¹². Con todo, incluso en ordenamientos en los que la democracia de identidad colectiva está tan enraizada no se impide un cierto juego del principio de democracia de afectación, en la medida en que es habi-

¹² De hecho la Alemania aún no ha ratificado la Convención Europea sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida. Pública Local, de 5 de febrero de 1992, a pesar de los reiterados intentos desde los años noventa por parte, sobre todo, del partido socialdemócrata y de Los Verdes de impulsar una reforma constitucional que lo hiciera posible.

tual que la legislación de los *Länder* alemanes excluya a los nacionales residentes en el extranjero del derecho de sufragio en las elecciones municipales, al exigir la vivienda habitual previa (o la vivienda principal, en caso de varias viviendas) en el municipio en el que se pretenda ejercer el derecho de sufragio¹³.

3. El marco constitucional y legal del derecho de sufragio de los emigrantes

Como es sabido, en 1978 España era considerado aún un país de emigración, no de inmigración, lo que explica que el fenómeno de la emigración fuese objeto de atenta consideración por parte del poder constituyente que le dedica a la garantía jurídica de los derechos de los españoles emigrados diversos preceptos constitucionales. Y aunque hoy en día, la diáspora de españoles que emigran es mucho menor que antaño, y por el contrario la afluencia de inmigrantes –aunque con fluctuaciones– es tendencialmente creciente, hasta el punto de convertirnos en un país de inmigración, no es menos cierto que todavía residen en torno a 1.200.000 españoles como emigrantes en el extranjero, lo que no hace baladé el análisis del marco constitucional en el que se ha de mover su posible exclusión del ejercicio del sufragio municipal.

En primer lugar, hay que decir que el artículo 42 CE se refiere a los derechos socioeconómicos de una parte de los españoles emigrados, los trabajadores, respecto de los cuales dispone que «el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno». Configurado como un principio rector de la política social y económica, dada la ubicación del precepto transcrito en el Capítulo III del Título I de la Constitución, este mandato dirigido al Estado tiene la fuerza prescriptiva del artículo 53.3 del mismo texto, de modo que ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, sin que pueda hablarse de un derecho subjetivo público del trabajador en el extranjero a la defensa de sus intereses ante el hecho migratorio más allá del desarrollo dado al principio constitucional por el legislador.

En lo que atañe, en segundo lugar, a los derechos políticos de los emigrantes (trabajadores o no), es decir a su grado de ciudadanía política, la Constitución ha sido más explícita y ha dispuesto específicas

¹³ Ver, por todas, el §7 de la Kommunalwahlgesetz del Estado federado de Renania del Norte Westfalia, de 30 de junio de 1998.

PLURALIDAD DE CIUDADANÍAS, NUEVOS DERECHOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

previsiones constitucionales para el sufragio de los emigrantes, siendo posible deducir conforme al brocardo latino *expressio unius exclusio alterius* algunas consecuencias normativas adicionales también de sus silencios. Así, cuando se refiere al sufragio para las elecciones al Congreso de los Diputados, establece en términos imperativos que «la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España» (art. 68.5 CE). Este precepto pasó pacíficamente a lo largo del debate constituyente, sin sufrir modificación a lo largo de la tramitación parlamentaria, al no prosperar la única enmienda presentada al mismo y que perseguía la referencia conjunta a las elecciones a las Cámaras baja y alta del derecho de sufragio de estos electores. Sin perjuicio de que la garantía del ejercicio del derecho de sufragio que incumbe proveer al legislador abarca a más nacionales que a los emigrantes en sentido estricto de la palabra (concretamente a todos los españoles que se hallen fuera del territorio nacional¹⁴), merece la pena destacar que la aquélla se refiere únicamente a las elecciones al Congreso de los Diputados, no a las elecciones al Senado (que sí se reconoce en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como Francia¹⁵ o Italia¹⁶), ni a las elecciones a las Asambleas Legislativas de las CC.AA., ni tampoco a las elecciones municipales. Probablemente porque la representatividad más territorial que expresan estos tres tipos de elecciones resulte incompatible con la elección a partir de sufragios emitidos por quienes sólo ficticiamente son residentes (residentes ausentes), pero que en realidad residen en el extranjero¹⁷.

De lo anterior se deduce que no parece constitucionalmente posible suprimir el derecho de sufragio emigrante en las elecciones al Congreso de los Diputados, manteniéndolo en el Senado, puesto que la ubicación sistemática del apartado quinto del artículo 68 CE, dentro de la regulación del sistema de elección del Congreso de los Dipu-

¹⁴ Aunque sea temporal y coyunturalmente, respecto de quienes la reforma de la LOREG operada por la Ley Orgánica 9/2007 de 8 de octubre introduce un mecanismo para facilitar el ejercicio del derecho de sufragio.

¹⁵ Véase el art. L330 del Código Electoral que, al igual que hiciera en 1976 la Ley Orgánica 76-97, de 31 de enero respecto de las elecciones a Presidente de la República, los incluye dentro del cuerpo electoral para las elecciones al Senado, aunque estén excluidos de las elecciones municipales y de las elecciones a la Asamblea Nacional (art. L11 del Código Electoral).

¹⁶ Véase el art. 1 de la Ley 459-2001, de 27 de diciembre sobre el ejercicio del derecho de sufragio por los ciudadanos italianos residentes en el extranjero, que desarrolla el art. 48 de la Constitución italiana por el que se les atribuye a los italianos en el extranjero el derecho de sufragio a una circunscripción especial en las elecciones a la Cámara de Diputados y en las elecciones al Senado, aunque no en las elecciones municipales.

¹⁷ Sobre ello, cfr. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: «Artículo 68», en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*. Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 1355.

B. ALÁEZ CORRAL

EXCLUSIÓN DEL SUFRAGIO MUNICIPAL EMIGRANTE

tados, y su contraposición con el artículo 69 CE que regula autónomamente los elementos del sistema electoral del Senado, revelan la expresa voluntad constitucional de hacer IMPERATIVA ÚNICAMENTE la participación de los emigrantes en la Cámara de representación general del pueblo español.

Pero al mismo tiempo también se deduce de esta regulación constitucional, que no hay necesidad constitucional de extender el derecho de participación en los asuntos públicos al sufragio municipal. No solo porque no se trata de un órgano representativo respecto del cuál la CE expresamente haya previsto esa exigencia, digamos de democracia de identidad, sino, además, porque las corporaciones municipales, como se verá seguidamente, dada su base eminentemente territorial con la que las configura la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, incompatible con la representación de los intereses de «residentes-ausentes», se construyen conforme al principio de democracia de afectación, y no al de democracia de identidad, lo que explica que el artículo 140 CE, disponga que los concejales (y en su caso los Alcaldes) se elijan por los vecinos, es decir por quienes posean vecindad administrativa en el municipio.

Ahora bien, que no exista una exigencia constitucional de garantía del sufragio emigrante en el ámbito municipal no impide por sí mismo que el legislador extienda, como ha hecho, este derecho, al igual que otros derechos sociales o económicos, a los españoles emigrados en el extranjero. La encomienda constitucional que realiza el artículo 81 CE al legislador orgánico para desarrollar el derecho de sufragio del artículo 23 CE y para regular el régimen electoral general le da un margen de apreciación que permitiría incluir el derecho de sufragio de los españoles emigrados en las elecciones a otras corporaciones de carácter representativo, como los municipios. En contra de lo que pudiera parecer a primera vista, no todos los emigrantes españoles (en sentido estricto, quienes han establecido su residencia en el extranjero), se verían igual de desafectos de las decisiones municipales. Sería necesario que el legislador electoral fijase un tiempo razonable mínimo a partir del se habría de entender que un español que ha fijado su residencia en el extranjero ha perdido el contacto mínimo dentro de una legislatura municipal como para que no se le pueda considerar vecino en el sentido de afectado por las decisiones territoriales de la corporación municipal, que es el que tiene en mente el artículo 140 CE. Quizás dos años consecutivos de una misma legislatura o de dos legislaturas contiguas, pueda ser una propuesta a estudiar.

Para ver si esto es así y en qué términos se ha producido ese reconocimiento del sufragio municipal emigrante es preciso descender al nivel normativo legal, en concreto a lo establecido en la LOREG y

en la Ley de Bases de régimen local, pero también en la reciente Ley sobre el Estatuto de la ciudadanía española en el exterior.

Lo primero que llama la atención es que esta tarea de desarrollo legal de los derechos políticos de los emigrantes corresponde competencialmente, por diversas razones, al legislador estatal orgánico, puesto que, según el artículo 149.1.2.º CE la materia de la emigración es exclusiva del Estado y, además, el régimen electoral general, dentro del cuál se incluye el régimen nuclear de todo tipo de elecciones en las que se ejerza poder político (incluidas las municipales), y por tanto la participación en los asuntos públicos de la que habla el artículo 23.1 CE, compete a la Ley orgánica (art. 81 CE).

En tercer lugar destaca también, que hace tan solo cuatro años, el artículo 4 de la mencionada Ley 40/2006 sobre el Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, haya reiterado ese reconocimiento del derecho de sufragio emigrante en todos los niveles, al reconocer su derecho «a ser electores y elegibles, en *todos y cada uno de los comicios*, en las mismas condiciones que la ciudadanía residente en el Estado español, en los términos previstos en la normativa de aplicación» (la cursiva es mía), cuando ya se estaba apuntando desde distintos sectores políticos y académicos a una reforma de la ley electoral que excluyese a los emigrantes del sufragio en el ámbito municipal. Ello revela, a mi entender, el deficiente alcance de la propuesta aprobada por la Subcomisión de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados que solo propone la reforma del artículo 2 LOREG, y no del artículo 4 de la Ley 40/2006, que también sería conveniente, cuando no necesaria (para evitar incongruencias dentro del sistema)¹⁸.

4. Algunos aspectos problemáticos del desarrollo legal de la propuesta de exclusión del sufragio municipal de los emigrantes

4.1. EL SUFRAGIO MUNICIPAL: EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL AUNQUE NO SE EJERZA EL NÚCLEO DE LA SOBERANÍA

El hecho de que no se ejerza el núcleo de la soberanía y de que la elección de los órganos rectores de las corporaciones locales pueda (y quizás deba) estar presidida por el principio de la democracia

¹⁸ En contra de la necesidad de esa reforma legal para la supresión del voto emigrante en las elecciones municipales parecería estar la postura de SANTOLAYA MACHETTI, Pablo: «Artículo 68», *ob. cit.*, p. 1356, puesto que considera a dicho precepto legal *soft law*, carente de efectos jurídicos.

B. ALÁEZ CORRAL

EXCLUSIÓN DEL SUFRAGIO MUNICIPAL EMIGRANTE

de afectación, no merma el carácter político de la representación que éstos desarrollan y, por tanto, la naturaleza de ejercicio del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos que incumbe al derecho de sufragio en las elecciones locales. Expresamente lo ha corroborado nuestro Tribunal Constitucional en relación con el sufragio activo de ámbito municipal en su STC 51/1984, de 25 de abril, FJ 2.º, en la que literalmente se dice que «la participación en los asuntos públicos a que se refiere el artículo 23 es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el artículo 66 de la Constitución y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución». Además, sólo así se puede entender tanto la correlación sistémica existente entre el artículo 13.2 CE y el artículo 23 CE como la argumentación del TC en la DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 3.º.B), en el sentido de que la reforma constitucional a que obligaba la ratificación del Tratado de la Unión Europea, por la extensión del sufragio pasivo en las elecciones municipales a los ciudadanos extranjeros comunitarios, se podía realizar por el procedimiento de reforma constitucional simple del artículo 167 CE y no era necesario el procedimiento de reforma constitucional agravado del artículo 168 CE. Si el sufragio (pasivo en aquella ocasión) municipal no hubiese estado englobado genéricamente dentro del derecho fundamental de acceso a los cargos y funciones públicas del artículo 23.2 CE, y su extensión a los extranjeros comunitarios constituyese la creación de un nuevo derecho de participación política, hubiese sido necesaria seguramente una reforma agravada, por afectarse al artículo 23 CE (Sección 1.ª del Capítulo 2.º del Título I), afectación que no se producía con respecto a la modificación que se realizó del artículo 13.2 CE (ubicado fuera de la citada Sección 1.ª).

La primera consecuencia jurídico-constitucional que se deriva de lo anterior es que el sufragio municipal que ejercen los españoles emigrados goza de la misma naturaleza iusfundamental que el sufragio que ejercen los españoles o los extranjeros avecindados en el municipio, y es expresión del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos del artículo 23.1 CE. Los emigrantes, en tanto españoles, pueden ser *ex* artículos 13.2 y 23.1 CE ciudadanos titulares del derecho de participación en los asuntos públicos a través del voto, y si se les considera legalmente vecinos cumplirán con una de las condiciones constitucionales impuestas para su ejercicio –art. 23.1 en relación con el art. 140 CE.

Una segunda consecuencia jurídico-constitucional se refiere a que este derecho de sufragio municipal (como el de cualquier otra elec-

PLURALIDAD DE CIUDADANÍAS, NUEVOS DERECHOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

ción de órganos de representación política) posee un contenido normativo que se despliega no solo en el acto de la votación, sino en momentos anteriores y posteriores al mismo como se deduce de la jurisprudencia constitucional sobre distintos aspectos vinculados con el ejercicio del derecho de sufragio. Así, respecto de los momentos previos a la votación, la STC 154/1988, de 21 de julio, FJ 2.º, dispone que, «dada la relevancia de la inscripción censal en el ejercicio del derecho fundamental de sufragio, el censo se convierte así en un instrumento indispensable para dicho ejercicio», garantizando con el recurso de amparo la inclusión en el mismo como parte del derecho fundamental del artículo 23.1 CE¹⁹. E igualmente, respecto de los momentos posteriores al acto de la votación, también se puede ver la ultraactividad el derecho de sufragio a través de las garantías de la relación representativa, tal y como ha puesto de relieve reiterada jurisprudencia constitucional²⁰, comenzando con la STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 4.º.a): «Los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar –y no de ninguna organización como el partido político–, y la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado democrático de derecho, y no de la voluntad del partido político. En definitiva, y sin perjuicio de las incompatibilidades que pueda regular la Ley, el cese en el cargo público representativo al que se accede en virtud del sufragio no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, y eventualmente a la del elegido...»; y siguiendo con la STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3.º, y la STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 7.º: «Los diputados son representantes del pueblo español, considerado como unidad, pero el mandato que cada uno de ellos ha obtenido es producto de la voluntad de quienes los eligieron determinada por la exposición de un programa político jurídicamente lícito... La fidelidad a este compromiso político, que ninguna relación guarda con la obligación derivada de un supuesto mandato imperativo..., no puede ser desconocida

¹⁹ *Ad abundantiam* en el mismo FJ 2.º de esa STC 154/1988 se dice: «Por ello resulta perfectamente congruente con la protección especial que la Constitución dispensa al derecho fundamental proclamado en su art. 23.1, que el art. 38.4 de la vigente Ley Orgánica electoral disponga la aplicación del procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 53.2 CE a los recursos jurisdiccionales que se deduzcan frente a las decisiones de la Oficina del Censo Electoral, fuera del período electoral, en materia de listas electorales. Y que quepa también, por la vía configurada en el art. 43 de la LOTC, recurso de amparo frente a una exclusión indebida en las mencionadas listas, del mismo modo que respecto al sufragio pasivo aparece expresamente previsto en el art. 49 de aquella Ley Orgánica electoral...».

²⁰ Véanse entre otras decisiones más recientes, la STC 107/2001, de 23 de abril, FJ 3.º, y la STC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3.º.

B. ALÁEZ CORRAL

EXCLUSIÓN DEL SUFRAGIO MUNICIPAL EMIGRANTE

ni obstaculizada...»²¹. Aunque el artículo 23.1 CE hable literalmente del «... derecho a participar en los asuntos públicos... a través de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal», no tiene sentido circunscribir el efecto de ese derecho de sufragio al acto de la elección, puesto que la propia Constitución ha incluido otros elementos, como la función constitucional de los partidos políticos de contribuir a la formación y manifestación de la voluntad popular (art. 6 CE), que ponen de relieve que a través de la elección se debe expresar una determinada representatividad política del pueblo, que los electores ponen de relieve y lógicamente deben poder controlar sucesivamente en las elecciones periódicas a través principal (aunque no exclusivamente) de su voto a las listas que presentan los partidos, como se verá seguidamente.

4.2. NO TODOS LOS RESIDENTES-AUSENTES SON IGUAL DE RESIDENTES NI DE AUSENTES: LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN PLAZO MÍNIMO DE RESIDENCIA FUERA DE ESPAÑA PARA SER INSCRITO EN EL CERA

Como ya se ha dicho, desde el año 1985 la LOREG reconoce el derecho de sufragio municipal a los españoles residentes en el extranjero e inscritos en el CERA. Ahora bien tanto este reconocimiento, como la posible exclusión que pretende la reforma de la LOREG propuesta el 19 de octubre de 2010 se basan en la exclusión inclusión del conjunto de españoles inscritos en el CERA de forma indiferenciada, sin distinguir en función del tiempo de residencia de éstos en el extranjero.

Así, conforme al artículo 2 LOREG, el derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad inscritos en el Censo Electoral vigente, uno de los cuales –junto con el de electores residentes en España– es, conforme al artículo 31.2 LOREG, el censo de los electores residentes-ausentes que, por tanto, residen en el extranjero. Vuelvo a recordar que, conforme al artículo 99 del Reglamento de Población y Demarcación de las entidades locales y al artículo 2 del Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, sobre inscripción de los españoles en los Registros Matrícula de las oficinas consulares en el extranjero, los nacionales que trasladen su residencia habitual al extranjero han de inscribirse en el Registro de Matrícula de la Oficina o

²¹ En contra de esta jurisprudencia, aunque corroborando con su crítica el nexo que aquí se apunta, ya BASTIDA FREJEDO, FRANCISCO: «Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21 (1987), p. 204.

Sección Consular en el país de destino, de cuyos datos se nutre el Padrón de españoles residentes en el extranjero, fuente a su vez de los datos del CERA, sin que dichas normas establezcan criterio temporal alguno para saber cuando se fija la residencia habitual en el extranjero²².

Esto viene corroborado –aunque con una defectuosa técnica legislativa– por la Ley de Bases de Régimen Local, que es la noma a la que compete definir administrativamente la condición de vecino del municipio. La misma, por un lado, considera que se deben incluir en el Padrón municipal –del que se nutre el Censo electoral– a los vecinos del municipio, es decir, a quienes por residir en el municipio y estar empadronados en él constituyen su población (art. 15 LBRL), así como les confiere –congruentemente con el art. 140 CE– el derecho de elección de los concejales [art. 18.1.a) LBRL]. Pero, de otro lado, para ser congruente con la extensión del sufragio que ha realizado la LOREG a los españoles emigrantes también ordena en el artículo 17.5 LBRL a la Administración General del Estado, en colaboración con los Ayuntamientos y Administraciones de las Comunidades Autónomas, confeccionar un Padrón de españoles residentes en el extranjero, al que será de aplicación las normas de esta Ley que regulan el Padrón municipal, considerando a los inscritos en el mismo vecinos –para no entrar en flagrante contradicción con el art. 140 CE– a los solos efectos del ejercicio del derecho de sufragio, pero sin que constituyan, en ningún caso, población del municipio, lo que se contrapone al principio general del artículo 15 LBRL.

Los conceptos de «residente-ausente» o de «vecino que no constituye población del municipio», configurados de manera indiferenciada como hacen la LOREG y la LBRL, terminan en una ficción jurídica que, al menos parcialmente, en lo que se refiere a los emigrantes que llevan un cierto tiempo mínimo de residencia en el extranjero, parece difícilmente compatible con el concepto de vecindad que está detrás del artículo 140 CE y, por tanto, con la atribución del derecho de sufragio municipal en estrictos términos de afectación tal y como exige su delimitación constitucional conforme al término «vecinos», es decir, respecto de los cuales la residencia que implica el concepto de

²² Una aplicación analógica, *sensu contrario*, de lo dispuesto en el art. 9.1.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, llevaría a entender que quien reside más de 183 días al año fuera de España carece de residencia habitual en España y por tanto tiene residencia habitual en el extranjero, plazo éste que puede ser razonable en el ámbito de las obligaciones tributarias, pero que es claramente irrazonable para obligar a alguien a estar inscrito como residente ausente en el PERE y en el CERA y, como consecuencia de la reforma, perder su derecho de sufragio municipal emigrante.

«residente-ausente» es una mera ficción jurídica. Pero, inversamente, también resulta de dudosa constitucionalidad la exclusión de esa condición de vecinos, al menos respecto del derecho de sufragio municipal, de quienes aun estando residiendo en el extranjero, lo hacen por un período de tiempo tan limitado (*v. gr.*, un año como profesor invitado en otras universidad, dos años de realización de un programa de estudios en el extranjero, o simplemente un traslado de un período de tiempo semejante por razones laborales al extranjero) que hace difícil pensar en su desafección de las decisiones políticas de la corporación municipal a la que pertenecían, aunque por razones meramente administrativas y de tutela consular y diplomática se hayan inscrito en la Oficina Consular correspondientes, y con ello terminen inscritos en el CERA, es decir, respecto de los que no habría tal ficción de residencia con el término residentes-ausentes. Este problema no abarcaría a las elecciones al Congreso de los Diputados, en la medida en que la afectación también se mantendría en el ámbito personal (existen aún sectores del ordenamiento penal, tributario, civil, internacional privado, etc., que siguen personalmente al nacional allí donde resida, aunque su aplicación suela ser ocasional) y, sobre todo, que la delimitación de las condiciones de ejercicio de ese sufragio se hace en el artículo 68.5 CE en términos de democracia de identidad. Y abarcaría en menor medida a aquellas otras elecciones (las del Senado y las autonómicas) en las que el sufragio emigrante no es imperativo pero tampoco existe una delimitación constitucional de las condiciones de su ejercicio en términos de democracia de afectación territorial.

Quizás, por ello, sería recomendable modificar la LOREG, de un lado, y la LBRL y el Reglamento de Población de Demarcación de las entidades locales, de otro, en el sentido de desagregar los españoles emigrados inscritos en el CERA, estableciendo un plazo mínimo razonable de residencia habitual en el extranjero para que su inscripción en las Oficinas Consulares y, con ello, en el PERE y el CERA, tengan efecto en el ámbito municipal, y creando una sección especial del CERA en la que figuren los residentes en el extranjero hasta que se cumpla ese período mínimo de residencia; a fin de no incurrir en el tercer problema –que se aborda a continuación– y evitar que sea constitucionalmente requerida una disposición transitoria que afectaría indiferencialmente a los intereses perseguidos por el legislador y a su voluntad de mayor adecuación a la Constitución de la legislación electoral municipal.

4.3. UNA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DEMOCRÁTICA DEL SUFRAGIO: EL CONTROL DE LA REPRESENTATIVIDAD

En efecto, una segunda dificultad añadida para el desarrollo de la propuesta de supresión de dicho sufragio municipal emigrante también está relacionada con el carácter iusfundamental del derecho de voto municipal cuyo ejercicio se ha permitido espuriamente por la LOREG a los españoles emigrados mediante la ficción de residente-ausente y, sobre todo, con la prolongación de parte de su contenido más allá del momento mismo de la votación. Se trata de la necesidad de respetar la legítima expectativa democrática de control de la representatividad de las listas municipales que han votado los electores emigrados.

Todo parece indicar que los partidos políticos mayoritarios pretenden aplicar el acuerdo alcanzado para reformar la LOREG restringiendo la participación electoral de los españoles residentes en el extranjero a partir ya de las próximas elecciones municipales de 2011. Este manejo del tiempo respecto de la entrada en vigor la reforma electoral que se baraja plantea algunos problemas de compatibilidad con la configuración constitucional del principio democrático y con la aneja garantía que el principio de seguridad jurídica aporta a las legítimas expectativas de participación política de los electores emigrantes, que simplemente se apunta aquí y que requeriría un análisis más profundo.

La representatividad política, en tanto contenido de la relación representativa construida a través del ejercicio del derecho de sufragio por los electores (también de los emigrantes) entre el pueblo y el órgano elegido (en este caso corporación municipal), es relevante desde el punto de vista del respeto al principio democrático y a la efectividad del propio derecho de sufragio. Y lo es hasta el punto de generar en los electores (incluidos los emigrados) una expectativa, incluida en el derecho de sufragio del artículo 23.1 CE, a un control de la representatividad manifestada por las listas electorales en las que se incluyen los futuros candidatos y en las que pudieron haberse incluido los candidatos electos cuyo mandato ha concluido. En mi opinión, existen bases jurídico-constitucionales para incluir esta expectativa dentro del contenido iusfundamental del derecho de participación en los asuntos públicos a través del sufragio del artículo 23.1 CE.

En primer lugar, existe una vinculación entre el derecho a elegir mediante el voto unos representantes y con ello participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE) y el derecho a acceder y mantenerse con los requisitos que señalen las leyes en el cargo electo (art. 23.2 CE), expresamente considerada indisoluble por la STC 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 4.º. Esta vinculación está ligada a la función de legiti-

mación democrática que corresponde al derecho de voto en un Estado democrático y que impide que los efectos de éste se circunscriban exclusivamente a la libertad, pluralismo, etc., del momento del acto de la votación. Una buena prueba de ello es, por ejemplo, que el *Bundesverfassungsgericht* alemán haya considerado desde su decisión sobre el Tratado de la Unión Europea en 1992, y más recientemente en su decisión sobre el Tratado de Lisboa de 2009, que una merma por debajo de un determinado nivel en las competencias que restan en manos de los órganos representativos (elegidos por sufragio) alemanes, como consecuencias de la transferencia de competencias a las instituciones de la UE implicaría una quiebra de la representatividad de éstos y por ende una lesión del democrático derecho de participación de los alemanes en los asuntos públicos, expresión de su soberanía²³.

En segundo lugar, como consecuencia de esa vinculación entre ambos párrafos del artículo 23 CE, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la vulneración de derecho del representante a ejercer la función que le es propia conlleva la vulneración del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, pues se ve vaciado de contenido (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2.º). Por tanto, la representación debe dar continuidad a la participación política de los ciudadanos para lo que debe acogerse una «concepción funcional» del ejercicio del cargo representativo²⁴. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, «el mandato que cada uno de ellos [los diputados] ha obtenido es producto de la voluntad de quienes los eligieron, determinada por la exposición de un programa político jurídicamente lícito» (STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 7.º). Todo ello es prueba de la extensión de la eficacia normativa del derecho de sufragio más allá del acto de la votación, a un control de representatividad íntimamente vinculado a ella²⁵.

²³ Véase, por todas, la última decisión Lisboa sobre el homónimo tratado modificativo del Tratado de la Unión Europea: Sentencia de 30 de junio de 2009, FJ B.I, en el que se afirma que el contenido individualizado del derecho de sufragio del art. 38.1 y 2 de la GG alemana no solo garantiza la elección por el ciudadano de los miembros del *Bundestag* conforme a los principios y criterios constitucionalmente establecidos, sino también un «contenido democrático fundamental», por el cual se legitima a los órganos del poder federal alemán y se ejerce una influencia directiva sobre el poder que éstos pueden ejercer, por lo que el acto del voto perdería su razón democrática de ser si los órganos electos no dispusiesen de suficientes funciones y poderes a través de las cuales pudiera desplegarse el poder directivo y legitimador del voto.

²⁴ Cfr. PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *La sustitución temporal de los representantes políticos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 8 y ss.

²⁵ Cfr. CAAMAÑO, FRANCISCO: «Mandato parlamentario y derechos fundamentales (notas para una teoría de la representación “constitucionalmente adecuada”», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36 (1992), pp. 136-137.

PLURALIDAD DE CIUDADANÍAS, NUEVOS DERECHOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

En tercer y último lugar, como corolario de todo lo anterior, si el derecho de sufragio (incluido el sufragio municipal emigrante) tiene como finalidad otorgar a los ciudadanos un mecanismo de legitimación e influencia en los asuntos públicos para que consideren que se autogobiernan (art. 1 CE), y cabe entender que dicha función democrática se ve vulnerada cuando sujetos o factores ajenos a los electores –en tanto intermediarios del pueblo como ente colectivo abstracto– ponen fin a la relación representativa, la condicionan o mediatizan o, en fin, la vacían de contenido desapoderando al órgano representativo electo, nada distinto sucede si se permite eliminar o distorsionar la responsabilidad (política) que deben los cargos electos ante el electorado. El correlato de que la representación tenga que dar continuidad a la participación ciudadana en los asuntos públicos no es otra cosa que el que esa misma participación ciudadana sea la única instancia de exigencia de responsabilidad (política) para controlar la representatividad de los cargos electos, es decir, su correspondencia con la pluralidad de intereses políticos expresados a través de los partidos y otras instancias en el proceso electoral en el que fueron elegidos. Y, a falta de mecanismos de revocación del mandato parlamentario, cuya compatibilidad con la prohibición de mandato imperativo sería discutible, el único cauce de exigencia de responsabilidad política a los cargos electos es el control de representatividad de las listas en que se presenten que se verifica en elecciones periódicas y que se refiere tanto a su representatividad futura como a su representatividad pasada. Ciertamente, no se trata de que los electores pongan fin o prorroguen el mandato de los candidatos, pues éste finaliza *ope legis* u *ope voluntatis* en los términos y condiciones constitucionalmente establecidos (art. 68.4 CE), pero sí se trata de impedir que el legislador pueda alterar y distorsionar la capacidad de influencia política que correspondería al electorado, y eludir con ello el control político que a éste le corresponde en cualquier elección (que no sea la primera de un sistema democrático), a través de la manipulación de la composición del electorado, ajena a las variaciones naturales de la población y a las causas constitucionalmente legítimas de limitación del derecho de sufragio²⁶.

²⁶ La noción de ciudadano tiene que ver desde las revoluciones liberal-democráticas no solo con la participación activa en el ejercicio del poder mediante la elección de los representantes o directamente con el referéndum, sino también con el hecho de ser representado (cfr. TROPER, Michel: «Le notion de citoyen sous la Revolution Française», en VV.AA.: *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis*. LGDJ, Montchrestien, 1997, pp. 304 y ss.), ahora ya, con la extensión democrática del sufragio universal, por unos órganos en cuya elección se ha podido participar, lo cual implica una exigencia de representatividad que sólo se puede conseguir con la adecuada configuración del sistema electoral.

B. ALÁEZ CORRAL

EXCLUSIÓN DEL SUFRAGIO MUNICIPAL EMIGRANTE

Por todo ello, en mi opinión, sería de dudosa compatibilidad con esta función democrático-legitimadora atribuida constitucionalmente al derecho de sufragio permitir al legislador determinar libremente –sin condicionantes temporales– la composición del electorado que va a ejercer dicha influencia sobre las instancias de poder representativas, excluyendo electores, defraudando con ello la expectativa que éstos puedan tener de ejercer un control político sobre las listas en las que se presentan las diversas candidaturas de conformidad con unos elementos del sistema electoral previamente conocidos al inicio de la legislatura, y distorsionando el efecto de la responsabilidad política que se pueda ejercer con dicho control. Los electores emigrados generaron en mayo de 2007, conforme al sistema electoral entonces vigente, una expectativa legítima de control de las opciones políticas incluidas en las listas que se votaron, y que se podrían volver a presentar en mayo de 2011. Dicha expectativa, a mi entender, forma parte del contenido del derecho de sufragio del artículo 23.1 CE y debe ser respetada por el legislador en su configuración legal del derecho fundamental de sufragio. Ello no solo exige el respeto a la caracterización constitucional de los elementos fundamentales del sistema electoral (circunscripción, sufragio, fórmula electoral, barrera electoral), sino también que eficacia temporal y espacial de la configuración de esos elementos no distorsionen la representatividad que se pretende que exprese el órgano representativo.

La entrada en vigor durante la legislatura municipal 2007-2011 de una reforma de la LOREG, como la que se acaba de presentar en el Congreso de los Diputados el 19 de octubre de 2010²⁷, que excluya el derecho de sufragio emigrante para las próximas elecciones municipales implicaría, a mi juicio, la aplicación de una limitación del derecho de sufragio municipal de los emigrantes, en concreto de su expectativa iusfundamental de control de la representatividad de las instituciones municipales electas en 2007 (antes de la entrada en vigor de dicha limitación) que despliega sus efectos hasta el mismo momento de las próximas elecciones de mayo de 2011 (después de la entrada en vigor de dicha reforma de la LOREG). Se trata de una situación que encaja con lo que nuestro Tribunal Constitucional ha calificado en diversas ocasiones como retroactividad de grado medio²⁸. Los límites constitucionales que para ello se derivan de la prohibición

²⁷ El texto de esta Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, puede verse en esta página web del Congreso: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_282-01.PDF.

²⁸ Véase, por todas, la STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11.º, conforme a la cual la retroactividad de grado medio se da cuando existen disposiciones «que pretenden incidir

PLURALIDAD DE CIUDADANÍAS, NUEVOS DERECHOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

de irretroactividad de disposiciones restrictivas de un derecho fundamental, como el de sufragio, y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no parecen avalar la entrada en vigor inmediata de este aspecto de la reforma electoral. Más allá de la pretensión de adaptar al principio de democracia de afectación nuestro sistema electoral municipal (exigido por el art. 140 CE), deshaciendo la ficción de considerar vecinos residentes-ausentes a quienes no residen y, por tanto, realmente no son vecinos del municipio, no se vislumbra otra finalidad constitucionalmente legítima que se pueda perseguir con semejante reforma excluyente del sufragio municipal de los emigrantes²⁹. En el proceso de ponderación que habitualmente realiza nuestro Tribunal Constitucional difícilmente podría prevalecer la necesidad de eficacia inmediata de esta finalidad sobre la expectativas iusfundamental de los electores emigrantes a participar en el control de representatividad que lleva a cabo el electorado municipal cada cuatro años cuando el propio legislador ha mantenido esa ficción durante más de veinticinco años. De ahí que, en mi opinión, por respeto al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 en relación con el derecho de participación en los asuntos públicos del artículo 23.1 CE, no debería aplicarse una reforma tal limitativa de un derecho fundamental tan importante para el sistema democrático sin un período transitorio de entrada en vigor que sería lo que medie entre el final de esta legislatura y las elecciones municipales del 2015. Para éstas elecciones los electores emigrantes ya sabrán, antes de votar en mayo de 2011, que su expectativa democrática de control de representatividad iba a tener limitado su ámbito temporal de vigencia y no les permitiría renovar esa posibilidad de control en 2015.

5. Conclusiones

El sufragio municipal de los emigrantes que pudieron votar en las elecciones de 2007 y eligieron a los miembros de una serie de corporaciones municipales, cuya responsabilidad política se dilucida a tra-

sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas», exactamente lo que sucede en la situación aquí descrita.

²⁹ Cuestión distinta sería una reforma que en lugar de excluir electores incluyese electores para otorgar derecho de participación a quien por su afectación democráticamente debe tenerlo (en su día las personas de raza negra, las mujeres u hoy en día los inmigrantes residentes), pues en tales casos la ponderación seguramente que deba hacer prevalecer la inmediata garantía de la posibilidad de participación de quien no la tenía reconocida aunque ello conlleve una merma cuantitativa de la capacidad de control que cada elector ya incluido esperaba tener en función del tamaño del electorado.

vés del control de representatividad que puede ejercer el electorado en las siguientes elecciones, tiene en la posibilidad de dicho control de representatividad por parte de quienes formaban parte del electorado que les eligió una parte esencial de su función democrática. Ciertamente, el ordenamiento jurídico ni debe ni puede pretender que se mantenga invariable la composición del electorado entre dos citas electorales, pero una cosa es que se produzca una alteración del electorado por causas demográficas (nacimientos y decesos) o constitucionales (naturalizaciones, acceso a la mayoría de edad, condenas privativas del derecho de sufragio), y otra muy distinta es el legislador electoral pueda burlar el control de su representatividad política por los electores (los viejos que les votaron y los nuevos que votan por primera vez), modificando artificialmente –mediante exclusiones o inclusiones normativas– la composición del electorado a cuyo control en las siguientes elecciones se deben. Ciertamente cabe deshacer legalmente una decisión legal –la de incluir a los emigrantes entre los electores municipales como vecinos residentes-ausentes– de dudosa compatibilidad con la caracterización constitucional de los comicios municipales desde la perspectiva de la democracia de afectación, pues ello persigue una finalidad constitucionalmente legítima, pero no puede hacerse de cualquier forma.

Por ello, apruébese, pues, si esa es la voluntad política mayoritaria de los representantes de los españoles, la reforma electoral limitativa del sufragio de los emigrantes antes del final del vigente mandato municipal.

Pero, a fin de ser respetuosos con los condicionamientos democrático-constitucionales que imponen los artículos 9.3, 23 y 140 CE, desagreguense los distintos tipos de españoles residentes-ausentes inscritos (e inscribibles pro futuro) en el CERA en función de su mayor o menor desafección de los intereses municipales, creando, para ello, Censos de Residentes Ausentes diferenciados para las elecciones municipales y para los demás tipos de elecciones según una distinta exigencia del tiempo mínimo de residencia en el extranjero. Alternativamente, difiérase la entrada en vigor de la reforma que actualmente se está tramitando a las elecciones municipales de 2015. Ello permitiría a esos mismos electores emigrantes no solo ejercer el control de la representatividad de las corporaciones municipales que actualmente (hasta mayo de 2011) les representan, sino también ejercer ese mismo control político sobre la representatividad de las Cortes Generales que aprueban esa reforma electoral en las elecciones generales de 2012 en las que su derecho a participar está constitucionalmente garantizado. Solo tras esas elecciones, y siempre que ese control no haya conducido a la elección de una mayoría política contraria a dicha reforma elec-

PLURALIDAD DE CIUDADANÍAS, NUEVOS DERECHOS Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

toral, podrá la misma desplegar su eficacia con toda la legitimidad jurídico-constitucional. De lo contrario se abrirá la puerta a una espuria utilización de la Ley Electoral como instrumento manipulador de los efectos del control de la representatividad política por parte del electorado, lesiva del derecho fundamental de sufragio de los emigrantes excluidos.