

EL NEXO ENTRE NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y SUFRAGIO

en: **Ricardo Chuecha Rodríguez/Luis Gálvez Muñoz (Dirs.) El voto de los españoles en el exterior, CEPC, Madrid, 2022, pp. 21-49**

Prof. Dr. Benito Aláez Corral

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

1.- CONFUSIONES CONCEPTUALES ENTORNO A LA NACIONALIDAD Y LA CIUDADANÍA

La soberanía de un Estado democrático solo se puede concebir a partir de la existencia de ciudadanos¹, que conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su tercera acepción, son toda “persona considerada como miembro activo de un Estado, titular de derechos políticos y sometido a sus leyes”². Lamentablemente, estas definiciones no llevan muy lejos, porque no precisan qué es lo que confiere a la persona esa cualidad, derecho y condición de ciudadano, es decir, qué circunstancias normativas -dentro del ordenamiento jurídico-, si es que hay alguna, son las que le hacen ser miembro activo del Estado y titular de los derechos políticos. Ciertamente, con la ayuda de las facetas filosófica, política y sociológica con las que también se define la ciudadanía, se ve claro que desde las revoluciones liberal-democráticas el concepto de ciudadanía, en tanto cualidad de los ciudadanos, se vincula a la participación en la sociedad y en el ejercicio democrático del poder³, en contraposición al uso que hacía Hobbes del ciudadano como súbdito del poder soberano, pero seguimos sin saber qué es lo que convierte jurídicamente a una persona en ciudadano y si sólo se es ciudadano si se puede ejercer el derecho de sufragio.

Incluso aunque se parta -como es el caso- de una perspectiva metodológica formalista conforme a la cual el ordenamiento jurídico, en tanto subsistema social autorreferencial y positivizado, no admite más soberanía que la suya, representada en su norma suprema, y se convierta a las fórmulas soberanistas en concreciones del principio democrático en relación con la forma de creación normativa⁴, sigue siendo necesario saber qué súbditos considera el ordenamiento integrados en el sujeto colectivo de imputación de la soberanía y con qué criterios coherentes con el principio constitucional democrático se les permite participar en la sociedad, incluidos los procesos de

1Cfr. **MASSING, J.**, *Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration*, Mohr Siebeck, 2001, pág. 20 ss.

2Véase el Diccionario de la Lengua Española en <https://dle.rae.es/ciudadanía> y <https://dle.rae.es/ciudadano> (consultado el 17 de mayo de 2021)

3Sobre la evolución histórica del concepto filosófico-político de ciudadanía véase **COSTA, P.**, *Civitas. Storia de la cittadinanza in Europa*, Vol. I-IV, Roma/Bari, Laterza, 1999-2001.

4Cfr. **ALAEZ CORRAL, B.**, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 139 ss.

nucleares de ejercicio de esa soberanía, es decir cómo se atribuye la ciudadanía y en qué consiste ésta. La cuestión, aun compleja, tendría más fácil solución si la definición de quienes componen el pueblo del Estado se pudiese realizar de una vez para siempre en el momento fundacional y éste tuviese un carácter más o menos estático e indefinido en el tiempo y en el espacio, como se ha conseguido mayoritariamente con la definición de las fronteras del territorio de aquél. Ello, sin embargo, no es así puesto que, a través de la adquisición originaria o derivativa de la nacionalidad y de los movimientos migratorios los individuos entran y salen del pueblo del Estado, así como del territorio sobre cual el Estado ejerce su poder jurídico.

Si observamos los ordenamientos liberal-democráticos contemporáneos, vemos que la pertenencia del individuo a la comunidad humana estatalmente organizada, así como la posibilidad de su participación en la comunidad política, se han venido definiendo, habitualmente de forma indiferenciada, con dos términos, existentes en las principales lenguas europeas, los de nacionalidad y ciudadanía, que se utilizan de forma bien sinónima o bien concéntrica, desconociendo su diferente funcionalidad en el ordenamiento jurídico y sobre todo su diversa configuración jurídico-constitucional⁵. Mientras que en algunos textos constitucionales, como el alemán, es más común manejar el término nacionalidad (*Staatsangehörigkeit*) (arts. 16, 28, 73 y 116 Const. alemana) y que el de ciudadanía (*Staatsbürgerschaft*) aparezca mucho menos y referido al subgrupo de los nacionales que pueden ejercer los derechos políticos (art. 33 Const. alemana), en otros por el contrario, como el italiano (arts. 22 o 117 Const. italiana), la tendencia es justamente la opuesta a precluir el término nacionalidad -de connotaciones étnicas- y a que el término ciudadanía absorba jurídicamente el significado de ambas categorías; pudiendo combinarse el uso de ambos conceptos, como hace el texto constitucional francés (arts. 34, 73 y 77 Const. francesa), no sin inducir a cierta confusión terminológica. Una preclusión del término *nationality* y su absorción por un único término, el de *citizenship*, que predomina en el ámbito anglosajón⁶ y conlleva escindir el concepto de ciudadanía en: ciudadanía formal (*nominal citizenship*) y ciudadanía material (*substantive citizenship*)⁷.

Por lo que se refiere al ordenamiento español, el término nacionalidad aparece en el art. 11 CE que remite al legislador el establecimiento de las condiciones para su adquisición y pérdida, prohibiéndole, además, expresamente que esta última tenga lugar respecto de los españoles de origen.

⁵Sobre la distinta función jurídico-constitucional de una y otra cara de la ciudadanía, **ALAEZ CORRAL, B.**, *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

⁶Cfr. **BAUBÖCK, R.**, *Transnational citizenship*, Edward Elgar, Aldershot, 1994, pág. 23 ss.; **BOSNIAK, L.**, *Constitutional citizenship through the prism of alienage*, Ohio State Law Journal, Vol. 63, Nº 5, 2002, pág. 1299-1300.

⁷Para un estudio histórico del diferente sentido de ambas categorías en Alemania, Francia, EE.UU. y el Reino Unido véase **GOSEWINKEL, D.**, *Untertanschaft, Staatsbürgerschaft, Nationalität*. Berliner Journal für Soziologie, Vol. 4, 1998, pág. 507 ss.

Y vuelve a aparecer en numerosas ocasiones a lo largo del texto constitucional de forma implícita cada vez que se hace referencia a la cualidad de ser nacional, esto es, a los españoles (art. 13.2, 14, 19, 29, 30, 35...) y, por oposición, a quienes carecen de esa cualidad, los extranjeros y los apátridas (art. 13.1 y 4), así como identificada con el término ciudadanía al referirse al derecho de asilo de los “ciudadanos de otros países” (art. 13.4). Por su parte, el término ciudadanía no aparece directamente en el texto constitucional, ni siquiera para una remisión a la tarea del legislador en su desarrollo o concreción, pero sí aparece de forma indirecta en la medida en que halla su contenido en buena parte de los derechos y libertades de la persona, especialmente los de participación, que reconoce nuestro texto constitucional en el Capítulo II del Título I, y también de forma implícita cuando se hace referencia a la cualidad de “ciudadano” que otorga, con un sentido claramente diferente del de nacional: así por ejemplo el art. 23 confiere el derecho a participar en los asuntos públicos a los ciudadanos, que al menos en lo que se refiere a la participación política local, pueden ser no solo los nacionales españoles sino también los extranjeros (art. 13.2); la rúbrica de la Sección 2ª, Cap. II, Tít. I se refiere a “los derechos y deberes de los ciudadanos”, incluyendo una variedad de derechos que corresponden bien a todas las personas (derecho al matrimonio del art. 32 o derecho a la propiedad privada y a la herencia del art. 33), o bien solo a los españoles (derecho al trabajo del art. 35); y el art. 30.4 contrapone los deberes de “los ciudadanos” a los deberes militares que el art. 30.1 impone solo a “los españoles”.

Como se ve, los textos constitucionales utilizan palabras que literal y/o conceptualmente remiten al término ciudadanía, sea como vínculo jurídico formal con el Estado (ciudadanía formal o nacionalidad) sea como estatus iusfundamental que permite al individuo integrarse en la sociedad (ciudadanía material). Pero, ¿qué convierte a un individuo en ciudadano? ¿Únicamente la atribución jurídica al mismo de la nacionalidad del Estado? ¿Solo su empoderamiento jurídico para ejercer ciertos derechos de libertad, políticos o sociales que le permitan integrarse en la sociedad? ¿O la combinación/ combinaciones de los dos criterios antedichos? De cuál sea el criterio definitorio va a depender el reconocimiento de la condición de ciudadano a los individuos migrantes en otro Estado distinto del de su nacionalidad, pero también el que se preserve el ejercicio de un derecho fundamental, como el de sufragio, a los nacionales que por haber emigrado pueden encontrarse desvinculados de su país de origen. De ahí que sea precisa una reconstrucción conceptual del término ciudadanía que permita concretar su sentido jurídico-constitucional en un ordenamiento democrático, como el español, puesto que solo así será posible calibrar, en términos igualmente jurídico-constitucionales, cuál es el impacto que los movimientos migratorios sobre él.

2. CIUDADANÍA Y SUFRAGIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DEMOCRACIA DE IDENTIDAD Y LA SEGMENTACIÓN TERRITORIAL DEL DERECHO

Aunque desde el prisma kelseniano de una concepción espacio-temporal unitaria del derecho el concepto de ciudadanía resultaría contingente y todo ordenamiento jurídico se construiría exclusivamente a partir de la noción de súbditos⁸, lo cierto es que las Constituciones contemporáneas, y la española de 1978 no es una excepción, se han convertido en normas jurídicas supremas y, para preservar esta posición de supremacía, han democratizado plenamente el ejercicio del poder⁹, convirtiendo a la ciudadanía (material) en el estatuto jurídico iusfundamental del individuo. En efecto, la transformación del Estado constitucional desde un Estado liberal hasta un Estado social y democrático de derecho, así como su correlativa apertura al derecho internacional de los derechos humanos -que en el caso de España está representada por el art. 10.2 CE-, permite identificar en el ordenamiento jurídico un vínculo jurídico gradual que genera una praxis cívica, un mecanismo de inclusión¹⁰ del individuo en la sociedad que refiere el conjunto de derechos y deberes que permiten al individuo participar como miembro de pleno derecho en las distintas esferas de comunicación -económica, política, social, etc...- de la comunidad estatal a la que está sometido, es decir, lo que la filosofía política y la sociología han venido calificando históricamente como ciudadanía (material)¹¹. Dentro de esta praxis cívica destaca la participación política, cuyo principal canalizador es (la posibilidad de) el ejercicio el derecho de sufragio.

Dos elementos condicionan esta irrupción jurídico-constitucional de la ciudadanía como estatuto iusfundamental del individuo: de un lado está la preeminencia en los textos constitucionales occidentales de un entendimiento del principio democrático como “democracia de identidad”¹², se construya esta identidad sobre la base de la voluntad común de un sujeto colectivo o sobre la base de una comunidad étnico-cultural, en detrimento de su aún minoritaria comprensión como “democracia de afectación”¹³, lo que tiene como consecuencia que la adquisición y disfrute de la ciudadanía material, al menos la faceta de ésta consistente en la plena participación política del individuo, sigan vinculados en buena medida a la posesión del vínculo formal de la nacionalidad. Sin prescindir de este entendimiento identitario de la democracia, por influjo del Derecho Internacional de los Derechos

8**KELSEN, H.**, *Allgemeine Staatslehre*, Max Gehlen, Bad-Homburg v.d. Höhe, 1966, pág. 159-160.

9Sobre el principio democrático como aquella forma de organización de la creación normativa que mejor impele las condiciones funcionales de existencia del sistema jurídico -su autorreferencialidad y su positividad-, **BASTIDA FREIJEDO, F.J.**, *La soberanía borrosa: la democracia*, Fundamentos, N° 1, 1998, pág. 389 ss.

10**BRUBAKER, R.**, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, ob. cit., pág. 21-23.

11Cfr. **MARSHALL, T. H.**, *Citizenship and Social Class* (1950), Pluto Press, Chicago, 1992, pág. 8.

12Comprensión dominante, por ejemplo, en Alemania: véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán *BVerfGE 83, 37 y ss.* y *BVerfGE 83, 60* sobre el art. 20 de la Const. alemana; y también en Francia: véase la *Decisión del Consejo Constitucional n° 76-71 DC de 30 de diciembre de 1976, F.J.*, 6° sobre el art. 3 de la Const. Francesa.

13Este entendimiento de la democracia tiene su origen en la teoría política de **DAHL, R. A.**, *After the revolution? Authority in a good society*, Yale University Press, New Haven, 1970 y es propugnado, entre otros, respecto del art. 20.1 Const. alemana por **BRYDE, B.O.**, *Ausländewahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, Juristen Zeitung, 1989, Bd. 44, pág. 257-258; y respecto del art. 1 CE por **BASTIDA FREIJEDO, F.J.**, *La soberanía borrosa: la democracia*, ob. cit., pág. 389 ss.

Humanos que contempla el derecho de participación política como un derecho humano de los ciudadanos (art. 25 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 -PIDCP-¹⁴), la mayoría de los Estados democráticos también otorgan cierta relevancia jurídica al entendimiento del principio democrático como “democracia de afectación”, o más bien de sujeción¹⁵, de modo que los individuos han de poder participar de forma libre, igual y plural en el ordenamiento jurídico al que van a estar sujetos. Ello permite cuestionar que se condicione la adquisición de toda la ciudadanía material -y en particular todo ejercicio del derecho de sufragio como su faceta política- a circunstancias o *estatus* previos del individuo¹⁶ como la nacionalidad, pero también que se permita el ejercicio de esa ciudadanía política -y por tanto el ejercicio del derecho de sufragio- a quienes, como los nacionales emigrantes, carecen de sujeción al ordenamiento en cuya elaboración pretenden participar.

De otro lado, como segundo condicionante, se encuentra también el que, a pesar de todos los pasos dados en el proceso de globalización jurídica, persiste la segmentación territorial del derecho en ordenamientos estatales (o como mucho supra-estatales como la Unión Europea) dentro de una sociedad globalizada en muchos otros ámbitos¹⁷, y esta segmentación, sin duda, afecta al entendimiento democrático de la ciudadanía cuando se producen movimientos migratorios masivos como los que ha experimentado el planeta en el final del siglo XX y el inicio del siglo XXI. Parece difícil imaginar, por razones meramente fácticas, que un ordenamiento jurídico tenga la pretensión de ser aplicable a todo sujeto y en todo lugar, dada su incapacidad para ser eficaz en todo el planeta. Lo habitual es que el ordenamiento cree un círculo subjetivo especial (aunque no único) en el que concentrar la eficacia de sus normas, que coincide con la población que más contacto posee con un territorio sobre el que ejerce eficazmente el poder público¹⁸: los nacidos en el territorio del Estado (*ius soli*) o de padres súbditos del Estado (*ius sanguinis*). Ese vínculo que define cuál es el pueblo de un Estado¹⁹, sobre el que se aplica la protección diplomática en el Derecho Internacional Público, y que determina la ley personal en el Derecho Internacional Privado, es a lo que se denomina nacionalidad

14 Véase el Comentario General al art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del Comité de Derechos Humanos de la ONU (CCPR/C/21/Rev.1/Add.7), de 27 de agosto de 1996): https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.7&Lang=en (consultado el 17 de mayo de 2021).

15 Véase al respecto **KARLSON, J.**, *The boundaries of transnational democracy: Alternatives to the all-affected principle of democratic inclusion*, *Review of International Studies*, Vol. 38, N° 2, 2012, págs. 321-342.

16 En este sentido, cfr. **BRYDE, B.O.**, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, *Staatwissenschaft und Staatpraxis*, 1995, pág. 307 ss.

17 Cfr. **ALAEZ CORRAL, B.**, *Globalización jurídica desde la perspectiva del Derecho constitucional español*, *Teoría y Realidad Constitucional*, Vol. 40, 2017, pág. 247 ss.

18 Sobre la territorialidad del poder político y la trascendencia de ello para la nacionalidad y la ciudadanía, cfr. **BAUBÖCK, R.**, *Transnational citizenship*, ob. cit., pág. 16 ss.

19 Para **BRUBAKER, R.**, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, ob. cit., pág. 21-23, la ciudadanía formal opera como instrumento de exclusión o de cierre de cada sistema político estatal respecto de los demás.

20 Art. 2a) del Convenio Europeo n.º 166 sobre nacionalidad, de 6 de noviembre de 1997. Texto extraído del portal oficial del Consejo de Europa: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166> (consultado el 10 de abril de 2021), aunque este convenio aún no ha sido ratificado por España.

, y por la segmentación territorial y la búsqueda de eficacia también extraterritorial de los ordenamientos estatales por el momento resulta necesario desde el mero punto de vista de la funcionalidad del sistema jurídico²¹, aunque, ciertamente, la progresiva desaparición o disminución de los supuestos de sujeción personal y aplicación extraterritorial del Derecho del Estado, la desaparición en muchos casos del servicio militar obligatorio, la reducción de las obligaciones personales de tributación directa, o la paulatina pérdida de relevancia de la nacionalidad como punto de conexión personal en el Derecho Internacional Privado, contribuyan a reducir cada vez más su relevancia funcional.

3. NACIONALIDAD, GRADACIÓN DE LA CIUDADANÍA Y SUFRAGIO

La tradicional y aún persistente vinculación constitucional y doctrinal de la nacionalidad y la ciudadanía se encuentra parcialmente ligada al fenómeno histórico-político de la atribución de la soberanía a un sujeto nacional, obra de la teoría política de la revolución francesa²², y a la distinción entre ciudadanos activos y pasivos²³. Ciertamente, desde entonces la ciudadanía material ha ido creciendo en autonomía respecto de la ciudadanía formal (nacionalidad) a medida que se ha ido democratizando la estructura del ordenamiento jurídico, es decir, a medida que se ha civilizado la nacionalidad²⁴, pero aún no se ha desvinculado completamente de ésta. Precisamente porque desde la perspectiva de la legitimidad democrática de ejercicio del poder público es necesario que los súbditos se conviertan en la mayor medida posible en “soberanos”²⁵, es por lo que la ciudadanía material pasa a ser el instituto jurídico imprescindible que recoge las condiciones subjetivas necesarias para esa conversión, así como el haz de derechos en los que se ha de plasmar la participación en el ejercicio del poder de una comunidad, consustancial a la soberanía democrática. Pero el mantenimiento de la segmentación territorial del derecho en Estados soberanos y la relevancia que éstos aún atribuyen -por pequeña que sea- a la sujeción personal allende el territorio del Estado siguen justificando dar cierta relevancia la ciudadanía formal de algunos ciudadanos, los nacionales del Estado, de la que carecen los ciudadanos extranjeros inmigrantes. Se puede decir que normalmente en todo Estado democrático conviven ciudadanos nacionales -que lo son para el Estado de referencia en un sentido formal y

21ALAEZ CORRAL, B., *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, ob. cit., pág. 79 ss.

22Una vinculación que para GRAWERT, R., *Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft*, Der Staat, N° 23, 1984, pág. 182 ss. se debe a la “función de llave” que posee la nacionalidad.

23Cfr. ALAEZ CORRAL, B., *Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional*, Historia Constitucional, N° 6, 2005, pág. 54 ss. <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/62/50> (consultado el 17 de mayo de 2021).

24ALAEZ CORRAL, B., *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, ob. cit., pág. 22 ss.

25Cfr. BASTIDA FREIJEDO, F.J., *La soberanía borrosa: la democracia*, ob. cit., pág. 389 ss.

material- y ciudadanos extranjeros -que para el Estado de referencia no son ciudadanos formalmente hablando²⁶ pero sí pueden ser ciudadanos materialmente en un determinado grado, en función del estatuto jurídico iusfundamental que se les reconozca y que permita su integración y pertenencia a la comunidad de acogida-. Así se puede dar una explicación coherente a las aparentes inexactitudes de los textos constitucionales, entre ellos el español de 1978, que califica de ciudadanos tanto a españoles que poseen la nacionalidad formal y los derechos de ciudadanía política (art. 23 en relación con el art. 13.2 CE), como a extranjeros, a los que, aun careciendo de la ciudadanía formal española, se califica de ciudadanos por el estatus iusfundamental que se les confiere (rúbrica de la Sección segunda del Capítulo II del Título I de la CE de 1978) o por la sujeción que a la Constitución que se les impone como ciudadanos (art. 9.1 CE) y que lógicamente les incluye²⁷.

Para hacer compatible con el principio democrático la existencia de un colectivo nacional en el que desplegar el dogma de la soberanía nacional/popular y en el que concentrar el núcleo de una faceta de la ciudadanía material, la participación política, es preciso, de un lado, reconstruir la atribución/adquisición de a ciudadanía formal desde una perspectiva democrática, es decir, *civilizar la nacionalidad*, alejándola de un concepto objetivo de nación y aproximándola a un concepto subjetivo en el que el factor determinante lo constituya la igual sujeción al ordenamiento jurídico de quienes han expresado con su residencia en el territorio del Estado su consentimiento al pacto social fundador. Pero de otro lado, también es preciso admitir la existencia de una gradación en la atribución de la ciudadanía material, rompiendo con la absorción de esta última por la ciudadanía formal, de modo que algunos niveles o contenidos de la ciudadanía material correspondan solo a los ciudadanos nacionales, vinculados con el Estado por la ciudadanía formal, pero otros puedan corresponder también a los ciudadanos extranjeros, vinculados con el Estado por los diversos grados de sujeción al ordenamiento jurídico estatal que se deriven de su presencia en el territorio de aquél. En efecto, muchos textos constitucionales, incluido el español de 1978, han atribuido la mayoría de los derechos civiles y sociales a todas las personas que tengan contacto con el ordenamiento jurídico, a la luz de las fórmulas de atribución como “todos”, “toda persona”, “nadie”, “se reconoce”, “se garantiza”, etc...²⁸,

26Conforme al art. 1 de la antedicha Ley orgánica 4/2000, se consideran extranjeros a los que carezcan de la nacionalidad española.

27En esta misma línea de facilitar la participación política de los inmigrantes se orienta la noción extensa de ciudadanía europea o “ciudadanía cívica” de la que habla el Dictamen 593/2003, de 14 de mayo de 2003, del Consejo Económico y Social Europeo, sobre la “Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea”, en el que dicho organismo aboga por construir la ciudadanía europea en torno al criterio de la residencia, y no de la nacionalidad de los Estados miembros (véanse los arts. 41 a 45 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000, integrados en el capítulo V “Ciudadanía”, pero que reconocen derechos no solo a los ciudadanos (formalmente hablando) de la Unión sino a “toda persona”).

28Glosando una consolidada jurisprudencia constitucional sobre la titularidad *ex constitutione* por parte los ciudadanos extranjeros de la mayoría de los derechos fundamentales, sin perjuicio de la diversa capacidad de restricción y limitación de los mismos que pueda tener el legislador en función de la vinculación de aquellos derechos con la dignidad humana y de la concreción que de los mismos hayan hecho los tratados internacionales sobre derechos

contrapunto de su igual sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico como “ciudadanos” (art. 9.1 CE) -incluidas las obligaciones tributarias que pesan sobre “todos” (art. 31 CE)- mientras residan en España²⁹.

Con todo, lo anterior no ha implicado, que a todos ellos ciudadanos extranjeros inmigrantes se les hayan atribuido la mayoría de los derechos de participación política, que siguen vinculados a la pertenencia a una colectividad nacional o a una más intensa relación de sujeción con el ordenamiento³⁰, por lo que no se puede equiparar la condición de ciudadano del extranjero residente y la del nacional también residente³¹. Pueden y deben haber algunas diferencias en su condición de ciudadano, de grado en función del mayor o menor grado de sujeción al ordenamiento del Estado y del correlativo mayor o menor acervo iusfundamental reconocido. Mientras no exista un único ordenamiento global en el planeta, mientras exista la nacionalidad como vínculo jurídico que expresa la ubicación del individuo como “súbdito” de cada Estado en esa pluralidad de ordenamientos, será necesario que, junto a los derechos de la persona -que por razones democráticas trascienden el colectivo humano de los nacionales-, existan otros derechos, como el derecho de sufragio, que han de estar circunscritos sólo a quienes posean un mayor grado de sujeción al ordenamiento estatal, es decir, a los ciudadanos nacionales³², en la medida en que permiten a su titular disponer de las condiciones bajo las cuales discurre esa sujeción (fundamentalmente las establecidas por la Constitución y las Leyes) y a través de él se canaliza mayormente el ejercicio democrático de la soberanía³³. Existen, pues, diversos grados o niveles de ciudadanía según la intensidad de participación del individuo en la comunidad política en la que está integrado, de los cuales el que corresponde a los ciudadanos nacionales es el más intenso. Ahora bien, hasta el derecho de sufragio, como expresión de la faceta política de la ciudadanía, puede ser objeto de gradación: muchos ordenamientos constitucionales suelen optar por un sistema mixto

humanos ratificados por España, véase la *STC 236/2007, de 7 de noviembre, FF.JJ. 3º-4º*.

29Sobre el mayor peso de la residencia en la configuración de la obligación tributaria como sujeto pasivo, y el correlativo menor peso de la nacionalidad de aquél, véase **LOPEZ ESPADAFOR, C.M.**, *El papel de la residencia, no residencia, nacionalidad y extranjería en la configuración de las actuales figuras tributarias*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 9, Nº 1, 2017, pág. 254.

30Aunque así se pida desde diversos sectores doctrinales, no solo en relación con los extranjeros residentes legales (residentes permanentes) sino incluso con los ilegales; como propuestas más atrevidas en este sentido, cfr. **RUBIO-MARÍN, R.**, *Immigration as a democratic challenge. Citizenship and inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University press, Cambridge, 2000, pág. 235 ss.; **ALEINIKOFF, T. A.**, *Citizens, Aliens, membership and the Constitution*, Constitutional Commentary, 1990, Bd. 7, pág. 9 ss.; y respecto de España **PRESNO LINERA, M.**, *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 45 ss., 62 ss.

31Sobre las diferencias entre los dos niveles, con carácter general, véase **CUNIBERTI, M.**, *Liberta del'uomo e liberta del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1997

32En este sentido **RASKIN, J. B.**, *Legal aliens, local citizens: the historical, constitutional and theoretical meanings of alien suffrage*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 141, 1993, pág. 1439-1440, considera, tras un análisis histórico-normativo de la Constitución de los EE.UU., que la decisión acerca de la extensión del sufragio a los extranjeros residentes es una cuestión política que debe ser decidida por aquéllos que más se ven afectados en sus intereses como plenos ciudadanos, los nacionales.

33Donde se materializa el vínculo de pertenencia a la comunidad política; cfr. **SHKLAR, J. N.**, *American citizenship. The Quest for inclusion*, op. cit., pág. 26-27.

que, partiendo de la inicial atribución de los derechos de participación política (fundamentalmente el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento nacional o a los parlamentos regionales) únicamente a los nacionales³⁴, al mismo tiempo permiten bajo ciertas condiciones la participación de los extranjeros en las elecciones en las que la cualidad y la cantidad de la decisión política son más reducidas (elecciones municipales)³⁵ o en las elecciones de ámbito territorial supranacional (elecciones al Parlamento Europeo).

Si la soberanía se concibe como una cualidad del ordenamiento, nada se opone, en consonancia con la parcial caracterización de la democracia como “democracia de afectación”, a que, a pesar de su expresa atribución a un sujeto colectivo nacional (art. 1.2, art. 13.2 y 23 CE), los textos constitucionales distingan varios niveles de ejercicio de la soberanía por los integrantes del pueblo³⁶, y por tanto diversos grados de ciudadanía política³⁷. Así, del mismo modo que el carácter nacional del sujeto al que se atribuye la soberanía ha sido utilizado, en las conocidas decisiones sobre el Tratado de Maastricht de diversos Tribunales Constitucionales europeos, como el alemán³⁸ o el francés³⁹, para limitar la atribución del derecho de sufragio (ciudadanía política por excelencia) a individuos que no formaban parte del colectivo nacional sobre la base de una posible vulneración de la atribución de la soberanía democrática al Pueblo o a la Nación, esta vinculación entre ciudadanía y democracia también debiera valer para definir las implicaciones que de esta última se derivan para la primera: se acepta como compatible con el dogma de la soberanía de un pueblo nacional la atribución del sufragio activo y pasivo municipal –y por tanto de la ciudadanía material- a quienes no pertenecen –ni se puede pretender que pertenezcan a esos solos efectos- a ese colectivo, porque esta faceta de participación democrática en el ejercicio del poder no afecta al núcleo de la soberanía⁴⁰, esto es, no se trata del núcleo de la ciudadanía política, el derecho de sufragio en las elecciones nacionales o autonómicas. En otras palabras, en la medida en que la soberanía es la cualidad que expresa la autorreferencialidad y la positividad del ordenamiento jurídico⁴¹, resulta lógico que la participación

34También el derecho a acceder a las funciones públicas se reserva a los ciudadanos españoles (art. 23.2 CE en relación con el art. 13.2 CE), pero se permite el acceso al empleo público que no conlleve ejercicio de jurisdicción o autoridad, sea como funcionarios o como personal laboral, a los ciudadanos de la Unión Europea, y al empleo público solo como personal laboral a los ciudadanos extranjeros no comunitarios (art. 10 LOEX y art. 57 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público)

35Sobre la necesidad democrática de atribuir a los extranjeros residentes esa posibilidad de sufragio en las elecciones locales, y sobre su atribución histórica hasta comienzos del siglo XX en muchos de los Estados federados de los EE.UU., cfr. **RASKIN, J. B.**, *Legal aliens, local citizens: the historical, constitutional and theoretical meanings of alien suffrage*, op. cit., pág. 1391 ss.

36Cfr. **BRYDE, B.O.**, *Die Bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, ob. cit., pág. 318 ss.

37**ALAEZ CORRAL, B.**, *Nacionalidad ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, ob. cit., pág. 217 ss.

38BVerfGE 89, 155 ss.

39Decisiones 92-308 de 9.04.1992; 92-312 de 02.09.1992; y 92-313 de 23.09.1992 del Conseil Constitutionnel francés.

40DTC 1/1992, de 1 de julio de 1992, FF. JJ. 3º y 5º.

41**ALAEZ CORRAL, B.**, *Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978*, ob. cit., pág. 153 ss.

directa o indirecta en la elección de los órganos que ejercen las funciones jurídicas (sobre todo la constituyente y la legislativa) a cuyo través se ejerce la competencia sobre las competencias solo puedan participar aquellos individuos en los que concurre la condición de ciudadano nacional -que además sean residentes en el Estado-, por su más intensa sujeción al ordenamiento jurídico, pero no para la demás participación política, desarrollo de la positividad del sistema jurídico, en la cuál por razones democráticas⁴² deberían poder participar otros individuos sujetos al ordenamiento, como los extranjeros, convirtiéndose con ello en un cierto grado materialmente en ciudadanos .

4. NACIONALIDAD, SUFRAGIO Y SEGMENTACIÓN TERRITORIAL DE LA CIUDADANÍA

La interacción entre la nacionalidad y el derecho de sufragio en un mundo en el que los ordenamientos jurídicos están segmentados territorialmente, provocan diversas disfunciones democráticas que afectan a la ciudadanía como categoría jurídico-constitucional y están vinculadas al fenómeno migratorio. Dos de ellas son la infra-participación política de los inmigrantes y la sobre-inclusión política de los emigrantes. Se consideran disfunciones a partir del entendimiento del principio democrático como una mixtura entre un entendimiento identitario de la democracia como característica de la estructura del ordenamiento jurídico definida por la pertenencia al pueblo titular de la soberanía, y un entendimiento de la democracia como correlación legitimadora entre la sujeción/afectación del individuo a las reglas jurídicas de un ordenamiento y su participación, siquiera indirecta, en la elaboración de dichas reglas. Ciertamente, la conexión entre las dos disfunciones democráticas mencionadas hace posible que, del intento de corregir alguna de ellas -por ejemplo la sobre-inclusión de los ciudadanos nacionales emigrantes-, pueda surgir una nueva disfunción democrática derivada de la interacción entre esta corrección y el limitado acceso a la nacionalidad -y por tanto a la ciudadanía política- en el Estado de acogida de esos emigrantes, que no podrían participar políticamente ni en su Estado de origen ni en el Estado de acogida, u otra disfunción vinculada a la falta de seguridad jurídica respecto de la expectativa de control de la representatividad que se canaliza a través del proceso electoral si se legislara la corrección de la sobre-inclusión de los inmigrantes sin las debidas disposiciones transitorias que desplacen hacia elecciones futuras dicha corrección⁴³. Pero no se pretende dar aquí una ordenación democrática coherente y global de la ciudadanía política al margen de una segmentación territorial del derecho que es un dato fáctico, conocido por cada ordenamiento jurídico nacional, que enmarca sus posibilidades de actuación.

⁴²PRESNO LINERA, M., *El derecho de voto*, ob. cit., pág. 74 ss.

⁴³Cfr. ALAEZ CORRAL, B., *Exclusión del sufragio municipal emigrante y garantía democrática de expectativas legítimas*, en Matía Portilla (Coord.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, CEPC, Madrid, 2011, págs. 35 ss.

a) *Infra-participación política de los inmigrantes*

Esta disfunción democrática hace referencia a los defectos de la participación política de los inmigrantes, como una de las facetas de la ciudadanía material, que se derivan de la vinculación aún del derecho de sufragio nacional o regional a la posesión de la nacionalidad, y de las rígidas condiciones a las que se subordina su extensión a los inmigrantes del sufragio local. En efecto, la mayoría de los ciudadanos extranjeros inmigrantes con residencia legal y permanente en España, como ya se dijo anteriormente, no pueden ejercer el derecho de sufragio en las elecciones generales o autonómicas en el país de acogida, y es posible que tampoco puedan hacerlo en su país de origen⁴⁴. Además, en lo que se refiere a su participación política a través del derecho de sufragio en las elecciones municipales, posibilidad permitida por el art. 13.2 CE, ésta se ve fuertemente limitada por su sometimiento al criterio de reciprocidad, sobre todo respecto de ciudadanos extranjeros residentes en España que proceden de Estados no democráticos (Marruecos o China) o nacionalistas que no reconocen derechos políticos a los ciudadanos extranjeros (México)⁴⁵. La calificación de esta circunstancia como infra-participación tiene que ver, sin duda, con lo ya dicho anteriormente respecto del entendimiento del principio democrático principalmente como democracia de identidad y solo minoritariamente como democracia de afectación, aunque su alcance se ve condicionado por el marco constitucional vigente que solo permite la extensión a los extranjeros inmigrantes del derecho de sufragio en las elecciones locales y lo condiciona al poco democrático (en términos de afectación) criterio de la reciprocidad, sin perjuicio de que este requisito no tenga la misma incidencia fáctica sobre todos los ciudadanos extranjeros inmigrantes.

En efecto, en lo que se refiere a la exigencia de reciprocidad, los inmigrantes ciudadanos de la Unión Europea no se encuentran afectados por esta disfunción democrática en la medida en que la reciprocidad de la participación política en las elecciones locales está establecida automáticamente por el Tratado de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, que garantizan a todo ciudadano de la Unión Europea -es decir, formalmente hablando a todo nacional de uno de los 27 Estados miembros- el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales. Por el contrario, esta disfunción democrática se agudiza en el caso de los ciudadanos extranjeros inmigrantes de terceros países, respecto de los cuales no está generalizada ni automatizada semejante garantía de reciprocidad ni

44DURAN AYAGO, A., *Ciudadanía democrática vs. Identidad nacional: los derechos políticos de los extranjeros en España*, Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, N° 19, 2015, pág. 93

45Art. 33.3 Const. de México. Texto extraído del portal oficial de la Asamblea Nacional de México: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjLgvnjh4_wAhWOY8AKHaeJBkcQFjABegQIAhAF&url=http%3A%2F%2Fwww.diputados.gob.mx%2FleyesBiblio%2Fpdf%2F1_110321.pdf&usq=A0vVaw2dJFNE4iWjqYrBRqu8O4uH (consultado el 17 de mayo de 2021).

nivel convencional ni a nivel legal. Aunque ha habido diversas proposiciones de Ley y no de Ley del Congreso de los Diputados cuyo objetivo era modificar la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen Electoral General (LOREG) y omitir la exigencia de reciprocidad en el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en las elecciones municipales, lo cierto es que todas ellas han caducado y hasta el momento ninguna ha fructificado⁴⁶. Por ello, el único camino que parece quedar para la extensión de esta faceta de la ciudadanía política a los extranjeros inmigrantes de terceros países es el de la firma de Tratados internacionales con los países de origen de aquéllos, que les reconozcan ese derecho en términos de reciprocidad. Ciertamente, la exigencia de reciprocidad conlleva negar el derecho de sufragio local en España a los ciudadanos extranjeros, migrantes de terceros Estados no democráticos, en los que no se desarrollen este tipo de elecciones. Los arts. 176 y 77 LOREG desarrollan esta reciprocidad del art. 13.2 CE, y exigen materialmente que los Estados de origen del ciudadano extranjero “permitan el voto a los españoles” en las elecciones municipales y formalmente que ello se haya establecido por un Tratado internacional, excluyendo la posibilidad de apreciar reciprocidad “de facto” o legislativa, basada en la legislación aplicable en el Estado extranjero y sin necesidad de Tratado. Con todo, tal y como indica el Consejo de Estado en su Informe de 24 de febrero de 2009⁴⁷ sí se ha avanzado en dos puntos: no se exige que se trate de regímenes democráticos con “*fair and free elections*”, ni que el sufragio se reconozca a los españoles en los mismos términos que a los nacionales de aquel país.

Para valorar el concreto impacto de esta disfunción democrática de la infra-participación política de los ciudadanos extranjeros sobre nuestro sistema constitucional debemos tener en cuenta dos aspectos distintos: uno de carácter socio-político y numérico, que se refiere a la cantidad de inmigrantes que se verían excluidos de esta faceta de la integración como ciudadanos; otro de carácter dogmático-constitucional, que hace referencia a la razonabilidad democrática de esta exclusión y que solo se matice en relación con las elecciones locales. Comenzando por lo primero, los datos corroboran un impacto numérico altamente relevante de la disfunción mencionada. Aunque España ha suscrito Tratados Generales de Cooperación y Amistad con Argentina, Venezuela y Uruguay que prevén la posibilidad de ejercicio del derecho de sufragio en las elecciones locales por parte de los españoles y de los ciudadanos extranjeros de esos países en España, hasta la fecha no se han suscrito los acuerdos complementarios requeridos al efecto⁴⁸. Y, lo que es peor, seis de las 15 principales

46Sobre ello en detalle **CARRASCO DURAN, M.**, *El derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales. Nuevas realidades*, Cuadernos de derecho local, N° 22, 2010, págs. 147 ss.

47Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación de la Ley orgánica del régimen electoral general, de 24 de febrero de 2009, pág. 40 ss.: <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf> (consultado el 17 de mayo de 2021).

48En detalle, **ARCE JIMENEZ, C.**, *Análisis de los tratados internacionales para el reconocimiento del derecho de sufragio local a personas extranjeras residentes en España que no ostentan la ciudadanía europea*, Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica, N.º 11, 2019, pág. 143 ss.

nacionalidades de residentes extranjeros en España -numéricamente hablando- no tienen reconocido el derecho de sufragio local, al no ser Estados miembros de la Unión Europea o no tener en vigor tratados bilaterales⁴⁹. Desde 2008 se han firmado 11 Acuerdos internacionales con una heterogénea variedad de países extra-comunitarios⁵⁰, en los que se reconoce en términos de reciprocidad -unas veces simétrica y otras asimétrica- el derecho de sufragio de los ciudadanos extranjeros inmigrantes y de los ciudadanos españoles emigrados en las respectivas elecciones locales, subordinando su ejercicio al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación electoral de cada país, que en nuestro caso (LOREG) son: ser mayor de 18 años, tener permiso de residencia, haber residido legal e interrumpidamente en España durante 3 años y estar domiciliados en el municipio en el que les corresponda votar, y figurar inscritos en su Padrón Municipal. Con todo, si analizamos cuantitativamente la posibilidad legal de participación de los ciudadanos extranjeros residentes en España en las últimas décadas -desde que España se ha convertido en un país de inmigración-, y tomamos en consideración solo a los extranjeros de terceros países ajenos al régimen comunitario, los números muestran que la inmensa mayoría de éstos (en torno al 85%)⁵¹ no pueden participar políticamente ni siquiera en las elecciones municipales y por tanto quedarían excluidos de esta faceta de la ciudadanía política, corroborando la disfunción referida.

Respecto de lo segundo, aunque existe una relación entre la titularidad del derecho de sufragio, la condición de ciudadano y el ejercicio de la soberanía en los ordenamientos democráticos, como ya se dijo, no todo ejercicio del derecho de sufragio tiene el mismo significado nuclear para la ciudadanía, pues no todo él afecta por igual a la soberanía. 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 sistema 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 política al que los inmigrantes pueden

49Marruecos (1ª), Colombia (4ª), Venezuela (6ª), China (7ª), Honduras (11ª) y Perú (13ª) acorde con el los datos del INE a 1 de julio de 2020: https://www.ine.es/prensa/cp_j2020_p.pdf (consultado el 17 de mayo de 2021)

50Bolivia (BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010), Cabo verde (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2011), Chile (BOE núm. 35, de 9 de febrero de 2010), Colombia (BOE núm. 18, de 21 de enero de 2010), Corea (BOE núm. 160, de 6 de julio de 2010), Ecuador (BOE núm. 4, de 5 de enero de 2010), Islandia (BOE núm. 305, de 16 de diciembre de 2010), Nueva Zelanda (BOE núm. 5, de 6 de enero de 2010), Paraguay (BOE núm. 150, de 21 de junio de 2010), Perú (BOE núm. 122, de 19 de mayo de 2010) y Trinidad y Tobago (BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2011).

51DURAN AYAGO, A., *Ciudadanía democrática vs. Identidad nacional: los derechos políticos de los extranjeros en España*, ob. cit., pág. 93-94.

acceder, según hayan accedido o no a la ciudadanía formal, puede venir determinada en el Estado democrático por 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, siendo relevante en su modulación el tipo de entendimiento del principio democrático que tenga el Estado. Mientras que, como ya se ha dicho, países como Alemania se alinean por diversas razones históricas en el modelo de la democracia de identidad y la atribución de la ciudadanía política municipal a los extranjeros migrantes solo cabe previa reforma constitucional⁵², países de inmigración, como Nueva Zelanda, Ecuador, Chile o Uruguay, se ubican total o parcialmente en el modelo de la democracia de afectación y confieren la ciudadanía política en todo tipo de elecciones a los extranjeros migrantes⁵³. El ordenamiento español se ubica, en mi opinión, en un punto intermedio entre ambos modelos. Así, la CE de 1978, tras definir la estructura del Estado como un Estado democrático (art. 1.1 CE), residencia 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, también pone de relieve una combinación de los modelos de democracia de identidad y de afectación: 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 quiénes sean éstos; la definición primaria de quienes hayan de ser considerados ciudadanos a estos efectos se ha hecho previamente en el artículo 13.2 CE en términos de democracia de identidad, pues se ha considerado ciudadanos en todo caso a los españoles, a quienes les atribuye en exclusiva el ejercicio de los derechos del artículo 23 CE, y solo secundariamente, en lo que se refiere a las elecciones municipales, se permite el derecho de sufragio de los extranjeros en el ámbito municipal, convirtiéndolos en ciudadanos 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

⁵²*BVerfGE* 83, 37 y ss. y *BVerfGE* 83, 60.

⁵³Por citar cuatro ordenamientos de familias jurídicas muy dispares: en Nueva Zelanda véase 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; en Ecuador el art. 63 de la Constitución de 2008 reconoce el derecho de sufragio (con carácter general) a los extranjeros residentes legales durante al menos 5 años (texto extraído del portal oficial de la Asamblea Nacional: <http://archivobiblioteca.asambleanacional.gob.ec/2008issuu-espanol> -consultado el 17 de mayo de 2021-); y en Chile el art. 14 de la Constitución de 1980 confiere el derecho de sufragio (también con carácter general) a los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años (texto extraído del portal oficial del Senado: <https://www.senado.cl/capitulo-ii-nacionalidad-y-ciudadania/senado/2012-01-16/093226.html> -consultado el 17 de mayo de 2021-); en Uruguay el art. 78 de la Constitución de 1967 confiere el derecho de sufragio a los extranjeros residentes durante al menos 15 años en Uruguay, de buena conducta, con familia constituida en la República y que posean algún capital en giro o propiedad en el país o profesen alguna ciencia, arte o industria (texto extraído del portal oficial de la Asamblea de la República: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion> -consultado el 17 de mayo de 2021-).

población del municipio, dado que el concepto de vecindad tradicionalmente ha hecho alusión en el derecho español 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. Ello entronca también con la afirmación de nuestro Tribunal Constitucional⁵⁴ 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.

b) Sobre-inclusión política de los emigrantes

Justo al contrario que con los inmigrantes, en el caso de los ciudadanos españoles emigrados la disfuncionalidad procede su sobre-inclusión política, que éstos disfrutarían incluso en el caso de que se trate de emigrantes de larga duración. No se habla aquí de sobre-participación, sino de sobre-inclusión porque, como se verá seguidamente, a pesar de la generalizada extensión del derecho de sufragio a los ciudadanos nacionales emigrantes, algunos ordenamientos como el español, pueden haber hecho tan dificultoso el ejercicio de dicho derecho -sobre todo tras la introducción del voto rogado- que la participación real de esos ciudadanos no sea elevada, y por eso más que de sobre-participación de lo que habría que hablar es de sobre-inclusión, derivada de la titularidad de ese derecho, no de su efectiva posibilidad de ejercicio. En todo caso, esta consideración de la sobre-inclusión política de los ciudadanos españoles emigrados como una disfunción democrática de la ciudadanía tiene que ver también con el híbrido entendimiento del principio democrático como democracia de identidad, pero también como democracia de afectación. En efecto, el mantenimiento del derecho de sufragio de los ciudadanos nacionales emigrantes permitiría que muchas personas con muy escasa o nula sujeción territorial al ordenamiento jurídico español puedan influir en la elección de los representantes de unas instituciones democráticas que deciden sobre las cuestiones ordinarias y extraordinarias de la vida ciudadana en términos aún eminentemente territoriales, y esa falta o merma de sujeción (afectación) justificaría que los Estados excluyesen a los nacionales no residentes del ejercicio del derecho de voto⁵⁵. Ciertamente, no es igual de razonable excluir de la participación

⁵⁴DTC 1/1992 de 1 de julio, FJ 3º.

⁵⁵Véase la abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho de sufragio de los nacionales no residentes (art. 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH): Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos X y la Asociación Y v. Italy, de 6 de mayo de 1981, ECHR:1981:0506DEC000898780; o Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Hilbe v. Liechtenstein, de 7 de septiembre de 1999, ECHR:1999:0907DEC003198196, y más recientemente Py v. France, de 11 de enero de 2005,

política en las elecciones de su Estado de origen a los nacionales emigrantes que están solo temporal y coyunturalmente desplazados en el extranjero (v. gr. misiones diplomáticas, estudiantes, turistas, trabajadores desplazados por encargo de su empresa, etc), que a los que lo están de forma estable y/o permanente y por un dilatado período de tiempo (emigrantes de larga duración, incluso nacidos en el país de emigración, aunque conserven la nacionalidad española), en la medida en que también va a ser distinta su pérdida de sujeción territorial y personal al ordenamiento en cuya creación quieren poder influir con su participación política. Ello, no obstante, los ordenamientos no suelen distinguir una y otra categoría de emigrantes a los efectos de la titularidad del derecho de sufragio, aunque sí a los efectos del ejercicio⁵⁶, y pocos establecen criterios temporales o personales para pasar de una a otra categoría o para conservar la titularidad del derecho de sufragio como residentes en el extranjero⁵⁷. Si tuviéramos que sugerir un criterio temporal de residencia en el extranjero como emigrante a partir del cuál la pérdida de sujeción territorial convertiría su titularidad de los derechos de participación política en sobre-inclusión, nos inclinaríamos, con las debidas excepciones de carácter personal para quienes se encuentran en el extranjero desempeñando una función pública por cuenta del Estado⁵⁸, por el plazo de 5 años a contar a partir de la edad legal de ejercicio del derecho de sufragio, puesto que con ella se iguala o se supera en un año el ciclo regular de las legislaturas en los Estados occidentales y, por tanto, de renovación de la representación popular⁵⁹.

ECHR:2005:0111JUD006628901 y Shindler v. the United Kingdom, de 7 de mayo de 2013, ECHR:2013:0507JUD001984009.

56Así, como es sabido, en España el Real Decreto 1621/2007, de 7 de diciembre, regula un procedimiento de votación de los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero, censados como residentes en España pero que están temporalmente ausentes (ERTA) en la fecha de las elecciones, y que deben ser distinguidos de los ciudadanos españoles inscritos en el Censo de Españoles Residentes Ausentes (CERA), diferencia que tiene trascendencia a los efectos de la modalidad de ejercicio del derecho de sufragio, pero no de su titularidad, salvo en lo que respecta al sufragio municipal. En todo caso resulta paradójico que la inscripción en el registro de matrícula consular como residente en el extranjero o como no residente pero temporalmente en el extranjero quede al albur de la voluntad del ciudadano, conforme a lo previsto por los arts. 4 y 5 del Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, sobre inscripción de los españoles en los Registros de Matrícula de las Oficinas Consulares en el extranjero.

57En Alemania, el art. 12. 2 de la Ley federal electoral exige una residencia en el extranjero no superior a 25 años y haber estado al menos 3 meses ininterrumpidos en la República Federal de Alemania desde que se cumpla 14 años: Texto extraído del portal oficial del Ministerio de Justicia alemán: <https://www.gesetze-im-internet.de/bwahlg/> (consultado el 17 de mayo de 2021). Y en Portugal el art. 1 de la Ley orgánica 5/2000, de 8 de septiembre, de modificación del Decreto-Ley 319-A/76, de 3 de mayo, que regula la elección del Presidente de la República exigió hasta 2010 a los ciudadanos portugueses residentes en el extranjero para poder ejercer el derecho de sufragio en las elecciones presidenciales, no ser residente en el extranjero por un tiempo superior a 15 años (si es en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado de habla portuguesa) o 10 años (si es en otro Estado), pero tras su derogación por la Ley Orgánica nº 3/2010, de 15 de diciembre, considera ahora que la simple inscripción en el censo electoral en el extranjero es, junto con la nacionalidad portuguesa, prueba suficiente de la existencia de efectivos lazos de vinculación a la comunidad nacional: Textos extraídos del portal oficial del Diario Electrónico de la República <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada> (consultado del 17 de mayo de 2021).

58Representantes diplomáticos y consulares, diputados del Parlamento Europeo, funcionarios europeos, o militares desplegados en misiones internacionales.

59Es, además, inversamente, el mismo plazo que el art. 6 del Convenio Europeo n.º 144 sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, de 5 de febrero de 1992 -no ratificado por España- establece para que los Estados puedan conferir el derecho de sufragio municipal a los ciudadanos extranjeros residentes. Texto extraído del portal oficial del Consejo de Europa: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/144/>

A la hora de analizar esta disfunción democrática para la ciudadanía política, existen también dos elementos que la condicionan e indican sobre la valoración de su importancia: uno de carácter jurídico-constitucional, vinculado a la concreta extensión de la posibilidad de ejercicio del sufragio que cada ordenamiento reconozca a los ciudadanos nacionales emigrantes; y otro de carácter socio-político, aunque vinculado al desarrollo normativo de las concretas condiciones legales de ejercicio del derecho de sufragio por parte de los emigrantes, que se refiere a la incidencia cuantitativa del voto exterior en las elecciones en las que su ejercicio es posible⁶⁰.

En lo que se refiere al primero de los elementos, aunque no existe un reconocimiento de un derecho humano al voto como emigrante, el art. 41 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares sí reconoce a los trabajadores migrantes y a sus familiares el derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación, instando a los Estados signatarios a facilitar el ejercicio de esos derechos⁶¹. A ello se añade que en el Derecho Constitucional comparado son cada vez más los textos constitucionales, o las legislaciones electorales concretadoras de la indefinición constitucional, que reconocen el derecho de sufragio a los ciudadanos nacionales emigrantes -aunque no son muchos los que los reconocen para todo tipo de elecciones⁶²-, siendo el más paradigmático de ellos, junto a nuestro art. 68.5 CE, el art. 121 de la Const. Portugal, conforme al cual los ciudadanos portugueses residentes en el extranjero podrán ejercer su derecho de sufragio (en las elecciones al Presidente de la República) en los términos que establezca la ley, que ha de tener en cuenta la existencia de efectivos lazos de vinculación con la comunidad nacional. En lo que respecta a España, como es sabido, el art. 23 CE reconoce a los ciudadanos nacionales (así se debe entender la expresión “ciudadanos” en su interpretación sistemática con el art. 13.2 CE) el derecho de participación política, lo que, como es sabido, se identifica con el derecho de sufragio activo, y también les reconoce el derecho a acceder a cargos y funciones públicas, es decir, el sufragio pasivo. Por tanto, todos los que sean nacionales españoles y reúnan las condiciones fijadas en la los arts. 2 y 3 de la LOREG –que a día de hoy únicamente son ser mayor de edad y no haber sido condenado por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria

(consultado el 17 de mayo de 2021).

60Lo denominamos voto exterior, y no “voto en el extranjero” como puede ser más habitual en el contexto comparado internacional –Véase **NOHLEN. D./GROTZ, F.**, *External Voting: Legal Framework and Overview of Electoral Legislation*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n.º 99, 2000, pág. 1120-, porque a los efectos de valorar esta disfunción democrática en la configuración de la ciudadanía material no es relevante si se vota en el extranjero o en el país de origen, sino solo si los ciudadanos nacionales residentes en el extranjero pueden votar o no.

61United Nations, Treaty Series, vol. 2220, p. 3; Doc. A/RES/45/158, aunque el mismo no ha sido ratificado aún por España.

62Véase al respecto **NOHLEN. D./GROTZ, F.**, *External Voting: Legal Framework and Overview of Electoral Legislation*, ob. cit., pág. 1122 ss.

de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de condena- son titulares de este nuclear derecho de ciudadanía política⁶³. Pero más allá de esta inclusión política genérica e implícita de los emigrantes, deducida del art. 23 CE, el fenómeno de la emigración fue objeto de atenta consideración por parte del poder constituyente -dado que España era en 1978 mayormente un país de emigración⁶⁴ -, que le dedica a la garantía jurídica de los derechos de los españoles emigrados diversos preceptos constitucionales, desde el art. 42 CE sobre los derechos socio-económicos de los trabajadores españoles emigrados, hasta el art. 68.5 CE, que en relación con los derechos políticos de los españoles emigrantes dispone para las elecciones al Congreso de los Diputados 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”.

Sin perjuicio de que esta garantía constitucional del “ejercicio” del derecho de voto exterior 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 nacional), merece la pena destacar que aquélla no se refiere a las elecciones al Senado (que sí se reconoce en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como Italia⁶⁵), 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 (Censo de Españoles Residentes Ausentes -CERA-), pero que en realidad residen en el extranjero⁶⁶. De lo anterior se deduce que no parece constitucionalmente posible suprimir el ejercicio del derecho de sufragio emigrante en las elecciones al Congreso de los Diputados, puesto que la ubicación sistemática del apartado quinto del artículo 68 CE, dentro de la regulación del sistema de elección del Congreso de los Diputados, revelan inequívocamente la expresa voluntad constitucional de hacer imperativa 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 dicha garantía específica únicamente se extiende a la

63Para la titularidad del derecho de sufragio pasivo, además, se suma el requisito de no estar incurso en causa de inelegibilidad (art. 6 LOREG).

64Hoy en día, la diáspora de españoles que emigran, crisis económica de por medio, es mucho menor que antaño, y por el contrario la afluencia de inmigrantes –aunque con fluctuaciones– es tendencialmente creciente: cfr. Tabla del INE del saldo migratorio entre 2008 y 2019: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=24310#!tabs-tabla> (consultado el 17 de mayo de 2021).

65Véase 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. Textos extraídos del portal oficial de la Cámara de Diputados y del Senado italianos respectivamente: <https://www.camera.it/parlam/leggi/014591.htm> y <http://www.senato.it/1024> (consultados el 17 de mayo de 2021)

66Cfr. **SANTOLAYA MACHETTI, P.**: «Artículo 68», en VV.AA., Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario. Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 1355.

elección del Congreso, no a otras elecciones, por lo que el legislador en ejercicio de su facultad de configurar legalmente el derecho de participación en los asuntos públicos, podría por razones objetivas no mantener para los emigrantes la posibilidad de ejercicio del sufragio municipal, del sufragio autonómico o del sufragio al Senado⁶⁷. En el caso de las corporaciones municipales se da, además, la circunstancia de que, dada su base eminentemente territorial ésta parece incompatible con la representación de los intereses de “falsos residentes” (residentes-ausentes), y por eso su configuración constitucional 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. En consonancia con estas circunstancias el legislador electoral ha ido aquilatando esta posibilidad de ejercicio del voto exterior de los emigrantes en las últimas décadas. Así, aunque el art. 4 de la Ley 40/2006 sobre el Estatuto de la ciudadanía española en el exterior reiteraba el reconocimiento del derecho de sufragio emigrante en todos los niveles electorales, en consonancia con las disposiciones sobre su ejercicio previstas en la LOREG desde 1985, la reforma de esta última, operada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, elimina la posibilidad de ejercicio del sufragio emigrante en las elecciones municipales al exigir el art. 2.3 LOREG para las elecciones municipales, incluidas las elecciones a Cabildos, a Consejos Insulares, al Consejo General del Valle de Arán y a Juntas Generales, “figurar inscrito en el Censo de Españoles Residentes en España”. Con todo, en el plano del reconocimiento de la capacidad de ejercicio del derecho de sufragio, en mi opinión y por las razones antes expuestas, los ciudadanos españoles emigrantes siguen estando sobre-incluidos políticamente, dado que conservan dicha capacidad para las elecciones al Senado y para las elecciones autonómicas, aun careciendo en muchos casos -los emigrantes CERA- de la sujeción necesaria como para que su inclusión participativa esté justificada en términos de democracia de afectación.

Por lo que se refiere al segundo de los elementos condicionantes de esta disfunción democrática, el de la reglamentación del ejercicio del derecho de sufragio exterior por los emigrantes y las consecuencias cuantitativas que ello pueda tener sobre la participación democrática, se observa en España una evolución normativa orientada a dificultar, y con ello restringir la importancia numérica que tiene en la práctica el ejercicio del voto exterior, mediante la técnica de lo que se conoce como “voto rogado”. Como es sabido, conforme al art. 75 LOREG, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, “los españoles inscritos en el censo de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero deberán formular mediante impreso oficial la solicitud de voto dirigida a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, no más tarde

⁶⁷Expresamente respecto del sufragio municipal véase la *STC 153/2014, F.J.3ºb*), pero el argumento es extensible al sufragio autonómico y al sufragio al Senado

del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria”⁶⁸. Una vez rogado éste, y a partir del momento en que reciba la documentación que por correo le haya remitido la Oficina del Censo Electoral, el elector tiene dos opciones para hacer llegar su voto a la Junta Electoral competente: enviar por correo certificado el sobre que lo contiene a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática a la que esté adscrito no más tarde del quinto día anterior al día de la elección; o bien depositarlo en la urna habilitada en las dependencias consulares en las que esté inscrito o en los lugares que se habiliten al efecto entre los días cuarto y segundo anteriores al día de la elección. Por lo que respecta a los españoles residentes en España, pero temporalmente ausentes en el extranjero (ERTA), que deben estar inscritos como no residentes en el Registro de Matrícula Consular, también se les exige solicitar -en este caso personalmente en la oficina consular o sección consular de la embajada- no más tarde del vigesimoprimer día posterior a la convocatoria, la documentación necesaria a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral correspondiente, y, una vez recibida la documentación de ésta, votarán por correo certificado a la mesa electoral de su inscripción en el censo. Una primera dificultad deriva de la necesidad de que el voto sea rogado y en el caso de los residentes temporalmente ausentes, además, en que la solicitud tenga que hacerse personalmente. A ella se añade, en segundo lugar, la dificultad derivada de que el ejercicio del derecho de sufragio por ciudadanos españoles emigrantes dependa de los servicios postales del país de residencia o de la proximidad de las delegaciones consulares y diplomáticas a su residencia⁶⁹. La valoración de la licitud jurídico-constitucional del voto rogado depende, en virtud de la concepción constitucional de ciudadanía que aquí se ha defendido, de si se está hablando de los emigrantes españoles ERTA o CERA, y de si se trata de las elecciones al Congreso de los Diputados o de cualquier otra elección política. En mi opinión, sería inconstitucional en relación con los emigrantes CERA respecto de las elecciones al Congreso puesto que poseería un “efecto desaliento” de su ejercicio del derecho de sufragio, incompatible con el mandato de “facilitar” dicho ejercicio que impone el art. 68.5 CE, así como en relación con los emigrantes ERTA respecto de cualquier tipo de elección por idéntico “efecto desaliento” que se opondría al mandato de optimización del ejercicio de este derecho que desprende de su dimensión objetiva. Ello, sin perjuicio, de que sea precisa una definición legal de quiénes deben ser considerados emigrantes ERTA y quiénes no con arreglo a criterios vinculados al mantenimiento/pérdida de su sujeción territorial y personal al ordenamiento jurídico español.

En todo caso, un análisis socio-electoral del impacto de estas dificultades pone de relieve que, del 20-30% de los emigrantes CERA que votaban por correo o en oficina consular en 2008, se ha

68Esta Ley Orgánica también suprimió la capacidad de ejercicio del sufragio municipal por los españoles residentes ausentes.

69Piénsese que la planta de las delegaciones diplomáticas y consulares de España en el extranjero sigue siendo sustancialmente la del siglo XIX, cuando la demografía mundial ha cambiado mucho en los últimos dos siglos.

pasado desde 2011 a que no más del 10% rueguen válidamente su voto (y aún menos emitan un voto válido escrutado)⁷⁰, es decir, las dificultades introducidas con la reforma de 2011 han tenido un efecto desaliento del ejercicio del derecho de participación política por parte de los españoles emigrantes⁷¹. Y ello nos permite concluir, sin duda, que esta disfunción democrática derivada de la sobre-inclusión política de los españoles emigrantes CERA, está dejando de tener un impacto cuantitativamente relevante, con independencia del impacto cualitativo que puntualmente haya tenido en el pasado y del que algunas elecciones autonómicas pueden ser buen ejemplo: en Galicia, el voto emigrante en 2009 restó un diputado al Partido Popular, ganador de las elecciones⁷² y en 2005 llegó a poner en peligro la mayoría que permitió gobernar conjuntamente a PSdeG y BNG, al quedar el PP a 6.317 votos de el escaño que le hubiera permitido continuar gobernando⁷³; y en Asturias, en las elecciones anticipadas de 2012, el voto emigrante dio la mayoría de gobierno al PSOE tras una disputa judicializada entorno al mismo⁷⁴.

70Véanse los datos entre 2011 y 2016 en el *Informe de la Junta Electoral Central de 16 de noviembre de 2016 sobre la regulación del voto de los electores españoles que residen o se hallan en el extranjero*, Revista de las Cortes Generales, n.º 107, 2019, pág. 468.

71MATEOS LÓPEZ, J. L., *La implantación del “voto rogado” en España: el perjudicial límite a la participación electoral de los españoles residentes en el extranjero a punto de enmendarse*, Teoría y Realidad Constitucional, n.º 43, 2019, pág. 467.

72https://elpais.com/diario/2009/03/10/galicia/1236683892_850215.html (consultado el 17 de mayo de 2021).

73https://elpais.com/diario/2005/06/28/espana/1119909602_850215.html (consultado el 17 de mayo de 2021).

74<https://www.rtve.es/noticias/20120511/constitucional-da-escano-del-voto-emigrante-asturias-psoe-no-foro/524641.shtml> (consultado el 17 de mayo de 2021).