

ASPECTOS POLITICOS Y CONSTITUCIONALES SOBRE LA PARTICIPACION ELECTORAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL ESTADO NACIONAL

Por MARCOS FRANCISCO MASSO GARROTE

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. LA POSICIÓN CLÁSICA DEL EXTRANJERO Y DE LOS DERECHOS POLÍTICOS.—
II. LAS RAZONES POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE LA EXCLUSIÓN DE LOS EXTRANJEROS DE LA PARTICIPACIÓN ELECTORAL: A) *Introducción*. B) *Las argumentaciones de indole política*: 1. Los extranjeros como amenaza potencial del Estado. 2. Los extranjeros desconocen las aspiraciones nacionales. C) *Las argumentaciones de indole jurídico-constitucional*: 1. La tesis ciudadano-elector como fundamento de la voluntad soberana. 2. La soberanía pertenece al pueblo y no a la población: El *excursus* de la doctrina alemana: a) Carácter unívoco de la inclusión. b) Totalidad e intensidad de la vinculación jurídica. c) Evolución histórica del concepto de pueblo en el derecho estatal. d) El principio de homogeneidad como base del Estado democrático.—III. EL REPLANTEAMIENTO TEÓRICO-POLÍTICO DE LA CUESTIÓN: LAS RAZONES POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE LA INCLUSIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN LA PARTICIPACIÓN ELECTORAL: A) *Introducción*. B) *Los argumentos de indole política*: 1. La transformación del concepto de nación. 2. El efecto integrador del derecho de participación política. C) *Las nuevas formulaciones teórico-constitucionales: La renovación y nueva concepción de la ciudadanía*: 1. Los argumentos de tipo menor: a) El principio de «no taxation without representation». b) El respeto por el derecho del hombre a ser elector. 2. La nueva formulación constitucional del concepto de pueblo en la doctrina alemana: a) «Pueblo» como concepto jurídico indeterminado. b) Extensión del concepto de pueblo a los extranjeros como postulado jurídico-constitucional. c) Aplicación de estos postulados a la evolución concreta de la población. 3. La oposición entre elecciones locales y elecciones nacionales según el carácter político o administrativo de la misma: El *excursus* teórico de la doctrina francesa. 4. La descentralización del poder del Estado: La distinción necesaria entre soberanía nacional estatal y poderes del Estado.

I. INTRODUCCION. LA POSICION CLASICA DEL EXTRANJERO Y DE LOS DERECHOS POLITICOS

Es tradicional desde las primeras sociedades con cierto grado de organización y estructuración un marcado sentimiento de hostilidad a quienes eran extraños a ella y no participaban de la comunidad. De esta manera, en la Roma antigua el término latino *hostis* sirve para designar indistintamente al extranjero o al enemigo. Como el extraño a la comunidad no goza de la protección de los dioses ni puede invocarles ni rendirles culto, tampoco puede, en el servicio de la comunidad, participar de sus instituciones, equipararse a los ciudadanos, gozar de sus derechos (1). Su persona es considerada como una negación a la representatividad de la ciudad o del imperio, de ahí que el extranjero sólo sea concebido como un ser incapaz (2). Esta incapacidad se muestra ya en sus orígenes de una forma plena, comprensiva no sólo de los derechos políticos, sino también de sus derechos civiles, puesto que únicamente el ciudadano goza del estatuto legal de la comunidad. Estos ciudadanos son los que en sus orígenes participan en la vida activa de la ciudad, es decir, son los creadores del derecho y los beneficiarios del mismo. Todo lo contrario ocurre con el extranjero, que sólo es atendido e incluido en la vida jurídica por un acto concesional de la ciudad. Así ocurrió en Roma, donde el término «hostil» da paso al de «hospitalidad» con la única finalidad de establecer nuevas relaciones comerciales que terminaron por conceder algunos derechos a los extranjeros (3). Se había dado el primer paso en favor del «hostil» que se incorpora a la actividad del imperio, aunque sólo sea por motivos económicos (4).

Con posterioridad, la aparición de diferentes formas de organización política dará lugar a la contraposición entre ciudadanos plenos, aquellos que forman parte de la *polis*, y los demás. Esto, que en la época del Imperio Romano se traducía en la distinción entre ciudadanos y bárbaros, en la forma política más actual o moderna, el Estado nacional, ha llevado a la diferenciación entre ciudadanos nacionales y extranjeros.

(1) Tal como ha afirmado GILSEN, es a partir del culto a los dioses donde se fijará la línea de separación entre el ciudadano y el extranjero. Vid. J. GILSEN: «Le statu des étrangers à la lumière de l'histoire comparative», *L'Étranger*. Recueils Société Jean Bodin, Bruselas, vol. IX, 1958, págs. 59 y ss.

(2) J. GILSEN: ob. cit., pág. 62.

(3) Como ha afirmado Arjona Colomo, el «hostil» se iba a transformar en «peregrinus», M. ARJONA COLOMO: *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. Barcelona, 1954, Ed. Bosch, págs. 96 y ss.

(4) Como muy bien señala Jacinto Chozza, la relación durante gran parte de la historia con el extranjero puede ser de aceptación de rechazo, que adquiere modalidades diversas si es débil y no aparece como competidor, o bien si es fuerte y se percibe como una amenaza. Pero si no se le rechaza o se le destruye, en el caso de que se le acepte, le es asignada una función social tanto si es un individuo como si es un grupo más o menos numeroso, y su función social es frecuentemente la de esclavo o la de comerciante. Vid. JACINTO CHOZZA: «El problema de la aceptación del extranjero», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 83, enero-marzo, 1994, págs. 194 y ss.

La fuerza de la democracia ha ido introduciendo y acogiendo progresiva y expansivamente a amplios sectores y categorías de personas como miembros de la comunidad, aunque todavía quedan importantes ámbitos de exclusión. Los extranjeros representan hoy de forma especial un vestigio histórico de la evolución de las nociones de Estado y ciudadanía: el camino recorrido por la burguesía primero, por los asalariados, mujeres y jóvenes después, aún no ha sido atravesado por los extranjeros, que continúan en una situación más parecida a la de súbditos o siervos que a la de ciudadanos.

Los derechos fundamentales se escinden y dividen en función de la distinción entre hombre y ciudadano. Es decir, los derechos del hombre son comunes al extranjero y al ciudadano y, sin embargo, no todos los derechos del ciudadano corresponden por igual al extranjero. Entre el hombre y ciudadano existe una cicatriz: el extranjero. En efecto, todos los ordenamientos jurídicos constitucionales estatales comienzan por una separación entre dos categorías de derechos, equiparable a la distinción entre hombre y ciudadano. Ante todo, en cualquier Constitución de origen democrático se reconocen los derechos humanos, los derechos del hombre, que son derechos universales y que la Constitución confiere no sólo a los ciudadanos, sino a todos los seres humanos a los que es aplicable dicho sistema. Junto a ellos se encuentran los derechos fundamentales no universales, que se reservan sólo al que reúne la condición de ciudadano, titular a su vez de la soberanía del Estado. Los derechos políticos constituyen un claro ejemplo de atribución exclusiva a los ciudadanos. Lo mismo sucede con otros derechos fundamentales y sociales, como la libre circulación de entrada y salida del territorio del Estado, el derecho de acceso al trabajo, derecho a la vivienda, derecho a la educación, derecho a la salud, etc.

Asimismo, esta función política en sus diversas acepciones es atribuida de forma exclusiva a los ciudadanos. Bajo esta expresión, en su uso corriente se confunden dos ideas que tienen su origen en conceptos esencialmente distintos, cuales son los de ciudadano y nacional, concepto el primero propio del derecho político, y el segundo más amplio, perteneciente al derecho internacional, haciéndose en no pocas ocasiones sinónimos por las legislaciones y la doctrina. Sin embargo, en el sentido propio y actual, la palabra ciudadanía sólo debería utilizarse para designar la condición de ciudadano en sentido estricto, al que podemos definir como aquel sujeto o individuo al que el Estado le reconoce capacidad política para la participación en los distintos poderes del Estado. Se es ciudadano en cuanto se participa en la función política del Estado, en cuanto se ejercitan derechos políticos (5). Lo que sucede es

(5) En iguales términos se expresa J. XIFRA HERAS: «Ciudadanía», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IV, Barcelona, 1981, págs. 163 y 164. Para Torres del Moral, a los efectos de los derechos políticos es más correcto hablar de ciudadanía que de nacionalidad, por cuanto que Estado y Nación ni se identifican ni son coextensivos, *Principios del derecho constitucional español*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1992, Madrid, pág. 495. SCHMITT señala que los derechos políticos no presuponen al hombre individual, sino al ciudadano que vive en el Estado, al citizen, C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza Universidad, pág. 174. Santamaría de Paredes, distinguiendo estas palabras,

que dada la relación de lealtad y protección que desarrolla la nacionalidad, como vínculo jurídico-político que une a los individuos con el Estado, que anudan un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, los derechos políticos que se desarrollan en él, considerados a su vez como de los más importantes en el Estado democrático, han exigido siempre la nacionalidad del propio Estado como condición para el ejercicio de los mismos. Los derechos políticos del Estado conforman un «status» que sólo la nacionalidad puede garantizar.

El objeto del trabajo tratará de averiguar en qué medida y bajo qué presupuestos político-jurídicos el extranjero puede participar en dichas funciones políticas, es decir, si en su condición de tal puede ser ciudadano también de ese Estado. Dicho en otros términos, trataremos de estudiar si los derechos políticos son inherentes a la nacionalidad que forma el Estado.

II. LAS RAZONES POLITICAS Y JURIDICAS DE LA EXCLUSION DE LOS EXTRANJEROS DE LA PARTICIPACION ELECTORAL

A) *Introducción*

Para justificar la limitación del derecho electoral a los nacionales se aducen argumentos que no son sólo de tipo jurídico; antes al contrario, los reparos jurídico-constitucionales que se alegan pueden ser muy bien expresión de la falta de voluntad política o razones sociales de la comunidad.

Pero todo este tipo de argumentaciones va a responder de forma y manera muy diversa. La existencia de una nación, de una identidad nacional, conduce a descartar el reconocimiento del derecho de voto en favor de los extranjeros que no pertenecen a ella. La nación se reconoce como una comunidad de ideas que se desarrolla en una cultura tradicional, homogeneizada, agrupada en una única cultura y lengua, que manifiesta su deseo de vivir en conjunto en un mismo destino. El Estado nacional sentó las bases de esta homogeneidad cultural y étnica, que se manifiesta también

dice que la nacionalidad expresa en general la cualidad de pertenecer a una nación y la ciudadanía la de ser miembro activo del Estado para el efecto de tomar parte en sus funciones, *Curso de derecho político*, Madrid, 8.ª edición, 1909, págs. 160 y 161. Otra de las diferencias, señala Del Castillo Alonso, es que entre la nacionalidad y la ciudadanía surge de la distinción marcada con líneas vigorosas entre los derechos civiles y los derechos políticos; así, mientras la nacionalidad supone la existencia y ejercicio garantizado por la Constitución de los derechos civiles, la ciudadanía implica la concurrencia del elemento personal del Estado en la organización política y entraña por tanto la aparición de otras clases de derechos, que se apellidan justamente los derechos políticos, GONZALO DEL CASTILLO ALONSO: «Ciudadanía», *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix editor, Barcelona, 1910, págs. 844 y 845. Manuel Carrasco observa que, manteniendo la precisión de estos conceptos, podría hablarse, por ejemplo, de ciudadanos españoles de nacionalidad extranjera, *Nacionalidad*, de la misma obra anterior, tomo 23, pág. 316. Sobre otros significados, véase G. BISCOTTINI: «Cittadinanza», *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè Editore, 1960, vol. VII, págs. 140 y ss.

en la homogeneidad participativa de la voluntad del Estado, limitada en principio al ciudadano nacional (6).

B) *Las argumentaciones de índole política*

Fundamentalmente, las consideraciones de índole política se manifiestan en el hecho de que sólo el nacional puede tener un sentimiento de apego a su nación. Sólo los nacionales experimentan y quieren el bien común para su país, pues sólo el nacional se pronuncia como ciudadano. La razón, pues, es una razón nacionalista, que tiene su más firme explicación en considerar al extranjero como un ser incapaz de expresar la voluntad auténtica de la nación. Los derechos políticos democráticos se mueven dentro del Estado, no pudiendo recaer en los extranjeros, porque entonces cesaría la unidad y la comunidad política y desaparecería el supuesto esencial de la existencia política: la posibilidad de distinción entre amigo y enemigo (7).

(6) De cualquier manera, si examinamos el concepto de nación en la doctrina, nos encontramos con que el desacuerdo es amplio. Según una concepción subjetiva, para que exista una nación es necesario y suficiente que los hombres que la componen tengan la voluntad de vivir juntos. Por el contrario, para los partidarios de una idea objetiva, la existencia de una nación descansa sobre factores reales: comunidad histórica, racial, lingüística, cultural, etc. Esta segunda interpretación constituye para Quoc Diuh una traducción rígida e inaceptable del principio de nacionalidades, en virtud del cual todos los individuos que forman parte de una misma nación tienen el derecho de vivir libremente dentro de un Estado propio. El Estado coincide entonces con la idea de que es un «Estado nacional». Vid. N. QUOC DIUH: *Droit international public*, 2.ª ed., LGDJ, París, 1980, pág. 354. Colliard afirma que la contraposición de las ideas objetivas y subjetivas es también fundamental. En el primer caso se basa en características raciales, lingüísticas y religiosas; por contra, la base subjetiva considera que el deseo de una vida común es el lazo esencial de la Comunidad nacional. Vid. A. COLLIARD: *Instituciones de relaciones internacionales*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1978, pág. 99. Renan, en una conferencia que se ha hecho célebre, y a la que diera por título ¿Qué es una nación?, llegó a la consecuencia de que la nación es una formación histórica. E. RENAN: *¿Qué es una nación?*, Madrid, 1985. El elemento subjetivo es el que tiene en cuenta DUGUIT al afirmar que lo que realmente constituye el signo distintivo de una nación, lo que la crea y sostiene en suma es el hecho de que todos los miembros de la colectividad social establecida en un territorio determinado, desde el más humilde al más poderoso, tienen la conciencia más clara y resuelta de que persiguen conjuntamente la realización de cierto ideal que tiene sus raíces en el territorio habitado por ellos y que no podrían lograr si no tuviesen la posesión del territorio mismo. He aquí por excelencia el fundamento de la unidad nacional. Vid. L. DUGUIT: *Soberanía y libertad*, Madrid, 1924, pág. 89. Desde la perspectiva de la idea de nación como base jurídica y fundamentación legitimadora del Estado, C. SCHMITT: ob. cit., págs. 174 y ss., y también A. Posada, para quienes el Estado, para serlo plenamente, estimase que necesita un soporte nacional, mientras que la nación, que no sea Estado, reclama como esencial para la personalidad nacional la condición de Estado, *Tratado de Derecho Político*, 1, Madrid, 1935, págs. 129 y ss. El concepto de nación está ligado al de pueblo, que a su vez, es el elemento constitutivo del Estado. La nación es el pueblo que ha adquirido la conciencia de sí mismo. Lo que da unidad a la nación es la historia, vivida y sufrida en común, así como el objetivo de seguir viviendo en común. También está condicionada por la historia, pues esa voluntad de conciencia puede en un momento determinado aparecer o desaparecer. M. KRIELE: *Introducción a la teoría del Estado*, ob. cit., págs. 134 y 135.

(7) C. SCHMITT: ob. cit., pág. 174.

Así pues, siguiendo a Peuchot (8), los argumentos políticos se basan en la consideración del extranjero como un enemigo potencial y en el desconocimiento de los extranjeros del sentido solidario de la comunidad nacional (9).

Por lo demás, la cuestión debe ser tratada con sumo cuidado, puesto que quienes mantienen este tipo de argumentos son acusados de xenófobos y racistas. Sin embargo, éstas son dos cuestiones que no deben ser confundidas, pues la conveniencia de excluir a los extranjeros de la vida política no prejuzga el mantenimiento de su dignidad y derechos individuales como hombres (10).

1. *Los extranjeros como amenaza potencial del Estado*

La participación de los extranjeros en la vida política es considerada como una injerencia externa en los asuntos nacionales. El extranjero es visto como un enemigo potencial. En efecto, es fácil advertir que, en el lenguaje político, extranjero y enemigo son dos términos en gran medida intercambiables (11). El extranjero se encuentra *contra natura* en la comunidad, y su presencia rompe la homogeneidad y la unidad del grupo. Tal vez esta visión del extranjero no debiera extrañar, pues etimológicamente no debemos olvidar que en el latín la palabra *hostis* designa a la vez al extranjero y al enemigo. El extranjero es tratado en el cuerpo político con un significado de incompreensión, fuera de lo común, no familiar.

En consonancia con esta bipolaridad del término, al buscar los motivos políticos por los que se exige la nacionalidad en las elecciones locales, Gaudemet justifica tal exigencia en que los extranjeros constituyen una amenaza potencial para el Estado. La razón política de su ataque reside en que los extranjeros tienen una visión parcial o falseada de los intereses del Estado en cuyo territorio se encuentran instalados. En estas circunstancias, reconocerles el derecho del voto sería como dotarlos de un arma que utilizarían en todos los casos en vista del interés particular de su Estado de origen (12).

Como mantiene Loschak, la idea de pertenencia a un solo Estado reposa esencialmente en una concepción rígida y amplia de la soberanía, que excluye cualquier

(8) ERIC PEUCHOT: ob. cit., págs. 497 a 500.

(9) De igual manera, N. Pérez Serrano plantea como problema espinoso la convivencia de minorías extranjeras poderosas capaces de introducir inquietud y de perturbar el desarrollo del espíritu nacional, ob. cit., pág. 693.

(10) Dentro de un Estado son iguales todos los súbditos. Aquello en que se trata con igualdad al extranjero no afecta a los asuntos políticos. Vid. C. SCHMITT: ob. cit., págs. 224 y 225.

(11) Así lo nota D. LOSCHAK: *L'étranger et les droits de l'homme*, Melanges Robert-Edouard Charlier. Service Public et Libertés, Editions Emile-Paul, 1981, pág. 617.

(12) Próxima a esta consideración, Gaudemet señala que es el sentimiento de los extranjeros en el interés mismo de su Estado los que, a través de las luchas políticas que las elecciones pueden suscitar, llevan a dividir la comunidad nacional, Y. GAUDEMET: «Les élections Locales» en la obra general *Les élections Locales*, Ed. Dalloz, Collection Collectivités locales, 1991, págs. 25 y 26.

posibilidad de doble pertenencia a dos Estados distintos (13). Querer permanecer como extranjero constituye, por un lado, la falta de reconocimiento de la soberanía de los países de acogida y, por otro lado, la expresión de dependencia de otro Estado extranjero y de pertenencia a otra comunidad nacional (14). La condición de nacionalidad es un elemento de seguridad política para los Estados.

2. *Los extranjeros desconocen las aspiraciones nacionales*

Un segundo argumento de carácter político es la ausencia en el extranjero del conocimiento innato e intuitivo necesario para pronunciarse racionalmente acerca de las cuestiones comunes y propias de cada Estado. Ser miembro de una colectividad supone ser parte integrante de la comunidad. El extranjero es un instrumento imperfecto de revelación de la voluntad general, ya que, por definición, su voluntad permanece ligada a otros presupuestos, conscientes o no, que fundamentan y explican la voluntad de otro Estado soberano. El extranjero está encadenado a los prejuicios, a las preocupaciones, a las contingencias exclusivas de su patria, y ello se produce en muchos casos de manera inconsciente. Como escribe el profesor Ruzié, «las diferencias de formación política entre extranjeros y nacionales pueden ser agravadas por las barreras lingüísticas y otras barreras culturales. Los inmigrantes conocen mal la sociedad del país de acceso e ignoran las estructuras generales de la sociedad» (15).

En estas circunstancias sólo una muy fuerte integración y arraigo demostrado en el Estado permitiría admitir un interés manifiesto del extranjero por la cosa pública. Pero, en tal caso, este argumento pierde su virtualidad, pues precisamente para los supuestos de muy fuerte integración se establece la nacionalidad como vía más adecuada. Nación y población se convierten así en fuente de la soberanía estatal. La ciudadanía, la *citoyenneté* o *citizenship*, ha tenido durante mucho tiempo el sentido de nacionalidad o pertenencia a un Estado (16).

C) *Las argumentaciones de indole jurídico-constitucional*

Los extranjeros no pueden ser electores, porque sólo los nacionales pueden participar en las decisiones fundamentales del Estado, pues éstas son las que forman la idea de nación, que es la que verdaderamente da sentido al Estado. El Estado debe

(13) D. LOSCHAK: ob. cit., pág. 627.

(14) O. BEAUD: *État et souveraineté, éléments pour une théorie de l'état*, Paris, 1989, tomo 1, págs. 177. Citado por E. PEUCHOT: ob. cit., págs. 497.

(15) D. RUZIÉ: *Les droits publics et politiques du travailleur étranger*. Pédone, 1979, pág. 353.

(16) Igualmente, entre otros, J. XIFRA HERAS: ob. cit., pág. 164. M. CARRASCO: ob. cit., pág. 317, C. SCHMITT: ob. cit., págs. 224 y 225.

ser un Estado nacional, donde la soberanía es nacional, que según el artículo 1.2 de la Constitución Española reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. Varios son los argumentos que apoyan esta concepción del Estado.

1. *La tesis ciudadano-electoral como fundamento de la voluntad soberana*

El cuerpo electoral como órgano constitucional es el único lugar donde va a residir la legitimación de la totalidad de las decisiones del Estado, ya sean éstas por vías de participación directa, como indirecta o representativa.

Si la nación es la sede de la soberanía, la ciudadanía que representa a la nación controla política y jurídicamente la soberanía como parte indivisible y esencial del cuerpo político, e incorpora como derecho inalienable el participar en la formación de la voluntad general.

El cuerpo electoral puede también referirse a otro órgano, el órgano representativo que se expresa en su nombre. En este sentido, el artículo 66.1 de la Constitución Española establece que las Cortes Generales representan al pueblo español. Y es en el pueblo español donde reside la soberanía nacional. La soberanía nacional pertenece al pueblo, pero quien la ejerce son sus representantes. La distinción aquí entre titularidad y ejercicio de la soberanía es de capital importancia (17). Tal distinción no es sólo posible, sino necesaria, pues el titular de la soberanía —la nación española— no puede ejercerla por sí misma. Pero la soberanía, al implicar unidad, originalidad o ilimitabilidad, no puede atribuirse a un órgano del Estado, por ser siempre un poder derivado y limitado. Si de lo que se trata es de determinar cuál es el órgano sobre el que recae el ejercicio de la soberanía, parece más correcto hablar de supremacía y del órgano supremo, que de soberanía en el Estado (18) o soberanía del órgano (19). Por consiguiente, si se considera que el órgano supremo del Estado es el que ejerce de forma exclusiva la reforma constitucional, puede concluirse que el órgano supremo del Estado y por ende quien ejercita la soberanía del Estado es el cuerpo electoral (20). Si el pueblo nacional es el titular y el destinatario del poder

(17) Sobre la fundamentación teórica y doctrinal de tal distinción que tiene su origen en KANT, SIEYES y sobre todo en los liberales franceses de 1791, quienes afirman en el Estado constitucional que lo que se dividía y enajenaba no era la titularidad de la soberanía, que permanecía intacta en la nación, sino su ejercicio, véase el excelente trabajo de JOAQUÍN VARELA SUANZES: «Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española», en la obra colectiva *Estudios de Derecho público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1993, págs. 63 y ss.

(18) A la distinción entre soberanía del Estado y soberanía en el Estado se refiere, entre otros H. HELLER: *Teoría del Estado*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1963, págs. 269 y ss.

(19) Hablar de soberanía del órgano es siempre jurídicamente inexacto, como el propio HOBBS puso ya de manifiesto. *Vid.* J. SUANZES VARELA: *ob. cit.*, págs. 64 y 65.

(20) Este planteamiento va a dar lugar a la configuración del cuerpo electoral como expresión directa de la voluntad soberana de la nación como un auténtico órgano del Estado, lo que para la doctrina clásica debe diferenciarse de los individuos que componen la nación. Para DUGIT, por ejemplo, el cuerpo electoral,

público, el cuerpo electoral es el que ejercita y participa en ese poder. De esta manera, en la Constitución Española, así como de todas en general, se deduce una diferencia entre los españoles y los ciudadanos, entre el pueblo como totalidad de los nacionales y el cuerpo electoral como aquella parte de los nacionales capacitada por el ordenamiento para ejercer el poder público.

En el sistema representativo que se establece en la doctrina de la soberanía nacional se establece la unión entre electores y elegidos que crea el cuerpo electoral como un órgano del Estado. Pero la teoría liberal distinguía entre unos derechos civiles, iguales para todos los individuos, y unos derechos políticos a los que sólo podía tener acceso una minoría de acuerdo con la edad, sexo, riqueza, etc. En virtud de la misma, la Constitución Francesa de 1791 estableció la diferencia entre ciudadanos activos y pasivos; de igual manera la Constitución Española de 1812 establece la distinción entre españoles y ciudadanos. Pero la cualidad de elector sólo sería admisible en el ciudadano nacional, pues reconocer a los extranjeros tal capacidad supondría otorgarles el título no sólo de representantes de la nación, sino también del ejercicio del poder soberano del Estado cuyo titular es la nación, lo que haría perder al Estado su condición de soberano (21). La soberanía implica toda negación a la subordinación o limitación del Estado. Su nota característica es la independencia, que perdería si se concediese la representación de la soberanía a unos ciudadanos que siguen estando vinculados a otro poder soberano, sin importar cuál es su vinculación con el Estado en cuestión (22).

al ser el órgano supremo del Estado que expresa la voluntad de la nación, concibe al elector como un funcionario encargado de expresar y contribuir a que se manifieste la voluntad de la nación. *Vid.* L. DUGUIT: *Manual de Derecho Constitucional*, 1921, Traducción de JOSÉ G. ACUÑA, págs. 131 a 135. También CARRÉ DE MALBERG: *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tomo II, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, págs. 430 y ss. BURDEAU habla del cuerpo electoral como el órgano más importante del Estado, su voluntad es decisiva, ya que todos los demás cuerpos del Estado emanan de él mediante elección, G. BURDEAU: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ed. Nacional, Madrid, 1981, pág. 593.

(21) El cuerpo electoral no se vincula en consecuencia a la población del Estado y para pertenecer al mismo exige el cumplimiento de determinadas condiciones, entre las que se encuentra la nacionalidad, ya que sólo los nacionales pueden ser llamados a las urnas para expresar la voluntad de la nación soberana. *Vid.* A. POSADA: *El sufragio: según las teorías filosóficas y las principales legislaciones*, Editor sucesores de Manuel Soler, Serie Manuales Gallach, núm. 13, Barcelona, págs. 105 y ss. N. Pérez Serrano señala al cuerpo electoral como el órgano constitucional que debe aspirar a confundirse con la nación, aunque matiza que no cabe equiparar voluntad electoral a voluntad nacional, de manera que el poder constituido está en su derecho al configurar el cuerpo electoral como mejor haya de responder a las conveniencias del país, *ob. cit.*, págs. 349 y 350. Para Burdeau, es falso asimilar el cuerpo electoral con la nación, pues ésta desborda el primero, pero por lo menos es el agente de ejercicio por excelencia de la soberanía nacional; por ello la capacidad electoral depende de la nacionalidad que se justifica como prueba de vinculación de la cosa pública, *Vid.* G. BURDEAU: *ob. cit.*, págs. 593 y 595. Carré de Malberg señala que si todo elector es obligatoriamente ciudadano, la cualidad de nacional y de ciudadano van juntas, ellas no se pueden adquirir ni perder la una sin la otra, *ob. cit.*, pág. 432.

(22) Jellinek lo pone de manifiesto cuando habla de las propiedades del poder del Estado, al establecer la imposibilidad de limitar jurídicamente la voluntad soberana del Estado mediante un poder

En efecto, los primeros representantes del pueblo no son los diputados o senadores, sino los ciudadanos electores. Como expresa Hauriou, los representantes del pueblo en las asambleas legislativas son elegidos por los electores, pero los electores no se pueden confundir con el pueblo, pues no todo el mundo es elector. Los electores sólo son los representantes primeros del pueblo aunque formen parte de él (23). De esta manera, los electores son los representantes primeros de la nación, en virtud de su cualidad de miembros de la comunidad nacional que ha sido siempre la base del Estado (24).

Sin embargo, no faltan en la actualidad razones doctrinales que objetan tal postura. Como advierte el propio Kelsen, la razón por la que la ciudadanía es normalmente la condición de los derechos políticos es que éstos son de la mayor importancia para la formación del ordenamiento jurídico en cuanto a posibilidad de participar en la creación o ejecución de normas jurídicas, pero admite que esos derechos no tienen por qué estar reservados sólo a los ciudadanos porque, como tal, la ciudadanía no es una institución necesaria para la existencia del Estado (25). Para Carrera y Vallés (26) se trata de un requisito típicamente personal propio del Estado liberal que expresa ideas políticamente desfasadas, por lo que se muestran favorables al replanteamiento de la teoría que considera el sufragio consustancial a la nacionalidad, pues como señalan De Otto, Bastida y Punset (27), los intensos movimientos migratorios de las últimas décadas, junto con el olvido de la polémica ideológica y doctrinal sobre la soberanía nacional, así lo exigen.

extraño, que puede ser o no de otro Estado. G. JELLINEK: *Teoría General del Estado*, Ed. Albatros, 1978, pág. 361.

(23) M. HAURIUO: *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, 1929, pág. 149.

(24) Tal como señalara Esmein, los electores son los primeros y necesarios representantes de la soberanía nacional, A. ESMÉIN: *Elements de droit constitutionnel*, Ed. Larousse, 1909, págs. 300.

(25) El argumento es que hay Estados en los que no existe tal condición porque lo que es consustancial a la existencia del Estado es la existencia de súbditos, no la de ciudadanos *strictu sensu*; de hecho, en las democracias radicales los derechos políticos se reconocen también a los extranjeros, lo cual es objeto de elogio del propio H. KELSEN: *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, 1979, págs. 208 y 210.

(26) F. CARRERAS y J. M. VALLÉS: *Las elecciones. Introducción a los sistemas electorales*, Ed. Blume, Barcelona, 1977, págs. 37 y 38. En una posición diferente a Carreras y Vallés, Torres del Moral señala que no se trata tanto de un principio liberal cuanto de una cuestión de política internacional. Se fundamenta en ello porque ya en el siglo XIX había algunos Estados miembros de los EE. UU. que reconocían el derecho de sufragio al inmigrante con cierto tiempo de residencia, y porque el Reino Unido facilita el voto de ciudadanos de ciertos países de la Commonwealth. En segundo lugar, se trata de una cuestión de política internacional, porque los Estados no quieren compartir unos derechos directamente provenientes del ejercicio de la soberanía si no se dan ciertas condiciones de reciprocidad. Es pues una cautela en el ejercicio de la soberanía dentro de un marco internacional no caracterizado precisamente por su solidaridad, A. TORRES DEL MORAL: *ob. cit.*, págs. 495 y 496.

(27) I. DE OTTO, F. BASTIDA, R. PUNSET: *Lecciones de Derecho Constitucional*, vol. I, Ed. Guaiastur, Oviedo, 1980, pág. 22.

2. *La soberanía pertenece al pueblo y no a la población: El excursus de la doctrina alemana*

La tesis anterior parte de concebir al pueblo no como el conjunto de todas las personas sometidas habitual o temporalmente al poder estatal, ya sean extranjeras o nacionales, sino sólo como el conjunto de estos últimos. El concepto de pueblo en la Ley Fundamental alemana, en la Constitución Francesa de 1958, o en el artículo 1.2 de la CE, no es el conjunto de personas que se encuentran en el interior del espacio territorial que forma la base y sostén del Estado. El concepto de pueblo en el Estado es una noción de índole nacionalista y, aunque es un término más amplio que el de ciudadano, sólo incluye la condición personal de nacional. Si ello fuese así no habría ninguna razón para ampliar el concepto de ciudadanía, pues éste se incluiría en el de pueblo y actuaría como punto de conexión entre los conceptos de pueblo y nación. La cuestión, sin embargo, no es pacífica, sobre todo en la doctrina alemana, donde pueden encontrarse las bases más sólidas en pro y en contra de esta idea. La importancia de este debate doctrinal en Alemania surge desde el momento en que se intenta fundamentar la participación política de los extranjeros en ausencia de disposición constitucional alguna. No obstante, la profundidad e intensidad de este debate es válida también para la teoría de cualquier otro Estado, que aun reconociendo constitucionalmente los derechos políticos no busca sus fundamentos teóricos. La doctrina alemana sí lo hace, y de ahí nuestro interés en plantearla aquí desde la objetividad y paridad de sus argumentos en pro y en contra de la participación electoral de los extranjeros en Alemania.

En principio, la Ley Fundamental de Bonn no se ocupa expresamente del derecho de sufragio de los extranjeros, y si bien la no contemplación del voto municipal de los extranjeros se debe, en el fondo, a razones políticas, los argumentos que se esgrimen para justificar esta actitud son de naturaleza puramente jurídica. Sobre la base de este silencio, una parte de la doctrina jurídica alemana opina que la Ley Fundamental se opone al sufragio político de los extranjeros, sin que sea posible una reforma constitucional que modifique esta situación (28). La inconstitucionalidad de

(28) Entre otros, MANFRED BIRKENHIER: «Walrecht für Ausländer: Zugleich ein Beitrag zum Volksbegriff des Grundgesetzes», *Schriften zum öffentlichen Recht*, Band 287, 1976, págs. 93 a 96; FRANZ RULAND: «Forum: Walrecht für Ausländer?», *Juristische Schulung*, Band 9, 1975, pág. 12; HELMUT QUARITSCH: «Staatsangehörigkeit und Walrecht», *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 1, 1983, pág. 4; ERIK HEYEN: «Verfassungsaspekte einer Beteiligung von Ausländern an der Hamburger Bezirksversammlungswahl», *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 41, 1988, págs. 185 y 193. Para SASSE y KEMPEN solamente la concesión a los extranjeros del sufragio político local sería constitucional, pero no el sufragio estatal o federal; CHRISTOPHE SASSE und KEMPEN, E. OTTO: *Kommunalwahlrecht für Ausländer*, 1974, págs. 53 y 54, y también SCHEWERTDFEGER, quien considera incluso innecesaria tal reforma a nivel local, pero impermisible a nivel estatal o federal; GUNTHER SCHEWERTDFEGER: «Welche rechtliche Vorkehrungen empfehlen sich um die Rechtsstellung von Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland angemessen zu gestalten?», *Verhandlungen Des Dreiundfünfzigsten Deutschen Juristentages*, núm. 1, 1980, pág. 107. Una posición aislada en la doctrina alemana es la sostenida por Von Löhneysen, quien considera innecesaria

dicho derecho ha de determinarse por el artículo 20.2 párr.1 y por el artículo 28.1 de la Ley Fundamental.

De acuerdo con el artículo 20.2 de la Ley Fundamental, todo poder del Estado emana del pueblo, lo que la doctrina ha venido a denominar como principio de la democracia. Según el artículo 28.1 de la Ley Fundamental, el orden constitucional de los Estados federados ha de regirse por los principios del Estado democrático, del que se deriva el principio de homogeneidad (29).

La primera cuestión que se plantea es si dentro del concepto de pueblo se incluye también a los extranjeros, y en este sentido parece muy dudoso que se pueda conceder el derecho de sufragio también a personas que no forman parte del pueblo, pues ello supondría que pueden decidir grupos de los que no emana el efecto de legitimación conforme al principio de democracia.

Las respuestas a la cuestión de quiénes hayan de considerarse integrantes del pueblo son muy diversas. La opinión dominante en Alemania parte, tanto a nivel del Estado como del municipio, de un único concepto de pueblo. En la doctrina científica alemana actual se define el término «pueblo», «das Volker», como un concepto unitario determinado según el Derecho estatal, definido, de conformidad con el artículo 116, como el conjunto de todos los alemanes (30). El pueblo del Estado de los Estados Federados se considera, en este sentido, como parte del pueblo del Estado (31).

Los argumentos de los que definen constitucionalmente al pueblo como el conjunto de todos los alemanes, a que se refiere el artículo 116 de la Ley Fundamental, pueden calificarse y resumirse del siguiente modo:

la reforma constitucional a nivel local y reformable a nivel estatal y federal, H. F. VON LÖHNESEN: «Kommunalwahrecht für Ausländer», *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 34, 1981, págs. 331 y 332.

(29) Entre otros, MANGOLDT und KLEIN: «Comentario al artículo 28», *Das Bonner Grundgesetz*, tomo I, 2.ª cd., 1957. K. MAUNZ: *Deutsches Staatsrecht*, 1978, págs. 232.

(30) Entre otros, en la doctrina, alemana KARL DOERING: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1984, págs. 87 y 88, E. W. BOKENFÖRDE: «Demokratie als Verfassungsprinzip» en *Handbuch des Staatsrechts*, I, Eds. Josef Isensee und Paul Kirchhof, Heidelberg, 1987, págs. 893 y 903; ALBERT BLEKMANN: «Das Nationalstaatsprinzip im Grundgesetz», *DÖV*, núm. 41, 1988, págs. 437 y 438; P. M. HUBER: «Das Volk des Grundgesetzes», *DÖV*, núm. 42, 1989, págs. 531 y 534; H. QUARITSCH: ob. cit., pág. 6. Con carácter general, KRIELE entiende por pueblo la totalidad de quienes tienen la nacionalidad en el Estado, ob. cit., pág. 130. De igual modo en el derecho italiano se expresa MORTATI, para quien el concepto pueblo se refiere a los sólo ciudadanos italianos, distinguiéndose del concepto de población constituida por personas físicas entre las que se incluye también a los extranjeros; C. MORTATI: *Instituzione di diritto pubblico*, tomo II, Padova, CEDAM, 1976, pág. 1155. BISCARETI DI RUFIA: ob. cit., págs. 98 y 99; G. FERRARA: «Alcune osservazioni sul popolo, Stato e sovranità nella Costituzione Italiana», *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1965, págs. 269 a 294; V. CRISAFULLI: «Stato e popolo nella Costituzione italiana», in *Studi per il primo decennale della Costituzione*, vol. II, Milano, 1958, págs. 139 y ss.

(31) HANS-JUERGEN PAPIER: *Schriftliche Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit der Einführung des Kommunalwahlrechts für die Anhörung vor dem Auschuß für Kommunalpolitik des Landtages Nordrhein-Westfalen*, Ed. Nomos, Baden Baden, 1987, pág. 5.

a) Carácter unívoco de la inclusión

El pueblo comprende todas las personas que, de forma específica y unívoca, a saber, mediante nacionalidad, están unidas y forman el pueblo del Estado. El criterio para la inclusión en el pueblo del Estado es la nacionalidad; la inclusión de alemanes sin nacionalidad alemana dispuesta por el artículo 116 de la Ley Fundamental no perjudica lo unívoco de esta inclusión, sino que tiene en cuenta la especial situación histórica de la República Federal (32). Sólo un poder del Estado que emane unívocamente del pueblo del Estado está legitimado democráticamente. Es incompatible con este mandato de la legitimación unívoca el hacer derivar el poder del Estado de una comunidad de vida o de destino en territorio alemán despojada de vinculaciones por nacionalidad o de la condición de habitante de una región determinada (33).

Es cierto que la interpretación aislada del texto del artículo 20.2 de la L. F. parece dejar abierta la cuestión de quién forma parte del «pueblo elector» al que se refiere el derecho estatal. Sin embargo, la cuestión se cierra mediante una lectura conjunta del texto constitucional. En la Ley Fundamental se nombra expresamente el «pueblo alemán» en el preámbulo y en el artículo 116. Pues bien, puesto que tanto en éstos como en el artículo 20.2 de la L. F. se trata del ejercicio del poder del Estado, es evidente que tal facultad, mediante la elección del Parlamento Federal, solamente puede llevarse a cabo por el «pueblo alemán», por el conjunto de todos los nacionales. Esto es lo que opina la doctrina científica cuando habla de pueblo, como la «totalidad de nacionales», o como «unidad política ideal» (34).

Coincidente con la doctrina científica, el Tribunal Constitucional Alemán ha definido reiteradamente el ámbito de los electores al de los ciudadanos, ciudadanos activos o nacionales, y el derecho de sufragio como derecho de los nacionales (35).

(32) Hailbronner señala que la inclusión a través del artículo 116 de una categoría de alemanes sin nacionalidad germana fue originariamente creado como respuesta a la expulsión de los países del Este europeos de minorías étnicas alemanas después de la segunda guerra mundial. Vid. KAY HAILBRONNER: «Citizenship and Nationhood in Germany» in *Immigration and the politics of citizenship in Europe and North America*, 1989, pág. 73.

(33) J. ISSSENSE: «Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 32, 1974, págs. 92 y 93; K. DOEHRING: ob. cit., pág. 87; E. W. BOKENFORDE: ob. cit., págs. 903 y 904; H. LEYENDECKER: «DOV», 1981, págs. 528 y 529; KAY HAILBRONNER: ob. cit., pág. 73; TOMUSCHAT: *Zur politischen Betätigung des Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland*, 1968, págs. 57; K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo II, 1980, págs. 24 y ss.

(34) A. BLEKMAN: ob. cit., pág. 438; P. M. HUBER: ob. cit., pág. 534; H. QUARITSCH: ob. cit., pág. 6; E. W. BOKENFORDE: ob. cit., págs. 889 y 890; SCHREIBER: *Handbuch des Vwrechts zum Deutschen Bundestag*, 3.ª ed., 1986, págs. 33 y ss.

(35) En especial ver las sentencias pronunciadas el 31 de octubre de 1990, BVerfGE 83, 37 y ss., de Schleswig-Holstein y 60 y ss. Hambourg, como consecuencia de las reformas efectuadas por el Land de Schleswig-Holstein y la ciudad del Estado de Hamburgo, modificando el régimen legislativo de las elecciones locales, en virtud del cual se extendía el derecho de sufragio activo y pasivo a los residentes extranjeros que cumplieran determinadas condiciones basadas básicamente en la residencia a largo plazo en la RFA. El fundamento jurídico 1,2 establece:

La cualidad de alemán es, según esta concepción, el punto de partida para la pertenencia al pueblo como titular del poder estatal; y también se requiere esta cualidad para el derecho de voto, cuyo ejercicio el pueblo realiza en primer lugar el poder estatal que le incumbe.

b) Totalidad e intensidad de la vinculación jurídica

La vinculación jurídica de los alemanes a la República Federal se caracteriza, en sus diversas expresiones estatales, por lo que tiene de inevitable (Unentrinnbarkeit) y de afectación (Betroffenheit). Los extranjeros, por el contrario, están en

«El pueblo del cual emana el poder estatal en la República Federal Alemana se forma, según la L. F. por todos los nacionales alemanes y las personas asimiladas, según el artículo 116, párr. 1. La pertenencia al pueblo estatal de la República Federal Alemana se consigue, por principio, a través de la nacionalidad. La nacionalidad es el requisito jurídico para igual *status* de ciudadano, que origina, por un lado, las mismas obligaciones; por otro lado, y sobre todo también los derechos mediante cuyo ejercicio el poder estatal experimenta su legitimación en la democracia.»

El fundamento jurídico 1.3 expresa:

«Si por lo tanto, la cualidad de alemán es, según la concepción de la ley fundamental, el punto de partida para la pertenencia al pueblo como titular del poder estatal, también se requiere esta cualidad para el derecho de voto, mediante cuyo ejercicio el pueblo verifica en primer lugar el poder estatal que le incumbe. Esto no significa de ninguna manera que se impida al legislador toda influencia en la composición del pueblo a efectos del artículo 20, párr. 2, frase 2, de la Ley Fundamental. Como prueban los artículos 73, núms. 2 y 116, la Ley Fundamental transfiere al legislador la regulación de los requisitos para la adquisición y la pérdida de nacionalidad y con ello también los criterios, según los cuales se determina detalladamente la pertenencia al pueblo estatal. Por tanto, el derecho de nacionalidad es el lugar donde el legislador puede tener en consideración modificaciones en la composición de los habitantes de la República Federal Alemana con vista al ejercicio de los derechos políticos. No es cierto que, debido al aumento considerable de la parte de extranjeros en la población total de la República Federal Alemana, haya experimentado un cambio de significado el concepto constitucional de pueblo. Detrás de esta consideración se encuentra claramente el concepto de que corresponde a la idea democrática y sobre todo al concepto de libertad contenido en ella establecer una congruencia entre los titulares de derechos políticos democráticos y los sujetos de manera permanente a una determinada soberanía estatal. Es cierto desde el punto de partida, pero no puede conducir a una disolución de la interdependencia entre la cualidad como alemán y la pertenencia al pueblo estatal como del titular del poder estatal. Tal camino está cerrado por la Ley Fundamental. En estas circunstancias, y según el derecho constitucional vigente, queda sólo la posibilidad de reaccionar a tal situación como correspondientes regulaciones de derecho de nacionalidad, por ejemplo, mediante la regulación de facilitar la adquisición de la nacionalidad alemana a aquellos extranjeros que se hayan establecido de manera permanente en la República Federal, residan aquí legalmente y por tanto estén sometidos al poder estatal alemán de manera comparable a la de los alemanes.»

Estas decisiones están resumidas en francés por A. WEBER: «Allemagne, le droit de vote des étrangers», *Revue de Droit Constitutionnel*, núm. 7-1991, págs. 553 a 555. Un análisis de dicha sentencia se encuentra en O. BEAUD: «Le droit de vote des étrangers: l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 8, 1992, págs. 409-424, y G. L. NEUMAN: «We are the people»: Alien suffrage in german and American Perspective», *Michigan Journal of International Law*, vol. 13, núm. 2, 1992, págs. 283 a 291.

principio y en todo momento en situación de eludir modificaciones jurídicas indeseadas de las relaciones en el país de residencia abandonando el mismo, ya que, según el Derecho Internacional, su patria está obligada a acogerlos (36). Los extranjeros, en consecuencia, no tendrían el mismo grado de responsabilidad en el ejercicio de los derechos políticos.

Solamente los alemanes están plenamente sometidos a la soberanía personal alemana. Sus vinculaciones a la República Federal son las únicas que están consolidadas jurídicamente y tan excluidas de la libre disposición del particular, que resulta justificado su participación en el poder del Estado. Las personas no alemanas, según el artículo 116 L. F., se hallan, por el contrario, sometidas únicamente a la soberanía territorial alemana, siguiendo vinculadas, con excepción de los apátridas, a otro Estado por medio de la nacionalidad. Sus relaciones con el país anfitrión no están, como las de los alemanes, presididas por la permanencia (*Beharrungszustang*) (37).

En segundo lugar, las obligaciones frente al Estado y las consecuencias de la política que desarrollan los órganos estatales elegidos, directa o indirectamente por el pueblo, no afectan a los extranjeros en la misma forma que a los nacionales. Los extranjeros que viven en un Estado ajeno al suyo no están vinculados al mismo por la estrecha y duradera relación de derechos y obligaciones que configura el *status* jurídico de los nacionales (38). Algunos autores añaden además que, si los extranjeros se encuentran en una situación de menor afectación por las decisiones del Gobierno, la concesión de derechos políticos violaría el principio constitucional de igualdad ante la ley, inherente al concepto mismo de democracia (39).

(36) K. DOEHRING: «Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland», *WDSiRL*, tomo 32, 1974, pág. 37; J. ISENSEE: ob. cit., pág. 93; M. BIRKENHEIER: ob. cit., págs. 62 y 63; K. STERN: ob. cit., 324; A. BLEKMAN: ob. cit., págs. 438; E. W. BÖKENFORDE: ob. cit., pág. 905; F. RULAND: ob. cit., págs. 12 y 13; DIETMAR BREER: «Die mitwirkung von Aulandern an der Politischen Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gewährung des Wahlrechts, insbesondere des Kommunalrechts», *Schriften zum Öffentlichen Rech.*, Band 422, 1982, pág. 112.

(37) Algunos autores alemanes emplean el término de nación alemana como una comunidad única de destino (*Schicksalsgemeinschaft*); A. BLEKMAN: ob. cit., pág. 438; K. DOERING: ob. cit., pág. 115; J. ISENSEE: ob. cit., pág. 93.

(38) A. BLEKMAN: ob. cit., pág. 438; K. DOEHRING: ob. cit., pág. 115; J. ISENSEE: ob. cit., pág. 94; F. RULAND: ob. cit., pág. 11; D. BREER: ob. cit., págs. 52 y 53; KARL A. LAMERS: «Representation und Integration der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland unter Besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts», *Schriften zum Öffentliche Recht.* Band 44, 1977, pág. 39.

(39) M. BIRKENHEIER: ob. cit., pág. 62; KARL A. LAMERS: ob. cit., págs. 38 a 40; J. ISENSEE: ob. cit., págs. 93 a 95; D. BREER: ob. cit., pág. 66; HANS-HERMANS SCHILD: «Kommunalrecht für Ausländer?», *DÖV*, núm. 38, 1985, págs. 664, 670-671. Otros autores alemanes mantienen que los extranjeros estarían igualmente afectados por las acciones del poder del Estado, pero argumentan que ello no supondría en ningún caso participar en él. El correlato de la sujeción a la ley sería la protección de la ley, no la participación política. En este sentido, J. ISENSEE: «Kommunalwahlrecht für Ausländer aus der Sicht der Landesverfassung Nordrhein-Westfalens und der Bundesverfassung», *Kritische vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, núm. 3, 1987, pág. 304; ULRICH KARPEN: «Kommunalwahlrecht für Ausländer», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 42, 1989, pág. 1014; HANS JURGEN PAPIER: «Ver-

Finalmente, es consecuencia de la idea democrática el que la participación en el poder decisorio de una agrupación exige la pertenencia a la misma; esta función de pertenencia sólo la tiene y la articula la nacionalidad (40).

c) Evolución histórica del concepto de pueblo en el derecho estatal

Al atribuir la soberanía popular al pueblo del Estado, con la consiguiente unión indisoluble entre nacionalidad y derecho de sufragio, la Ley Fundamental se sitúa en la tradición constitucional alemana y europea. La ley fundamental enlaza la cuestión de la legitimación del poder del Estado con dicha tradición constitucional, en especial con la Constitución del Reich de Weimar de 1919, según se desprende de su génesis (41). El Tribunal Constitucional Federal busca también su apoyo histórico en la Constitución de Weimar (42). Esta interpretación no es aceptada por Nicolás Muñiz, en opinión del cual la Constitución de Weimar apunta a una dirección opuesta a la expresada por el Tribunal Federal. La asociación de la condición de alemán al disfrute del derecho de sufragio no pretendía sino desvincularlo de las restricciones y condicionamientos imperantes en los distintos elementos territoriales integrantes del Imperio Alemán y acabar con unas nacionalidades territoriales que, entendidas todavía en claves en cierto modo predemocráticas, partían, además, de una consideración del ciudadano como súbdito, dificultando así la participación en los distintos Estados de ciudadanos alemanes provenientes de otras regiones del Reich, en términos incompatibles con la nueva situación constitucional alemana y con el propio mandato democrático (43).

faassungsfragen des kommunalen Ausländerwahlrecht», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1987, núm. 3, págs. 309, 312 y 313.

(40) J. ISSENSE: *Schriftliche Stellungnahme* II, 3, 1987, págs. 2; K. STERN: ob. cit., pág. 249; D. BREER: ob. cit., págs. 63 y ss., en especial pág. 66. Para quienes tienen la nacionalidad, señala KRIELE, se agrega al mero sometimiento al poder una relación personal especial con el Estado: nacionalidad es un *status* que da lugar a derechos y deberes recíprocos entre el Estado y el nacional. Así, normalmente están reservados a los nacionales los derechos de colaboración política. No obstante, esta reserva no es, sin embargo, conceptualmente necesaria: cabe pensar, por ejemplo, que a los trabajadores extranjeros se les otorgan ciertos derechos de colaboración política. *Vid.* M. KRIELE: ob. cit., págs. 130 y 131.

(41) Sobre la evolución histórica en el derecho alemán, ver PAPIER: ob. cit., págs. 3 y ss.

(42) La sentencia cit. Schleswig-Holstein y de Hambourg, fundamento jurídico III, 4, a y b, después de señalar el desarrollo constitucional comunal en Alemania desde el siglo XIX, acompañado por disposiciones electorales que denegaban a los extranjeros el derecho de voto activo y pasivo y uniendo la asociación de tal derecho a la nacionalidad, expresa que:

«El artículo 17, párr. 1, de la Constitución de Weimar amplió y al mismo tiempo limitó el derecho de voto a los hombres y la mujeres del Reich alemán. Por consiguiente, también en las elecciones comunales sólo ellos tenían el derecho de voto. Por tanto, no se puede hablar de que era deseo del artículo 17, párr. 1, de la Constitución de Weimar destigar el derecho de voto de la nacionalidad».

(43) JAIME NICOLÁS MUÑIZ: «La participación de extranjeros en las elecciones locales en la RFA», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992, pág. 185.

d) El principio de homogeneidad como base del Estado democrático

El derecho comunal de voto para extranjeros lesiona la cláusula federal y homogeneidad, en base al artículo 28, párr.1, frases 1 y 2 de la Ley Fundamental, que garantiza la conformidad y uniformidad del concepto de democracia, del concepto de pueblo y la extensión de los principios del derecho de voto a todos los niveles del Estado: Federación, Land, distrito y municipio (44).

El pueblo, que en base a la Constitución necesita una representación elegida, es el mismo en el Estado y en los municipios, con la única diferencia del alcance territorial de las correspondientes entidades estatales. Las objeciones de la Constitución contra el derecho de voto de los extranjeros no pueden salvarse considerando a los municipios como instituciones fuera de la estructura democrática del Estado; están incorporados en la estructura del Estado. Aunque es cierto que en base a las constituciones se garantiza a los municipios el derecho de autoadministración como titulares del poder público, son ellos mismos un trozo del «Estado» y ejercen el poder público en un sentido amplio. Los municipios disponen al menos de un núcleo de facultades decisorias con las que ejercitan el poder del Estado.

Ello no es una cosa distinta del ejercicio del poder estatal, sino que forma parte de él (45). Si, de acuerdo con esto, es válida la exigencia de una «cadena ininterrumpida de legitimación desde el pueblo a los órganos y entidades depositarios de funciones estatales» también lo es para los municipios que no administran al margen del poder estatal. Esta es una opinión compartida por el propio Tribunal Constitucional Alemán (46).

Como manifiesta Jaime Nicolás, el carácter estatal de las entidades locales refuerza la «homogeneidad» de sus principios estructurales básicos con los que la Ley Fundamental prescribe para el Estado, algo que tiene unas consecuencias casi automáticas en cuanto a la definición del pueblo-electorado en los escalones inferiores del Estado (47).

(44) Sin la existencia de una homogeneidad inicial y básica no habrá sólida articulación nacional, ni próspera vida política. N. PÉREZ SERRANO: ob. cit., pág. 693. La mejor expresión de este principio la encontramos en C. SCHMITT, quien establece que toda federación descansa sobre un supuesto esencial, cual es la homogeneidad de todos sus miembros, ob. cit., págs. 356 y 358.

(45) SASSE y KEMPEN: ob. cit., págs. 16 y ss.; H. J. PAPIER: ob. cit., págs. 309 y 310; QUARITSCH: ob. cit., págs. 2 y 3.

(46) Como dice la citada jurisprudencia constitucional alemana en el caso Schleswig-Holstein y Hamburgo de 1990, F. J. III, 2, a, contra la normativa aprobada por estos Lander, concediendo el derecho de voto a extranjeros en elecciones municipales:

«La norma estipula que las decisiones fundamentales de la Constitución para los principios de la soberanía de pueblo y de la democracia, así como para un procedimiento electoral democrático, no deben aplicarse sólo a nivel federal y del Land, sino también a las subdivisiones de los Lander, municipios y asociaciones municipales. El precepto garantiza por tanto la uniformidad de la base democrática de legitimación para todas las corporaciones territoriales en el territorio de la República Federal Alemana.»

(47) J. NICOLÁS MUÑIZ: ob. cit., págs. 186.

III. EL REPLANTEAMIENTO TEORICO-POLITICO DE LA CUESTION: LAS RAZONES POLITICAS Y JURIDICAS DE LA INCLUSION DE LOS EXTRANJEROS EN LA PARTICIPACION ELECTORAL

A) *Introducción*

Dos son los hechos sociales y políticos que nos llevan a un nuevo planteamiento de la cuestión. En primer lugar el incremento constante de los movimientos migratorios procedentes de los países más pobres, de forma muy especial de América Latina y el sur de Africa, a los que se añaden el de los países del Este, que hace de la Europa Occidental una realidad multicultural y plurirracia. A ello hay que añadir que muchos de estos movimientos son de carácter estable desde hace muchos años, pues tales desplazamientos no surgen, como vemos, en la actualidad. En segundo lugar, la creación de la Comunidad Europea, con las consiguientes libertades de circulación de personas, mercancías y capitales, hace surgir un nuevo concepto de nación tanto *ad intra*, en los propios Estados, reduciendo su soberanía, como *ad extra*, con la aparición de un Estado supranacional europeo.

La cuestión hace que surjan nuevos planteamientos políticos. Aunque no creo, como luego veremos, y como piensa el profesor Ardant, que la participación de los extranjeros en la vida pública del Estado sea una cuestión exclusivamente política (48).

B) *Los argumentos de indole política*

El tratamiento político de la cuestión no es fácil, sobre todo si tenemos en cuenta el gran número de extranjeros que existen en ciertas colectividades, lo que hace que los propios extranjeros puedan ser los dueños en la elección.

Los argumentos sociopolíticos se resumen en dos: el surgimiento de un nuevo concepto de nación y el efecto integrador del derecho de voto.

1. *La transformación del concepto de nación*

En contradicción con el discurso anterior, y a pesar del resurgir del neonacionalismo, como sucede en los países del Este, en palabras de Peuchot, existe un cierto malestar respecto de la nacionalidad, una especie de destrucción de la nación, una gran indiferencia respecto al hecho nacional, incluso una alergia respecto de la nación uniformizadora (49). En palabras de Habermas: *la ciudadanía democrática no necesita quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo: pero por*

(48) PHILIPPE ARDANT: *Les exclus*, Pouvoirs, 1978, núm. 7, págs. 47 y ss.

(49) E. PEUCHOT: ob. cit., págs. 510 y ss.

encima de la pluralidad de formas de vida culturales diversas exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común (50).

El ejemplo más propio de todo ello se produce en la Comunidad Europea, que enfoca la relación entre ciudadanía e identidad nacional de un modo diferente. Siguiendo a Habermas, la Comunidad Europea rompe con el Estado nacional, con la comunidad homogénea integrada por la tradición y la costumbre, al representar un Estado de nacionalidades con lenguas y costumbres distintas, aunque con ello no se quiera significar por otro lado la desaparición de los Estados nacionales parcialmente soberanos que mantienen aún su fuerza estructuradora (51).

Todos los países europeos han evolucionado tras la II Guerra Mundial, de suerte que el plano de integración que representa el Estado nacional ha perdido peso e importancia. Según Habermas, estos países se hallan en camino de convertirse en sociedades posnacionales (52). Baste recordar la integración europea, las alianzas militares supranacionales, las interdependencias en la economía mundial, las migraciones motivadas por situaciones económicas, la creciente pluralidad étnica de las poblaciones, y también el adensamiento de las redes de comunicación, que ha agudizado en todas partes la percepción de, y la sensibilidad para, la violación de los derechos humanos, la explotación del hambre, la miseria, etc.

La idea que propone Habermas es la idea del universalismo. Pero, ¿qué significa universalismo? Según dicho autor, ello supone que se relativice la propia forma de existencia, atendiendo a las pretensiones legítimas de las demás formas de vida, que se reconozcan iguales derechos a los otros, a los extraños, con toda su idiosincrasia y todo lo que en ellos nos resulta difícil entender, que uno no se empecine en la universalización de la propia identidad, que no excluya y condene todo cuanto se desvíe de ella, que los ámbitos de tolerancia tienen que hacerse infinitamente mayores de lo que hoy son; todo esto es lo que quiere decir universalismo moral. Este elemento cosmopolita habrá que reavivarlo y desarrollarlo hoy en el sentido de un multiculturalismo (53).

(50) JÜRGEN HABERMAS: «Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo», *Revista Debats*, marzo 1992, pág. 15.

(51) JURGEN HABERMAS: ob. cit., págs. 15.

(52) JURGEN HABERMAS: *Identidades nacionales y posnacionales*, Ed. Tecnos, 1989, págs. 117.

(53) Para Habermas, la forma de identidad que representa la identidad nacional hace necesario que cada nación se organice en un Estado para ser independiente, pero, en la realidad histórica, el Estado con una población nacional homogénea ha sido siempre una ficción. JÜRGEN HABERMAS: *Identidades nacionales y posnacionales*, ob. cit., págs. 91, 118 y 119. Los países de Europa Occidental receptores de inmigrantes son ya en realidad, y desde hace mucho tiempo, sociedades multiculturales, bien en virtud de los nuevos movimientos migratorios o como consecuencia de los llamados éxodos de trabajadores extranjeros. Se trata de algo inevitable a lo que se debe tender sin remedio. Sobre los pros y los contras de la sociedad multicultural con una amplia documentación doctrinal, resulta de inestimable interés el trabajo de HANS JOACHIM HOFFMANN-NOWOTNY: «Integración y sociedad multicultural», en la *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 1994, págs. 130 a 223.

2. El efecto integrador del derecho de participación política

Frente a quienes ven en los extranjeros una eventual amenaza al Estado, algunos autores entienden que la concesión del derecho de voto a los extranjeros constituiría una medida para motivar su interés por la sociedad que los acoge y favorecer así su integración, o reduciendo, por consiguiente, las tensiones entre las distintas colectividades (54).

El concepto de integración contiene un doble significado: En primer lugar, la integración puede ser entendida como asimilación en el sentido de adaptación a la uniformidad cultural del país de acogida, y en segundo término, la integración puede significar inserción en la sociedad de acogida, con respeto de sus especificidades culturales. Esta es la doble estrategia que se encuentra en la definición de integración. La asimilación defiende la naturalización como vía de integración, mientras que la inserción social se sitúa dentro de un concepto más general: el principio pluralista del artículo 1.1 de la Constitución Española, y su concreción en el artículo 9.2 CE, orientan las diferentes formas de integración que se pueden establecer en una determinada política de inmigración (55).

Entendemos por integración aquel proceso guiado por el objetivo de la equiparación en el reconocimiento jurídico, en la ciudadanía, lo que no supone la clonación, sino el reconocimiento de la igualdad en la diferencia. Al contrario, el modelo de asimilación condiciona el reconocimiento de los derechos a un proceso de mimetización respecto a la mayoría, lo que conduce al sacrificio indiscriminado de esas diferencias (56).

El derecho de voto se constituiría aquí como un aspecto más de la política de integración de los Estados, de la que formaría parte, además de los derechos políticos, el trabajo, la educación, la vivienda, la libre circulación, etc. (57).

(54) D. BREILLAT: «Les droits politiques des étrangers en France» en la obra general *La condition juridique de l'étranger. hier et aujourd'hui*, Actes du Colloque de Nimègue, 1988, págs. 90 y 91.

(55) La tesis del doble significado del concepto de integración de los extranjeros se extrae de: R. BENDIT, P. GRAF: «Ausländische Kinder und Jugendliche in der Jugendhilfe zwischen Integration und Marginalisierung», *DJI*, Munich, 1989, pág. 13; XAVIER BOUGAREL: «Allemagne. Assimilation ou préservation des spécificités», en *Inmigrés en Europe. Politiques locales d'intégration. Notes et études documentaires*, núm. 4952, 1992-7, págs. 50 y 51. De la misma forma para F. DUBET, la integración debe ser distinguida de los procesos de asimilación, es decir, de la transformación cultural impuesta por una política de identificación nacional, «Trois processus migratoires», *Revue Française des Affaires Sociales*, Paris, 1989, núm. 3, págs. 7 a 27. De igual manera COLEMAN señala que mientras la integración supone ayudar al inmigrante a tomar parte en la vida social y económica de la sociedad receptora, con los mismos obstáculos institucionales o de cualquier otro tipo, la asimilación supone la absorción completa del inmigrante por parte de la sociedad receptora, como condicionante previo a cualquier proceso de participación; D. COLEMAN: «Los indicadores demográficos de la integración» en la obra colectiva dirigida por G. TAPINOS: *Inmigración e integración en Europa*. Itinera, 1993, págs. 40 a 42.

(56) JAVIER DE LUCAS: *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Ed. Temas de hoy, 1994, pág. 127.

(57) En España, las líneas de las políticas de integración de los inmigrantes se encuentran en la proposición no de ley presentada por el Grupo Socialista al Congreso y aprobada por éste el 9 de abril

La integración requiere, en efecto, formas de participación en la vida cotidiana. Un informe sobre políticas de inmigración, elaborado por expertos a petición de las Comunidades Europeas, establece que la existencia de medios de expresión y de escucha es un paso obligado hacia una integración plena o completa. El derecho de voto se contempla como complemento, y no como medida sustitutiva de otras vías, a través del cual los inmigrantes pueden plantear sus deseos y problemas particulares a quienes tienen la competencia para adoptar decisiones que afectan a sus vidas cotidianas. De este modo, el extranjero se convierte en ciudadano del Estado de acogida, integrándose en su sociedad preservando sus especificidades culturales (58).

Por contra, la argumentación cambia al establecerse el derecho de voto como medida para obligar a los extranjeros a interesarse por las formas de vida nacional. Esto supondría la institucionalización de las diferencias entre los nacionales, que serían ciudadanos de primera, y los extranjeros, que serían ciudadanos inferiores, lo que conllevaría la introducción de una discriminación más en el derecho interno y la acentuación de las diferencias. Pero el argumento así planteado falsearía su objetivo, pues lo que se pretende es ofrecer al extranjero la posibilidad de su integración en una nueva sociedad, no la imposición u obligación de que lo haga. La libertad del extranjero para decidir debe ser el primer paso de su integración. El derecho de voto debe ser contemplado desde el ejercicio de la libertad como una posibilidad abierta, como un derecho y no como un deber y, sobre todo y de manera especial, como un elemento de superación del Estado nacional. El Estado constitucional y pluralista debe ser un Estado abierto y respetuoso con todas las opciones, pero en ningún caso ser inquisidor de su propia cultura. El Estado, sin dejar de ser nacional, pasa a ser un Estado nacional integrador (59).

Ofrecer al extranjero la posibilidad de hacerse oír supone influir en las decisiones gubernamentales y contribuye a la garantía de los derechos fundamentales. En posición contraria a ello, Hoffman, al hablar del caso concreto del Estado alemán, parte de la base de que los problemas de la población alemana se reducen a temas

de 1991 (DOCG, 22 de marzo de 1991), cuyo punto sexto instaba al Gobierno a desarrollar un amplio programa de acciones de promoción e integración social de los inmigrantes. En esta línea el Consejo de Ministros aprobó el 2 de diciembre de 1994 el Plan para la integración social de los inmigrantes, en la que se traza un programa de actuación para los próximos años consistentes en medidas de carácter normativo, y entre las que destacan, entre otras, el apartado 1.b), que propone la *participación de los extranjeros, en su caso, en las elecciones municipales sobre la base de la reciprocidad*.

(58) En el citado informe se considera que la integración tiene como meta la eliminación de los obstáculos legales, para lo que se considera necesario permitir a los inmigrantes el derecho de acceso a funciones públicas con el objeto de sentirse socialmente lo más próximo, *Políticas de inmigración e integración social de los inmigrantes en la Comunidad Europea*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 28 de septiembre de 1990, SEC (90) 1813.

(59) Como escribe el profesor Loschak, los extranjeros no tienen voz porque están en una situación de inferioridad, y ellos están en una situación de inferioridad porque no tienen voz. *Vid. D. LOSCHAK: ob. cit., pág. 627.*

específicos que en nada conciernen a la sociedad extranjera. Los extranjeros no tendrían, según esta concepción, ningún interés en una participación política para los asuntos concernientes a la población en general, sino más bien en favorecer los intereses de sus propios países (60). Además, el derecho de voto no puede resolver los problemas particulares de los extranjeros, pues ellos representarían una minoría numérica y dividirían el destino de las otras minorías extranjeras, que verían ignorados sus problemas, en las decisiones que afectan a los asuntos generales de la sociedad (61).

Otros autores, a los que me sumo, sostienen que los problemas de los inmigrantes extranjeros son, por regla general, problemas de la sociedad que los acoge, y no pueden ser resueltos más que por la integración de los extranjeros en los procesos de decisión de esta sociedad. En este sentido, coincido con Böhning en que si la integración supone el respeto de la tradición cultural, a la vez que se les facilita el acceso a estructuras sociales, económicas e institucionales de la sociedad de acogida, lo lógico es que se allane el camino para que los extranjeros con cierto grado de adaptación puedan participar en el proceso político y en la adopción de las decisiones que les afectan (62).

C) *Las nuevas formulaciones teórico-constitucionales: La renovación y nueva concepción de la ciudadanía*

Frente a la tradición general, salvo excepciones aisladas, de negación de derechos políticos a los ciudadanos extranjeros, conviene acudir a los nuevos deseos de apertura política derivados de la construcción de la Comunidad Europea, a los cambios continuos en los regímenes de los países del bloque del Este, así como de las nuevas concepciones doctrinales en la materia. Todo ello encaminado, hacia los albores del siglo XXI, a la superación del Estado nacional y del vínculo teórico entre nacionalidad y ciudadanía. Por ello, conviene preguntarse cuál es la base jurídico-constitucional que permite la participación de los extranjeros en las decisiones de carácter político. Aunque para algunos la respuesta sólo puede articularse a nivel político, la cuestión de la licitud jurídico-constitucional, que es la que analizaremos, juega un papel importante en el mismo.

(60) Esta es la opinión que en la doctrina alemana siguen; K. LAMERS: ob. cit., págs. 39 y 40; K. DOEHRING: ob. cit., págs. 116 y 117; A. BLEKMAN: ob. cit., pág. 438; F. RULAND: ob. cit., pág. 11.

(61) L. HOFFMAN. Citado por XAVIER BOUGAREL: «Allemagne. Assimilation ou préservation des spécificités», ob. cit., pág. 48. El propio Estado sería un escenario de confrontación y de rivalidad entre los extranjeros de diferentes países, U. KARPEN: ob. cit., pág. 1017; H. QUARITSCH: ob. cit., pág. 13; A. BLEKMAN: ob. cit., pág. 438.

(62) W. R. BÖHNING: «La integración y las corrientes migratorias en Europa Occidental», *Revista Internacional del Trabajo*, volumen 111, 1992, núm. 1, pág. 33.

1. *Los argumentos de tipo menor*

a) El principio de «no taxation without representation»

El argumento se basa en un viejo principio de base democrática representativa, y viene a decir que si se admite que los extranjeros deban pagar impuestos en un Estado distinto al suyo, hay que admitir también la posibilidad de su participación en la adopción de decisiones políticas de ese Estado. Nadie debe verse obligado a pagar impuestos sin su consentimiento o el de sus representantes, y como los extranjeros no tienen representantes por no tener capacidad para ello, podrían negarse a contribuir con sus impuestos. Ahora bien, expuesto así, este argumento se revela inadmisibles por dos razones básicas:

En primer lugar, porque se desconoce el auténtico sentido histórico de su formulación. El impuesto recae sobre todo miembro de la sociedad que tenga derecho a la protección del Estado, y es obvio que los extranjeros se benefician de la protección del Estado con el mismo título que los demás miembros de la población.

En segundo lugar, la soberanía que reside en la ciudadanía no se puede vincular únicamente al hecho de contribuir con los impuestos a la financiación del Estado. Así, los derechos políticos recaerían sólo sobre las grandes fortunas, lo que iría contra el principio de igualdad, del que se deriva que el derecho de voto es universal, sin posibilidad de discriminar por razón económica o social. Aplicado sólo a los extranjeros (dejando al margen los nacionales), el principio produciría también discriminaciones entre los propios extranjeros y quizás la adopción de decisiones discrecionales sobre qué fortunas extranjeras en territorio español pueden votar en las elecciones (63). El fundamento es de tipo clasista, y por ello es calificado como un argumento político de tipo menor (64).

b) El respeto por el derecho del hombre a ser elector

El argumento parte de la constatación de que algunos extranjeros quedan privados de todo derecho de voto porque en su país de origen se priva a los expatriados del derecho de voto. El argumento puede obedecer a dos motivos. El primero, porque en su país de origen no existen derechos de participación política como consecuencia de definirse tales Estados como autoritarios o no democráticos. En segundo lugar, y bajo la existencia de determinados Estados democráticos, no se contempla la posibilidad de votar desde otro Estado ajeno al suyo por representación o por correspondencia. No se reconoce en ningún caso derecho de voto cuando el individuo vive fuera de su país. En este sentido, si el derecho de voto sería un derecho democrático

(63) De la misma opinión parte PAUL ORIOL: *Les immigrés devant les urns*. Ed. CIEMI, 1992, págs. 174 y 175.

(64) Para más profundización sobre el tema, véase D. BREILLAT: ob. cit., pág. 88.

elemental y universal, debería ser excluida cualquier discriminación entre nacionales y extranjeros. En algunos países, como Francia y España, garantizan a sus nacionales expatriados el derecho de voto por representación o por correspondencia (65). En Italia y Grecia, los nacionales expatriados conservan su derecho de voto, pero deben regresar a su país para votar en el lugar correspondiente. En los otros países europeos los individuos pierden su derecho de voto municipal cuando residen en el extranjero (66). Visto ello así, el argumento puede ser contrarrestado ofreciendo a los expatriados la posibilidad de realizar su derecho de voto mediante correspondencia, por vía diplomática o por representación. La ausencia de derechos políticos en sus países de origen en tales supuestos impide, en todo caso, una prolongación de sus derechos en otro Estado, así como de cualquier otro derecho. Los derechos políticos escapan en todo caso del campo de aplicación del Derecho internacional, y sólo en la medida en que los Estados lo permitan, la concesión de los mismos derivará de la sola y exclusiva competencia de los derechos de los Estados (67).

Situación distinta se produce en relación a aquellos países de corte autoritario que prohíben a sus súbditos el ejercicio de las libertades democráticas, obligando por ello a ser acogidos en otros países mediante el asilo político. Como ha puesto de manifiesto algún sector doctrinal a propósito de la aplicación del derecho de asilo en Italia, el acogimiento y concesión del derecho de asilo no debe suponer solamente el reconocimiento y respeto de los derechos de la personalidad en el país de acogida, sino también la posibilidad de ejercitar las libertades democráticas que de otra manera no podría ejercer (68).

(65) En el estudio comparativo de PAUL ORIOL, éste es también el caso de las legislaciones electorales de Australia, Finlandia, Noruega, Nueva Zelanda y Portugal, ob. cit., págs. 111 a 135.

(66) Este es el caso de las legislaciones de los países de Bélgica, Holanda, Alemania, Reino Unido, Dinamarca y Luxemburgo; PAUL ORIOL: ob. cit., págs. 111 a 135.

(67) Ver en este sentido el significado jurídico de la Soberanía del Estado en el Derecho internacional que de la misma ofrece J. A. CARRILLO SALCEDO: *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Ed. Tecnos, 2.ª ed., 1976, págs. 90 y ss.

(68) La argumentación es puesta de manifiesto por PIRANIO, que considera que las libertades democráticas a que se refieren los ordenamientos democráticos como consecuencia del reconocimiento de los extranjeros de su condición de asilado político no son otros que los derechos políticos, que deberían de reconocerse al menos a los extranjeros que pertenecen a un país autoritario. De otra manera no se entendería en qué consiste esta acogida derivada del derecho de asilo, pues no tratándose en la mayoría de los casos de la petición de asilo de gente perseguida, el asilo no puede valer para garantizar los bienes primarios, como la vida o la libertad personal, que no son puestos en discusión. Vid. ANDREA PIRANIO: «Appunto sulla condizione giurídica degli stranieri nell'ordinamento italiano», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1984, págs. 998 a 1002. De la misma opinión, CASSESE señala que basta que un extranjero no goce efectivamente de las libertades democráticas en su Estado para que Italia les abra la puerta para poder disfrutar de ellos en nuestro país. Las libertades democráticas constituyen para el citado autor un bien indispensable e insuprimible para toda persona humana donde quiera que aquélla se encuentre. Vid. A. CASSESE: «Il diritto de asilo territorial degli stranieri», in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, 1975, págs. 531 y 532. De forma similar se pronuncia la doctrina francesa, como GAUDEMET, señalando que la objeción del derecho de voto de los extranjeros parece inspirada para el caso particular de lo refugiados políticos; Y. GAUDEMET: ob. cit., pág. 26; FRANÇOIS LAFERRIERE JULIEN: «Quelques

2. *La nueva formulación constitucional del concepto de pueblo en la doctrina alemana*

Los que abogan por el derecho de sufragio de los extranjeros a nivel municipal incluyen también a éstos en el concepto jurídico-constitucional de «pueblo». En la doctrina alemana se ha formado una corriente minoritaria que piensa que la propia Constitución, debidamente interpretada, admite la participación de los extranjeros en las elecciones municipales. Sus argumentos pueden clasificarse y resumirse del siguiente modo:

a) «Pueblo» como concepto jurídico indeterminado

El contenido del concepto pueblo no está definido en la Constitución o, en todo caso, no lo está en una forma que excluya de la participación política a determinados grupos de la población. En el artículo 20, apartado 2, de la Ley Fundamental, así como en el artículo 28, apartado 1, párrafo 2, solamente se habla de «pueblo» y no de «pueblo alemán». Ni la Ley Fundamental ni las Constituciones de los Estados Federados en cuestión contienen tampoco una limitación expresa a los alemanes de los derechos atribuidos al «pueblo», pese a que en algunos artículos constitucionales concretos se limita expresamente a los alemanes la titularidad de determinados derechos fundamentales (69).

Para algunos autores, esta argumentación está apoyada en el propio artículo 116 de la Ley Fundamental, al contemplar una categoría de *status*-alemanes que carecen de la nacionalidad alemana, permitiendo la participación política de alemanes residentes sin poseer tal nacionalidad, sino otra distinta (70).

aspects du Statut de réfugiés en France», *Droit social*, núm. especial, mai, 1976, pág. 931. Ver también las consideraciones que sobre las actividades políticas realiza el profesor López Garrido en la condición de *status* de refugiado. Vid. D. LÓPEZ GARRIDO: *El derecho de asilo*. Ed. Trotta, 1991, págs. 112 y 113.

(69) HELMUT RITTSTIEG: *Walrecht für Ausländer*. Königstein, 1981, págs. 59 y ss.; HANS MEYER: «Wahlgrundsätze und Wahlverfahren», en J. ISENSE und P. KIRSCHOF: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, 1987, pág. 272; MANFRED ZULLEG: «Grundrechte für Ausländer: Bewährungsprobe des Verfassungsrechts», *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 89, 1974, págs. 347 y 348; BRUN-OTTO BRYDE: «Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie», núm. 44, *Juristenzeitung*, núm. 44, 1989, pág. 258; FRANK GÖTZ: «Ausländerwahlrecht und Rechtsstellung der Kommune», *Kritische Justiz*, núm. 23, 1990, págs. 298 y 299.

(70) H. RITSTIEG: ob. cit., pág. 53; M. ZULLEG: ob. cit., pág. 155; H. MEYER: ob. cit., pág. 272. Si bien, esta inclusión, como vimos más arriba, se trata de una excepción que obedece a contingencias históricas; KAY HAIBRONNER: ob. cit., pág. 73, y también en M. BIRKENHEIER: ob. cit., pág. 73; H. QUARITSCH: ob. cit., pág. 9.

b) Extensión del concepto de pueblo a los extranjeros como postulado jurídico-constitucional

Del mandato constitucional elecciones generales, del principio de la democracia, así como del principio del Estado social, se extrae la exigencia de una extensión del concepto tradicional de pueblo. Según el artículo 28, apartado 1, párrafo 2, y el artículo 38, apartado 1, párrafo 1, de la Ley fundamental, para todas las elecciones rige, en primera línea, el principio de generalidad. La Constitución debe interpretarse a la luz de dicho principio. Para ello hay que atribuir especial importancia al principio constitucional de la democracia. La necesidad de adoptar decisiones para las que no puede pedirse la conformidad a cada uno de los afectados conlleva una enajenación que se palia a través de la codeterminación en forma de participación en las elecciones. Es decir, los afectados por las decisiones han de tener en principio la facultad de cooperar en la elección de los que adoptaron tal medida. Según el argumento democrático, los extranjeros serían víctimas de una discriminación política contraria a la idea misma de la democracia (71). Del mismo modo, los extranjeros serían puros sujetos del Estado: de un lado, están obligados a obedecer las leyes del Estado de acceso, mientras que, por otro lado, no son ciudadanos del Estado, dicho de otra manera, ellos no gozan de contrapartida alguna, exigido por la idea democrática (72). Por consiguiente, ellos serían víctimas de un estatuto asimétrico, sujetos sin ser ciudadanos, o ciudadanos de segunda clase. La integración política del extranjero

(71) Sobre el argumento democrático en favor del derecho de voto de los extranjeros, ver igualmente O. BEAUD: ob. cit., págs. 413 y 414. De la misma opinión es también E. BALIBAR: *Les frontières de la démocratie*, Paris, Ed. Decouverte, 1992, págs. 32 y ss. y 42 y ss. y Paul Oriol, para quien el principio democrático debe ser culminado por la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros. No se puede hablar de democracia cuando un porcentaje de personas jurídicamente capaces están excluidas de toda participación en las decisiones del Estado, ob. cit., págs. 163 y 164. Para el propio Tribunal Constitucional Alemán se trata de un argumento extremadamente fuerte en favor del derecho de sufragio de los extranjeros, estimándolo parcialmente legítimo. De forma textual señala:

«Desde esta concepción se perfila visiblemente el concepto según el cual la idea democrática instituye una coincidencia entre los titulares de los derechos políticos democráticos y los sujetos permanentes de una dominación estatal dada. Esto es exacto como premisa, pero no puede sin embargo conducir a disolver el vínculo entre la cualidad de alemán y la pertenencia al pueblo político como titular de la soberanía», BVerfGE 83, 1990, cit., pág. 38.

(72) El consentimiento a la ley reposa sobre la participación en su elaboración. Este es el fundamento mismo del principio democrático. Todo hombre debe ser ciudadano; PAUL ORIOL: ob. cit., pág. 164. En el mismo sentido se expresa Kelsen al establecer que también el extranjero pertenece al pueblo estatal desde el momento que está sometido al orden jurídico estatal. El pueblo de un Estado no se compone únicamente de ciudadanos; éstos constituyen tan sólo un grupo de hombres investidos de facultades jurídicas particulares y de deberes especiales. El hombre forma parte del pueblo del Estado solamente en tanto que está sometido al dominio estatal, en todo que su conducta constituye el contenido del orden jurídico; H. KELSEN: ob. cit., pág. 210. De igual manera, Ardant rechaza la unión necesaria entre nación y Estado, en la que no hay un vínculo necesario entre Estado y nación, sino entre Estado y población, pues el Estado no se limita a sus nacionales, sino también a los extranjeros que viven en sus fronteras. Vid. P. ARDANT: *Manual Institutions politiques et Droit Constitutionnel*. LGDJ, 1989, Paris, págs. 19 y 20.

pasa por tener la posibilidad de participar en la voluntad decisoria como via de legitimación del principio democrático. De esta manera, el principio democrático permanece como un derecho de autodeterminación del individuo y no del colectivo o de la comunidad política (73) que incluye a la población residente con independencia de su nacionalidad (74). El principio democrático se configura como un concepto de contenido amplio que garantiza, aunque sólo sea en los niveles inferiores de la organización territorial del Estado, a los dominados o extranjeros una participación en el poder dominador.

No obstante y por contra, se establece por quienes mantienen un concepto distinto que el principio de democracia no exige una identidad dominio y dominado, pues la simple afectación de una dominación estatal no es una característica a incluir en el principio de la democracia, sino que sólo es relevante en relación con la protección jurídica (75). Las garantías resultantes amparan en esencia también a los extranjeros. El sometimiento de los extranjeros residentes a las leyes aquí vigentes está, de este modo, relacionado con la protección jurídica; de aquí no se desprende, sin embargo, un correlación más amplia en el sentido de permitir su participación en las elecciones (76). Por otro lado, un Estado dominante, señala Schmitt, perdería su sustancia mediante el reconocimiento consecuente de la igualdad general humana en el terreno de la vida política y del derecho público. La igualdad democrática es, en esencia, homogeneidad y, por cierto, homogeneidad del pueblo. Si democracia ha de ser una forma política hay sólo democracia del pueblo, y no democracia de la humanidad (77).

En la perspectiva de otros argumentos, los partidarios en la doctrina alemana del sufragio político de los extranjeros en Alemania, consideran clave la transformación del Estado alemán en un país de inmigración. Los extranjeros ocupan en la sociedad

(73) En el derecho americano, NEUMAN, recordando distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo, se establece que la exclusión de los extranjeros del proceso de participación política no es una deficiencia del sistema democrático, sino una consecuencia de la identificación entre democracia y comunidad política. *Vid. G. NEUMAN: ob. cit., pág. 311. En apoyo también de configurar la democracia como un proceso de autodeterminación del colectivo y no individual, BÖKENFÖRDE argumenta que la inclusión de intrusos en el propio colectivo podría ser decisivo en algunos casos, de las decisiones del colectivo; E. W. BOKENFORDE: ob. cit., págs. 904, 905 y 911, igualmente J. ISENSEE: ob. cit., pág. 93. Según SCHMITT: las minorías nacionales no pueden tener derechos políticos frente a la nación dominante porque entonces se suprimiría el principio de nacionalidad del colectivo y el principio democrático mismo, ob. cit., pág. 228.*

(74) H. RITTSTIEG: ob. cit., pág. 60; B. O. BRYDE: ob. cit., pág. 258; M. ZULEEG, en dos trabajos, en el primero citado, págs. 347 y 348 y en *Schriftliche Stellungnahme für die Anhörung vor dem Ausschuss für Kommunalpolitik des Landtags Nordrhein-Westfalen*, 1987, pág. 2; FRANK GOTZ: ob. cit., págs. 298 y 299.

(75) El correlato de la sujeción de los extranjeros a la ley del Estado es la protección jurídica de la ley, no la participación política. En tal sentido se expresa la doctrina alemana por medio de H. J. PAPIER: ob. cit., págs. 312 y 313; U. KARPEN: ob. cit., pág. 1014.

(76) J. ISENSEE: ob. cit., pág. 5.

(77) C. SCHMITT: ob. cit., págs. 229 y 230.

una posición de vulnerabilidad, siendo dependientes de las políticas públicas de empleo, vivienda, educación, etc. Sin derechos políticos, los residentes extranjeros tendrían un menor poder para asegurar la atención del gobierno de sus necesidades. De esta manera, la interpretación amplia del principio democrático se reforzaría por el principio de Estado social, que impone al Estado constitucional su intervención en la sociedad como corrector de las desigualdades sociales (78).

c) Aplicación de estos postulados a la evolución concreta de la población

Por «pueblo» ha de entenderse la comunidad de vida y de destino en el suelo alemán, y su núcleo central lo constituyen los alemanes, pero también es susceptible de ampliación en sus márgenes. Pues bien, tal ampliación ha tenido lugar. En efecto, al admitirse el establecimiento permanente de trabajadores inmigrantes y de sus familias, con la consiguiente evolución de la estructura de la población, se ha producido materialmente tal cambio, ya que el destino de los extranjeros residentes muchos años en Alemania se determina en gran medida por el poder de soberanía alemana (79). Ante esta evolución, ha perdido evidencia la nacionalidad en cuanto requisito de pertenencia a la comunidad. No obstante, la extensión del concepto de pueblo no abarca a todos los extranjeros, sino sólo a aquellos que ya viven muchos años en Alemania, ya que éstos se ven afectados por la necesaria constancia por las decisiones estatales (80). Por lo demás, es ya conocida la objeción contradictoria a

(78) Zuleeg considera que el mandato de Estado Social prohíbe una división de la sociedad que haga que, según la nacionalidad, quede cerrado el acceso a la participación política. Sobre la influencia del Sozialstaatsprinzip en los derechos políticos de los extranjeros, ver ampliamente; M. ZULEEG: «Die Vereinbarkeit des Kommunalwahlrechts für Ausländer mit dem deutschen Verfassungsrecht» in *Ausländerrecht und Ausländerpolitik in Europa*, 1987, págs. 160 y ss. Rittstieg argumenta que el derecho de sufragio de los extranjeros facilita una mejor integración en la sociedad, ampliando el interés del gobierno en las necesidades sociales de los residentes extranjeros, como educación, vivienda y otros servicios sociales; M. RITTSTIEG: ob. cit., págs. 20 y 21. Para Breer, en cambio, la cláusula del Estado Social tampoco sirve para la legitimación jurídico-constitucional del derecho de sufragio de los extranjeros. Dicha cláusula constituye una meta para el poder del Estado y, como tal, no puede repercutir en la estructura del pueblo del Estado legitimador del poder estatal. El derecho de sufragio no es un instrumento socio-político, sino un derecho democrático de pertenencia al colectivo, D. BREER: ob. cit., págs. 56 y ss.

(79) La evolución de la población en Alemania constata que más del 7 por 100 de la población son residentes extranjeros de larga permanencia, lo que supone en cifras numéricas más de 4,5 millones de personas en 1990, multiplicándose por dos y tres veces este porcentaje en las grandes ciudades como Berlín, 14 por 100; Hamburgo, 10 por 100; Munich, 16,6 por 100; Frankfurt, 24,5 por 100; Stuttgart, 18,7 por 100. Sobre tales datos, ver el estudio sociológico de la situación de los extranjeros en Alemania de HANNS VENSKE: «Notizen zur Situation der Ausländer in der DDR», *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 1990, págs. 125 y 126.

(80) En base a todo ello, señala Kelsen, la experiencia del moderno desarrollo constitucional demuestra que los derechos políticos no son inherentes a la nacionalidad. Vid. H. KELSEN: *Esencia y valor de la democracia*, Ed. Guadarrama, Barcelona, 1977, pág. 34.

este argumento: la adecuada integración de éstos puede conseguirse con adecuadas normas de nacionalización (81).

3. *La oposición entre elecciones locales y elecciones nacionales según el carácter político o administrativo de la misma: El excursus teórico de la doctrina francesa*

La distinción tiene más trascendencia de lo que parece a primera vista, pues mientras que las elecciones administrativas son sólo la garantía de una gestión burocrática, las elecciones políticas son fruto o expresan la voluntad de los poderes del Estado, al designar no ya a los administradores de la nación, sino a los representantes políticos del país. Por esta razón, los juristas califican desde hace tiempo las elecciones locales como elecciones meramente administrativas, reservando para las elecciones nacionales el término elecciones políticas. De esta oposición se extrae el principio de que al no constituir ninguna fuente de la soberanía del Estado, por no existir elemento político alguno en el ámbito local, los extranjeros podrán participar en la gestión de sus municipios de forma efectiva y sin que ello suponga considerarlos como parte del pueblo representante de la soberanía nacional (82).

Esta idea parece quedar obsoleta en la ciencia política moderna y en la doctrina francesa que concibe, sin contraposición alguna, las elecciones municipales como unas auténticas elecciones políticas cada vez más marcadas (83).

(81) C. STARK: «Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee», en J. ISENSEE und P. KIECHHOF: *Handbuches Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, II, Heidelberg, 1987, pág. 25; J. ISENSEE: ob. cit., pág. 96; F. RULAND: ob. cit. Algunos argumentan para ello una mayor generosidad en las políticas de naturalización, M. BIRKENHEIER: ob. cit., pág. 96; E. W. BOKENFORDE: ob. cit., pág. 905. Otros, en cambio, señalan una política restrictiva de los canales de naturalización, A. BLEKMAN: ob. cit., pág. 438, y H. QUARITSCH: ob. cit., pág. 4.

(82) Tal como pone de manifiesto C. Schmitt, las elecciones locales dejan de tener interés porque no afectan a la unidad política como un todo, ob. cit., pág. 235. De igual manera, el profesor RIGAUX, basándose igualmente en el antiguo apartado 2 del artículo 5 de la Constitución belga, observa que la naturalización ordinaria era suficiente para las elecciones municipales, lo cual demostraba, según él, que el derecho de voto y elegibilidad en las elecciones municipales no eran derechos políticos; F. RIGAUX: *Droit International privé*, tome II, Bruselas, Ed. Larcier, 1979, pág. 112. En la doctrina española, esta posición es mantenida por Marín López, quien considera la autonomía de las corporaciones locales con funciones puramente administrativas y no políticas, gozando de autonomía para la gestión de sus intereses, sin que ello suponga una participación en los poderes soberanos; A. MARÍN LÓPEZ: «La Unión Europea y el derecho de sufragio de los extranjeros comunitarios», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 19, 1994, pág. 18.

(83) Las elecciones locales revisten incontestablemente un carácter de elección política que va más allá de la designación de los responsables de la gestión municipal. La misma concepción se mantiene en ALBERT MALIBAU: «Les institutions locales et les relations centre périphérie», in *Traité de Science Politique*, Ed. PUF., 1985, tome II, págs. 573; Y. GAUDEMET: ob. cit., pág. 6; P. ORIOL: ob. cit., pág. 206. Para Delperec, el municipio no es un mero cuerpo administrativo, sino un verdadero poder político;

El Consejo Constitucional Francés tuvo la oportunidad de manifestarse en este sentido en una decisión de 1982 (84), reagrupando como elecciones políticas tanto las elecciones nacionales como las locales.

El hecho de calificar la elección de consejeros municipales como elección política trae de nuevo la discusión de la soberanía nacional, y con ello la posibilidad o imposibilidad de hacer partícipe de esa soberanía a los extranjeros. Esta parece ser también la impresión que se deriva de nuestra Constitución, al establecerse en su artículo 140 de la CE que el gobierno y la administración es función de los Ayuntamientos integrados por alcaldes y concejales. Es decir, no sólo hay una función administrativa, sino una función política o de gobierno sobre la base de la representación (85).

4. *La descentralización del poder del Estado: La distinción necesaria entre soberanía nacional estatal y poderes del Estado*

Para Hauriou, el desarrollo de la soberanía pasa por su descentralización, pues si las democracias se descentralizan es para hacer más eficaz la acción del cuerpo electoral. El movimiento de la descentralización se presenta como una recuperación de la soberanía nacional. Por ello, en opinión de dicho autor, las elecciones locales son las únicas en las que el cuerpo electoral toma verdaderamente conciencia de su poder, de sus intereses en el juego político. Hacen falta elecciones locales para que el cuerpo electoral tome conciencia de su soberanía (86). Hauriou viene a concluir que, para la plena realización del poder de sufragio como expresión de la soberanía nacional, la mejor vía es la descentralización comunal. Es por consiguiente a nivel local donde se manifiestan más claramente las relaciones psicosociológicas del cuerpo electoral y del personal político. Más que una unidad social de elecciones políticas (elección nacional, elección local) hay una unidad jurídica. Pero dando por

F. DELPEREE: «Les étrangers et les élections en Belgique», *Administration Publique*, 1978-79, págs. 36 y ss.

(84) Conseil Constitutionnel, Decision núm. 82-146 DC du 18 de novembre 1982.

«La cualidad del ciudadano abre el derecho de voto y elegibilidad en condiciones idénticas a todos los que no son excluidos por una razón de edad, incapacidad o nacionalidad...; ello es aplicado a todo sufragio político, en especial para la elección de consejeros municipales».

Ver también el comentario de la misma en J. BOLOUIS: ob. cit., págs. 74 y ss.

(85) En contra de esta interpretación en la doctrina española, A. MARÍN LÓPEZ: ob. cit., pág. 18.

(86) El movimiento de descentralización se afirma, pues, como una nueva posesión por la soberanía nacional. La justificación de que se ha revestido y de que se reviste aún la descentralización es que es una escuela de libertad, y que las elecciones locales son un aprendizaje en que los electores se adiestran para las elecciones políticas. En la realidad de las cosas, las elecciones locales son las únicas que entienden realmente los electores, las únicas en que éstos se dan cuenta de la plenitud de su poder, las únicas en que se interesan en el juego político, las únicas también en que tienen alguna competencia para emitir una opinión sobre los asuntos. *Vid.* M. HAURIOU: *Principios de derecho público y constitucional*. 1927, págs. 273 a 278.

sentado que las elecciones locales muestran su componente político, lo que se pone en cuestión es la segunda conclusión a la que llega Hauriou (87). Es decir, para nosotros las elecciones locales no son la expresión de la soberanía nacional, como sí lo es por el contrario la elección nacional. Sólo mediante la elección nacional quedan designados los representantes del pueblo legitimadores del poder estatal.

Como establece nuestro artículo 66.1 de la CE, «las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y por el Senado». Por tanto, la sede representativa del pueblo español reside en las Cortes, institución que representa la soberanía nacional. Elecciones nacionales y locales presentan, en efecto, la similitud de ser elecciones políticas, si bien su finalidad es distinta. La soberanía es única e indivisible, y como tal sólo puede residir en el Parlamento. No existe una soberanía fragmentada donde se pueda ejercer el poder de forma dividida. Todas las elecciones no son de la misma naturaleza e intensidad política, pues mientras las elecciones nacionales tienen por objeto elegir los representantes del pueblo, de la soberanía nacional, las elecciones autonómicas y locales tienen como objetivo gobernar y administrar dentro de sus competencias sus respectivos territorios, pero no se establece, como pone de manifiesto el artículo 140 de la Constitución Española, que los elegidos en las elecciones locales representen al pueblo español, o que como consecuencia de estas elecciones sus representantes ejerzan un poder soberano del Estado. Esta es, quizás, la principal reivindicación en algunas Comunidades Autónomas, como la catalana y la vasca, cuyos sectores políticos más extremos reclaman el poder soberano que no tienen. La elección autonómica o local es una elección política, pero no soberana (88). El cuerpo electoral no es un cuerpo homogéneo cuya finalidad sea siempre la misma en todo tipo de proceso electoral (89).

(87) La tesis de Hauriou gira en torno a la afirmación de que es en los entes locales donde se localiza esencialmente la soberanía nacional, ya que tanto en el gobierno local como en las circunscripciones, que sirven de base para las elecciones generales, se desarrollan en el mismo sentido y lugar, pues todo ello conspira en favor de la localización de la soberanía nacional. *Vid.* M. HAURIOU: ob. cit., 273.

(88) Igualmente esta contraposición entre elección local y elección nacional se realiza en la doctrina alemana con una significación bien distinta. Mientras que la elección nacional se caracteriza como legitimación originaria de la autoridad del Estado, la legitimación en la elección local es derivada y no originaria, de tal manera que el concepto de «pueblo» a nivel local difiere en su significado al «pueblo» a nivel nacional. Esto permitiría, según Bryde, confirmar la inclusión de los extranjeros en el electorado local, BRUN-OTTO BRYDE: ob. cit., págs. 260 y 261, también M. ZULEEG: ob. cit., pág. 175, WOLFRANG ROTTERS, «Art. 28», en INGO VON MÜNCH: *Grundgesetz-Kommentar*. 1983, 2.ª ed., pág. 207.

(89) En la doctrina española, Álvarez Conde, aceptando los planteamientos del cuerpo electoral como órgano del Estado, plantea otras cuestiones en torno a esa naturaleza, en la que destaca las distintas funciones que ejerce el cuerpo electoral desde el ordenamiento jurídico, dejando de ser algo homogéneo, pues no parece ser la misma posición del cuerpo electoral en unas elecciones generales que en un referéndum consultivo. El cuerpo electoral no es único para todo tipo de procesos electorales, cabiendo la posibilidad de hablar de fraccionamiento del cuerpo electoral. *Vid.* E. ALVAREZ CONDE: *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, 1992, pág. 345.

Esta cuestión esencial es la que ha llevado tanto al Consejo Constitucional francés, como al Tribunal Constitucional español, el plantearse cuál es la naturaleza del cuerpo electoral en los entes locales, con el objeto de modificar las respectivas constituciones para hacer posible la ratificación del artículo 8.B del Tratado de la Unión, aunque con un razonamiento bien distinto. Por un lado, el Consejo Constitucional francés ha considerado que el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales afecta a la soberanía nacional, aunque de forma refleja, de tal manera que al ser el Senado elegido por un colegio formado, entre otros, por los delegados de los Ayuntamientos, no hay duda de que las elecciones municipales contribuyen por mediación del sufragio indirecto a la determinación de la soberanía nacional (90).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional español también abordó la cuestión de la conexión entre soberanía y derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, tras la cual el TC llega a la misma conclusión que el Consejo Constitucional francés de desvincular a los órganos de gobierno municipal el ejercicio de la soberanía (91). Pero nuestro TC va más lejos una vez que establece cuáles son las

(90) Tal como señala el Conseil Constitutionnel en su Decisión 92-308 DC du 9 avril 1992 (J. O. de 11 de abril de 1992, pág. 5354), relativo al tratado sobre la Unión Europea, se establece que al tener la designación de los concejales municipales una incidencia sobre la elección de senadores, el Senado, en su calidad de Asamblea Parlamentaria, participa en el ejercicio de la soberanía nacional. En base a ello la doctrina francesa, al comentar la sentencia, señala cuál es la diferencia entre elecciones nacionales y elecciones locales. De esta manera, FAVOREU comenta por ejemplo que: «l'octroi aux citoyens de l'Union du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales n'est contraire à l'alinéa 4 de l'article 3 que parce que les élections municipales sont en connexion avec les élections sénatoriales», es decir, la concesión del derecho de voto a los ciudadanos comunitarios no es contrario al artículo 3.4, esto es, a la soberanía nacional, excepto cuando dichas elecciones municipales estén en conexión con las elecciones para el Senado. Para L. FAVOREU, dicha jurisprudencia constituye un inflexión e interpretación discutible al pretender dividir un mismo cuerpo político en base a la distinción entre elecciones nacionales y elecciones locales. Vid. L. FAVOREU: «Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au traité sur l'Union européenne», *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 11, 1992, págs. 395 a 398. Véase en este sentido también; F. LUCHAIRE: «Le Conseil Constitutionnel et la souveraineté nationale», *Revue de Droit Public et Science Politique*, núm. 6, 1991, pág. 1509; J. P. JACQUÉ: «Comentaire de la décision du Conseil Constitutionnel n.92-308 DC du 9 avril 1992», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 2, 1992, págs. 257 a 259.

(91) Según el TC, «tampoco la proclamación inscrita en el artículo 1.2 de la CE queda contradicha, ni afecta siquiera, por el reconocimiento del sufragio pasivo en las elecciones municipales, a un determinado círculo o categoría de extranjeros», Declaración del TC de 1 de julio de 1992, a instancias del Gobierno, sobre incompatibilidad entre el artículo 8.B) del Tratado y el apartado 2 del artículo 13 de la Constitución publicado en el *BOE* de 24 de julio de 1992 o también *BJC*, núm. 135, julio de 1992. La declaración ha sido objeto de los siguientes comentarios: E. ALONSO GARCÍA: «Maastricht y la reforma de la Constitución española», *Cuadernos de Información Económica*, núm. 63, 1992, págs. 87 y ss.; A. MANGAS MARTÍN: «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución: una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1992, págs. 381 y ss, PABLO PÉREZ TREMPES, en «El estudio sobre el ordenamiento comunitario y el estatal: Las condiciones constitucionales al proceso de ratificación del Tratado de Maastricht en el derecho comparado», *Boletín de Legislación Extranjera*, núm. 147/148, 1994, págs. 22 a 24.

condiciones esenciales para que el derecho de sufragio quede vinculado al artículo 1.2 y, en consecuencia, excluir del mismo a los extranjeros. Afirma el TC que la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en elecciones a órganos representativos sólo podría ser convertida, a la luz de aquel enunciado constitucional, si tales órganos fueran de aquellos que ostenten potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligados a la titularidad por el pueblo español de la soberanía (92). Es decir, con un razonamiento bastante similar al Consejo Constitucional francés, cabe interpretar que sólo en las elecciones generales podría verse afectado el principio de soberanía nacional consagrado en el artículo 1.2 de la CE. El reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones autonómicas sólo afecta a la soberanía nacional del artículo 1.2 de forma incidental o refleja. En efecto, de acuerdo con la configuración española del Senado, la composición de esta cámara alta viene determinada en parte por los diputados de las Cortes de las distintas Comunidades Autónomas, siguiendo el mandato constitucional del artículo 69.5, por el cual se establece que las Comunidades Autónomas designarán además un senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. Por consiguiente, en tanto en cuanto los extranjeros puedan ser diputados regionales, podrían estar afectando la composición de un órgano como el Senado, que participa del ejercicio de la soberanía nacional a tenor de lo estipulado en el artículo 66.1 en conexión con el artículo 1.2 CE. No obstante, este razonamiento puede ser salvado, sin que afecte a la titularidad de pueblo español de la soberanía, como así ocurrió con la introducción en la Constitución francesa del nuevo artículo 88.3, reconociéndose en el artículo 13.2 de la CE el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones autonómicas a los extranjeros, excluyendo a los no nacionales de participar tanto en las elecciones de senadores como candidatos a senador susceptible de ser presentado por los grupos parlamentarios. La evidencia de nuestra tesis, interpretada a la luz de la declaración del TC, es entender que el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo tanto en las elecciones municipales como autonómicas, con las objeciones y condiciones estipuladas previamente, no afecta directamente a la titularidad del pueblo español de la soberanía del artículo 1.2 de la CE. Por ello, consideramos admisible una reforma constitucional que reconozca la capacidad electoral de los extranjeros en el artículo 13.2 en las elecciones autonómicas, prohibiéndoles participar tanto en las elecciones de senadores como en la designación de electores, sin que en ningún caso afecte al artículo 1.2 CE, pues los representantes *strictu sensu* de las Comunidades Autónomas no están ligados a la titularidad por el pueblo español de la soberanía (93).

(92) Declaración del Tribunal Constitucional, cit., F.J.3.c).

(93) En posición contraria a la nuestra, P. PÉREZ TREMPES, en su comentario e interpretación de la DTC de 1992, sostiene que tanto en el derecho de sufragio activo como pasivo para elecciones generales o autonómicas podría verse afectado el principio de soberanía nacional consagrado en el artículo 1.2 de la CE. *Constitución Española y Comunidad Europea*, Ed. Civitas, 1994, págs. 105 y 106, también MARIN

Ninguna Comunidad Autónoma y ningún ente local o provincial es titular del poder supremo del Estado, es decir, de la soberanía (94).

En el mismo sentido indicado aquí, el Consejo Constitucional francés, en su decisión de 29 y 30 de diciembre de 1976, establece que no toda elección por sufragio universal crea una soberanía (95). Como escriben los autores franceses Favoreu y Philip:

«No es exacto afirmar que todo sufragio universal es expresión de la voluntad nacional. El sufragio universal directo no está exclusivamente reservado a la expresión de la soberanía nacional» (96).

En consecuencia, sólo las elecciones desarrolladas a nivel nacional para designar los representantes de la nación o aquella elección fruto de la voz popular, como es el caso del referéndum a nivel nacional, representan al pueblo español, según el artículo 66.1 CE y expresan la soberanía nacional que el artículo 1.2 reconoce al pueblo español. Ni las elecciones tendentes a componer los órganos de las colectividades locales y territoriales, ni las elecciones europeas, son un medio de expresión de la soberanía nacional, aunque las mismas tengan en común ser elecciones políticas (97).

LÓPEZ considera que las Comunidades Autónomas, al disponer de autonomía política, participan de los poderes soberanos del Estado, A. MARIN LÓPEZ: ob. cit., pág. 18.

(94) Tal como pone de manifiesto Alvarez Conde en relación con las Comunidades Autónomas, las mismas no participan en la suprema dirección del Estado. El texto constitucional contempla diversas formas de participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad estatal, pero se trata de modalidades que no implican un auténtico poder decisorio. Vid. E. ALVAREZ CONDE: ob. cit., págs. 370 a 372. De igual manera, Solozábal Echavarría considera la autonomía en modo alguno identificable con la disposición de un poder soberano porque la atribución de la soberanía se hace en nuestra Constitución al pueblo español. Ni siquiera la vocación política del concepto de nacionalidades del artículo 1.2 CE supone decisión soberana alguna sobre la propia forma política, como desenlace irreversible de la conciencia política de la nacionalidad. Vid. J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «El Estado autonómico como Estado nacional», *Sistema*, núm. 116, 1993, págs. 78 a 80. Sobre el significado, naturaleza y contenido del concepto de autonomía en el sistema jurídico español, ver ampliamente SANTIAGO MUÑOZ MACHADO: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, 1982, págs. 167 a 182, y ELISEO AJA: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Ed. Tecnos, 1985, págs. 80 a 85.

(95) Decisión del Conseil Constitutionnel 76-71 DC du 29 y 30 de diciembre de 1976. R.p.15. Para que el voto sea expresión de la soberanía nacional hace falta según el Conseil: «... qu'il remplisse une condition particulière s'inscrire dans le cadre des institutions de la République, c'est-à-dire, pouvoir être imputé aux institutions reconnues par la Nation pour exprimer sa volonté»; véase también R. KOVAR y D. SIMON: «A propos de la décision du Conseil Constitutionnel française de 30 de diciembre de 1976 relative de l'Assemblée parlementaire européenne au suffrage universel direct», *Revue trimestrielle de Droit Européen*, núm. 1, 1977, págs. 66 y ss.; J. BOULOUIS: «Conseil Constitutionnel, decisión du 30 de diciembre 1976», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 1, 1977, págs. 458 y ss.

(96) L. FAVOREU et L. PHILIP, ob. cit., pág. 382.

(97) Ello tiene su apoyo en la siguiente doctrina: J. M. AUBY: *La théorie du pouvoir de sufraga en droit constitutionnel français*. 1989, pág. 115; P. ORIOL: ob. cit., pág. 171; E. PEUCHOT: ob. cit., pág. 519; BRUN-OTTO BRYDE: ob. cit., pág. 260.

Nos interesa señalar que esta es una idea clave en nuestra tesis, pues con ello intentamos demostrar que los extranjeros, en base a este argumento, deben poder participar en todas las elecciones que no sean expresión de la soberanía nacional del Estado. Ello permite salvar las objeciones de quienes defienden la no participación política de los extranjeros, basándose para ello en que no pertenecen a la soberanía estatal, que es nacional, pues el argumento, en efecto, no impide que el extranjero participe en la elección de los poderes descentralizados del Estado (98), dado que esta participación no supone afectación alguna a la soberanía nacional (99).

(98) Sin embargo, tal y como ha señalado algún sector doctrinal, los extranjeros deberían participar también en las elecciones nacionales, pues la política de inmigración no se decide en los Estados a nivel municipal, sino a nivel nacional. En este sentido, PAUL ORIOL: ob. cit., págs. 171 y 172. En la actualidad sólo Nueva Zelanda reconoce el derecho de voto a los extranjeros para todas las elecciones, así según la *Electoral Act de 1956*, modificada en 1975, todos los extranjeros autorizados a residir pueden votar en todo tipo de elecciones después de un año de residencia; por contra, sólo son elegibles los nacionales néo-zelandais y los ciudadanos de la Commonwealth. Igualmente en Suecia, en 1980, en un referéndum organizado sobre la política nuclear permitieron también la participación de los extranjeros. Los sondeos realizados en los Países Bajos parecen indicar también que la población es mayoritariamente favorable a esta medida. En este país, además, el derecho de voto y elegibilidad se concede desde 1975 para los extranjeros mayores de dieciocho años con un periodo de residencia de al menos tres años tanto en las elecciones comunales como en las regionales. De igual manera, Suiza, en el Canton de Jura desde su creación por ley de 26 de octubre de 1978, ha atribuido el estatuto de elector tanto en materia comunal como cantonal a los extranjeros establecidos desde hace diez años sobre el territorio, salvo en materia de revisión constitucional, constituyendo el 4 por 100 del electorado en la actualidad. Sobre un análisis de derecho comparado en toda su extensión sobre la materia, ver PAUL ORIOL: ob. cit., págs. 110 a 136; CATHERINE WITHOL DE WENDEN: «Los países europeos ante la inmigración», *Debats*, núm. 28, 1989, págs. 111 a 113, N. GUIMEZANES: «Les politiques d'immigration en Europe», *Problèmes politiques et sociaux*, núm. 673, 1992, págs. 53 a 60.

(99) P. Oriol señala textualmente lo siguiente: «le élection locales, municipales, cantonales, regionales ne constituent pas une expression de la souveraineté nationales», ob. cit., pág. 149; tal como señala el mismo autor en un análisis de derechos comparados, el reconocimiento de los derechos políticos a nivel supramunicipal sólo se reconoce a cualquier extranjero en la condición de elector con una duración de residencia de al menos un año a Nueva Zelanda y en el cantón suizo de Jura a cualquier extranjero establecido desde hace diez años sobre el territorio, salvo en materia de revisión constitucional, ob. cit., pág. 136. E. Peuchot, cuando habla de la participación de los extranjeros en las elecciones locales, no sólo se refiere a las municipales, sino también a las cantonales y regionales, ob. cit., pág. 519. En Bélgica, el prestigioso profesor Rigaux, cuando interpreta la noción de «derechos políticos» utilizada en el artículo 4.2, que dice así: «La presente Constitución y demás leyes en materia de derechos políticos determinará cuáles, además de esta condición (la cualidad de belga) son las condiciones necesarias para el ejercicio de estos derechos», no cobra su significado entero sino cuando se le pone en relación con otros preceptos constitucionales. Para demostrar que los derechos políticos de que habla el artículo 4 de la Constitución belga se refieren a los derechos vinculados al ejercicio de la soberanía nacional que no incluyen la participación en las colectividades públicas descentralizadas, el profesor RIGAUX observa que el legislador constituyente juzgó necesario recordar la condición de la nacionalidad para gozar de la cualidad de elector o de la elegibilidad para las elecciones legislativas, F. RIGAUX: *Droit international privé*, tomo II, Bruselas, Ed. Larcier, págs. 112 y 113, no obstante esta doctrina no tuvo su acogida en los Dictámenes del Consejo de Estado de los días 7 de julio y 4 de agosto de 1988. Doc. Chambre, anexos 1991, núm. 481/1, págs. 83 y 84, y más recientemente el Dictamen del Consejo de Estado de 6 de mayo de 1992, Doc. Chambre, 1991-1992, núm. 482/1, pág. 71, cuando el Consejo de Estado fue requerido a

La conclusión última que se deriva de ello es la de la configuración del cuerpo electoral como un órgano del Estado carente de homogeneidad alguna, cuyas funciones las determina el ordenamiento jurídico, cabiendo la posibilidad de hablar de fraccionamiento del cuerpo electoral.

pronunciarse sobre el anteproyecto de ley de aprobación del Tratado sobre la Unión Europea, preconizando una revisión del artículo 4 previamente a la aprobación del Tratado de Maastricht, debido a la introducción del artículo 8.B). Un comentario breve sobre este último dictamen en relación a esta cuestión se encuentra en F. DELPÉRÉE: «La Belgique et l'europe», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 12, 1992, pág. 645. Este mismo autor ya sostuvo con anterioridad la exclusión de los extranjeros según la Constitución belga del ejercicio de los derechos electorales en las diversas instituciones políticas, tanto en lo que se refiere a las elecciones legislativas como en lo que atañe a las elecciones locales o regionales, F. DELPÉRÉE: «Les étrangers et les élections en Belgique», ob. cit., págs. 36 y ss. En Alemania, en relación con los parlamentos de los Länder, CHRISTIAN AUTEXIER: «Le traité de Maastricht et l'ordre constitutionnel allemand», *Revue Française du droit constitutionnel*, núm. 12, 1992, pág. 638, señala que una tal apertura podría atentar contra la identidad nuclear o esencial de la ley fundamental,. En una posición contraria se encuentran en la doctrina alemana BRUN-OTTO BRYDE: ob. cit., págs. 260 y 261, también M. ZULEEG: ob. cit., pág. 175, y WOLFRANG ROTTERS: ob. cit., pág. 207.