

ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA: *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, 414 páginas.

M.<sup>a</sup> ISABEL ABELLÁN MATESANZ (\*)

## I

Tras el derecho de sufragio se esconde el problema de la participación política como valor en sí mismo (Habermas) y la consiguiente necesidad de que ese valor sea promovido por los poderes públicos a fin de alcanzar su extensión a todos los estratos y capas de la población, como materialización del principio de soberanía popular. La noción de soberanía popular y principio democrático son, por un lado, algunos de los pilares en que se sustenta el moderno Estado democrático liberal, pero son también, por otro, cuestiones polémicas desde el momento en que la escueta formulación liberal se ha visto desbordada por multitud de problemas que se plantean hoy, problemas que exigen una pronta solución para hacer realidad práctica lo que los teóricos proclaman. Así lo hace notar Aguiar de Luque en el prólogo al espléndido estudio de Enrique Arnaldo Alcubilla sobre *El derecho de sufragio de los emigrantes*, cuestión ésta en la que convergen los tres principios citados, y cuyo interés se justifica por las implicaciones teóricas, jurídicas y prácticas que conlleva.

El derecho de sufragio de los emigrantes se encuentra expresamente reconocido en el artículo 68.5 de la Constitución. Es también un derecho fundamental con base en el artículo 23 del propio texto constitucional, con lo que ello supone en orden a su régimen jurídico y a las garantías para su plena realización. Pero, además, no hay que olvidar que el artículo 42 de la Norma Fundamental encomienda a los

---

(\*) Letrada de las Cortes Generales.

poderes públicos «velar por la salvaguardia de los derechos de los trabajadores españoles y extranjeros», en el marco del mandato general de los poderes públicos contenido en el artículo 9.2.

Sin perder de vista esta perspectiva constitucional del derecho de sufragio de los emigrantes, se adentra E. Analdo Alcubilla, en su libro, en la cuestión más concreta de la articulación técnica del haz de facultades para que el derecho pueda ser ejercido; cuestión nada sencilla.

## II

El libro consta de tres partes. Está adecuadamente estructurado. En una primera parte se formula el planteamiento general de la cuestión, para pasar, tras el estudio del Derecho comparado en la segunda parte, a abordar el Derecho español al final de la obra.

El planteamiento de que parte el tratadista para adentrarse en el tema es impecable por su acierto, y no puede obviarse un breve comentario del mismo.

Recordando a Jellinek, son tres los elementos esenciales de un Estado, constitutivos del mismo, y sin los cuales éste no podría tener realidad: el territorio, el pueblo y el poder político. Conforme a esta clásica formulación, repetida sin variación desde Jellinek por tantos tratadistas, y ya convertida en dogma de la teoría política, el Estado se fundamenta en una colectividad humana que, por derecho propio, se asienta sobre un territorio, y a la que se imputa el ejercicio de la soberanía. Si no es posible que el Estado exista sin que exista el pueblo es porque históricamente el Estado se define como poder político por relación al pueblo, que emerge siempre del pueblo y que se ejerce siempre directa o indirectamente sobre el pueblo, con el fin de hacer del sujeto dador de la soberanía el sujeto legitimador del Estado.

Como comunidad política, el pueblo se identifica, por tanto, con un conjunto de personas que está sujeto a las leyes del Estado y tiene un lazo permanente de unión con el poder político: la ciudadanía (o condición jurídica de pertenencia a un Estado, por éste atribuida a las personas que reúnen los requisitos establecidos por su Ordenamiento).

Frente a la concepción elitista de la ciudadanía en la antigüedad grecorromana, levemente matizada en el mundo medieval y en el Estado

moderno, el constitucionalismo proclamó al pueblo como totalidad y unidad de los ciudadanos y le confirió la soberanía, el poder; con la consecuencia lógica de atribuir a todos los ciudadanos la facultad de participar en la formación de la voluntad soberana, de acuerdo con la concepción rousseauiana de la «volonté générale», que Kant identificará, y que desde entonces se sigue identificando, con la voluntad de la mayoría y el respeto de las minorías. El Estado constitucional se legitima, pues, en la colectividad de los ciudadanos (voluntad colectiva), sujetos jurídicamente a la Constitución y al resto del Ordenamiento, que participan en el ejercicio del poder. Y si tras las revoluciones burguesas la ciudadanía era un concepto restringido, en cuanto que la condición de ciudadano se atribuía a los individuos en virtud de su aportación al proceso económico o se hacía depender de la posesión de una determinada capacidad intelectual, al Estado democrático constitucional le repugna esa discriminación y configura la participación —y su expresión primaria, el sufragio— como un derecho fundamental, reconociendo a «todos» los ciudadanos la capacidad para ejercer el poder público.

La que, en otras palabras, podría llamarse plena titularidad de los «derechos políticos» se sujeta únicamente a unas particulares condiciones que recoge la Constitución misma, que suponen, de algún modo, una cierta restricción del pueblo en el sentido activo, en tanto que para el concepto de pueblo en el sentido pasivo no existe restricción alguna. Estas condiciones, que Kelsen llama «límites naturales», como son la edad y la capacidad, resultan así compatibles con los principios de igualdad y universalidad, en cuya virtud se proscribe cualquier diferenciación injustificada.

Presupuesto indispensable de la ciudadanía es, por supuesto, la nacionalidad, en la medida en que aquélla es consecuencia de ésta. Dicho de otro modo, la nacionalidad es la condición jurídica del estatuto de la ciudadanía, que funda, de un lado, deberes iguales, y de otro, derechos por los que el ejercicio de la soberanía en la democracia adquiere su legitimación. Por tanto, la determinación de la ciudadanía de cada individuo equivale a la determinación del pueblo y, en consecuencia, también del Estado a que se vincula y en el que se integra. El Ordenamiento jurídico de cada Estado fija, interpretando el modo de ser que le da vida, los criterios de adquisición de la ciudadanía, otorgando mayor o menor laxitud a los modos de adquisición originaria por *ius sanguinis* o por *ius soli*, así como las formas derivadas para quienes originariamente eran ciudadanos de otro Estado.

Ahora bien, la residencia fuera del territorio del Estado —insiste E. Arnaldo Alcubilla— no priva al ciudadano de éste de su condición de tal, y, en consecuencia, no le acarrea la pérdida de su derecho al voto, en cuanto conserve su nacionalidad. Incluso más, en el Estado de residencia los extranjeros, no sólo no tienen garantizado el derecho político por excelencia, el derecho de sufragio activo y pasivo, sino que son, de modo taxativo, excluidos de los mismos, sin perjuicio de las vías abiertas, muy limitadas todavía, respecto de las elecciones locales y europeas, que facultan una integración parcial.

### III

¿Cómo se articula, pues, técnicamente, el haz de facultades que corresponde al derecho de sufragio para que pueda ser ejercido por personas que residen fuera del territorio del Estado del que son nacionales? ¿Qué ocurre con el derecho de sufragio de los emigrantes? Al detenido examen de estas cuestiones dedica su tesis E. Arnaldo Alcubilla.

Después de las consideraciones generales expuestas, estudia el autor lo que llama él «la base fáctica», esto es, los movimientos migratorios, cuya importancia cualitativa y cuantitativa no deja de crecer, y que en el filo del siglo XX se presentan como uno de los mayores desafíos, visto el agravamiento del desequilibrio entre el norte y el sur, entre el este y el oeste, y conocidas las abismales diferencias económicas entre unas y otras sociedades. Pues bien, los problemas que el hecho migratorio origina para el ejercicio del derecho de sufragio, problemas que no sólo derivan del hecho físico de la ausencia, sino también de otros de naturaleza político-jurídica, no son pocos. Si a la luz del principio de soberanía popular resulta incuestionable la titularidad de los emigrantes del derecho político primario, los poderes públicos han de actuar decididamente removiendo cuantos obstáculos impidan la participación electoral de quienes residen en el extranjero en los procesos del Estado en que son ciudadanos.

Varios son los problemas, a juicio de Arnaldo, en relación a la articulación técnica del derecho de sufragio de los emigrantes, problemas aparentemente técnicos, pero de gran relevancia en orden a garantizar la universalidad del sufragio del conjunto del pueblo detentador de la soberanía:

- Inscripción en el censo electoral, cuya perfección y veracidad son inexcusables para las elecciones libres. Su imperfección o falseamiento implica la exclusión del derecho de sufragio de quienes tienen derecho a ello, alterando, en definitiva, el resultado electoral. O se opta por el sistema de circunscripciones especiales para los emigrantes en el marco general de circunscripciones territoriales, o se acude a la ficción de mantener formalmente su adscripción al municipio de última residencia. Sólo así se solventan las dificultades prácticas que se plantean en este punto. Por otro lado, se exceptiona el sistema ordinario de inscripción *ex officio*, que es hoy prácticamente universal, aplicándose respecto a este grupo de electores el sistema de inscripción a instancia del interesado.
- El tipo de voto o modo de expresión material del sufragio. En aras de asegurar la libertad y el secreto del voto, la personación del elector ante el órgano encargado de la recepción de los sufragios se considera como la forma más adecuada en cuanto que permite la identificación directa e inmediata del elector, la entrega personal de la papeleta y la observancia de las demás condiciones formales y materiales que rodean al acto de votación. Las dificultades del voto mediante personación ante la Mesa electoral para quienes se encuentran fuera del país se comprenden a primera vista. La votación en Embajadas o Consulados se presenta como el sistema alternativo que mejor asegura la reproducción de condiciones casi idénticas a las del voto emitido en el propio país. La votación en el propio país con reintegro de los gastos de desplazamiento, el voto por procurador o el voto por correspondencia son otras modalidades de emisión del voto de los emigrantes en torno a las cuales, sin embargo, se ha originado un amplio debate centrado en la necesidad de establecer precauciones para evitar fraudes.
- La información de las opciones políticas concurrentes. La dificultad práctica de mayor alcance para articular la participación electoral de los residentes en el exterior viene determinada por la imposibilidad de desarrollar la campaña electoral en territorio extranjero con las mismas características que en el interior del país, y ello por distintas causas: porque las fuerzas políticas no cuentan con un aparato organizado en el extranjero con medios suficientes para hacer llegar al electorado sus pro-

puestas; porque es imposible la mimética reproducción de los medios de expresión de la campaña, ya se trate de medios audiovisuales, ya de otras formas de reproducción; y porque el ejercicio de actividad política por los extranjeros está habitualmente sujeto a restricciones por razones de orden público. Por ello resulta imprescindible contar con la colaboración o el consenso del Estado territorial en orden a la garantía de la capacidad de actuación de las entidades políticas y a la libertad de reunión y propaganda política, así como también resulta necesario adecuar los términos de la campaña electoral reglada a las peculiaridades que se derivan de su desenvolvimiento en otro Estado.

Con las reflexiones que el autor hace en torno a estos temas se cierra la primera parte de la obra, o parte general, pasando E. Amaldo de las reflexiones en abstracto al plano del Derecho positivo. En la segunda parte del libro se hace un estudio de cómo los problemas planteados —la participación electoral de los residentes en el extranjero y su imprescindible solución en orden a sancionar el principio de universalidad del sufragio— se solventan en los países de nuestro entorno, para centrarse ya el tratadista, en la última parte del libro, en nuestro Derecho, histórico y actual.

#### IV

Quizá sean los capítulos dedicados al Derecho comparado lo más interesante de la obra que nos ocupa, habida cuenta, por un lado, de la escasez de estudios serios en este ámbito, y la dificultad de realizarlos, y por otro, del necesario conocimiento de los sistemas extranjeros para valorar en su justa medida el nuestro.

Sistematizando los tipos que muestran los Ordenamientos extranjeros, distingue el autor dos modelos básicos: sistemas que reconocen el derecho de sufragio a los nacionales residentes en el extranjero y sistemas que no reconocen el derecho de los emigrantes a participar en los comicios del país del que, por razones económicas, profesionales o de otra naturaleza, salieron para fijar su residencia, temporalmente o no, en otro.

Dentro del primer grupo se encuentra una amplia relación de países, si bien con modos de articulación del ejercicio del derecho nota-

blemente heterogéneos, según cuáles sean las circunstancias del país. Son cuatro las alternativas articuladas:

1. Votación personal en el país del que son nacionales con reintegro de los gastos de desplazamiento. Es el caso de Italia en las elecciones internas. Sin derecho al reintegro también cabe el voto personal en aquellos países que no reconocen otra modalidad específica, siempre que el elector figure inscrito en el censo electoral.

2. Votación en las misiones diplomáticas o consulares del país en el que residen: Dinamarca e Italia (elecciones al Parlamento europeo), Francia (elecciones presidenciales, al Parlamento europeo y procesos refrendatarios), Finlandia y Suecia (elecciones legislativas y procesos refrendatarios), Colombia, Brasil, Perú y Argentina (elecciones presidenciales) y Federación rusa (elecciones presidenciales y legislativas).

3. Votación por procuración: Francia (elecciones legislativas), Bélgica y Reino Unido (también en las legislativas, si bien limitado a los *service voters*).

4. Votación por correspondencia: Bélgica, Luxemburgo y Holanda (elecciones al Parlamento europeo), Portugal (elecciones legislativas, en el marco de circunscripciones personales), Dinamarca y Alemania (elecciones legislativas, si bien limitado a los empleados públicos en el extranjero), además de otros muchos países, como Suiza, USA, Australia, Nueva Zelanda o la República Surafricana.

El tipo de elección en relación al cual se reconoce el derecho de sufragio de los residentes fuera de las fronteras, el ámbito de admisión a la participación electoral de los emigrantes, y el procedimiento de inscripción en las listas de electores ordinarios o *ad hoc*, son criterios complementarios que han de sumarse al elegido (tipo de voto) a la hora de clasificar los sistemas de reconocimiento.

Los sistemas de no reconocimiento, que excluyen del cuerpo electoral a los nacionales que han abandonado su residencia en el Estado, presentan dos modelos según la consideración que se otorga a la pérdida de la residencia: bien si comporta al tiempo la pérdida de titularidad del derecho de sufragio (Austria, Islandia, Grecia, Irlanda o Chipre), bien si implica sólo la suspensión del ejercicio de dicho derecho, dejando intacta la titularidad (Noruega).

## V

Después del cuidadoso examen de los sistemas comparados E. Arnaldo se centra en el estudio de la regulación que fue y es del derecho de sufragio de los emigrantes en nuestro ordenamiento. Espléndida también esta última parte, la nuclear y la más extensa de la obra, que por algo lleva el título de *Derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*.

La historia electoral española, afirma E. Arnaldo desde una perspectiva crítica, es, y así debe reconocerse, la historia de un fracaso. Desde la Instrucción de Diputados a Cortes de 1 de enero de 1810 a la Ley electoral de 27 de julio de 1933, se sucede una casi inacabable relación de leyes electorales que, con mayor o menor acierto, intentan sujetar a la razón jurídica los también sucesivos procesos electorales. No sólo los mecanismos que se diseñaron para garantizar la sinceridad y pureza de las elecciones y su carácter competitivo fueron notablemente imperfectos, sino que además, fueron bastardeados sistemáticamente por los órganos encargados de su aplicación. Pero si es necesario reconocer el fracaso de la «sinceridad electoral», siempre invocada y nunca seguida, no lo es menos conocer la configuración, en lo que al tema interesa, de los requisitos del derecho de sufragio activo, vinculado, entre otras condiciones, a la vecindad municipal en el ordenamiento electoral entre 1810 y 1936. De suerte que en España (al igual que en otros países europeos de importante tradición emigratoria hasta la Segunda Guerra Mundial), se había negado la posibilidad de reconocer derechos políticos, y en particular, el derecho de sufragio de los nacionales residentes de modo estable en el extranjero. Lo cual no resulta extraño, explica el autor, si se piensa que la preocupación recurrente de nuestra historia constitucional y electoral decimonónica se centraba, obviamente, en la extensión de la capacidad electoral, en la mayor o menor ampliación del electorado activo, sujeto a cambios y oscilaciones continuas en los dos últimos siglos, y en la exactitud de la representación política. Por otro lado, en el marco histórico del sufragio restringido quedaba, lógicamente, relativizado el hipotético planteamiento de la participación electoral de los no residentes en el territorio, porque la mayor parte los mismos contaba con residencia en los dominios españoles de ultramar y, en consecuencia, eran titulares del derecho de sufragio como presentes por más que esa titularidad se convirtiera, de hecho, en formal. Y no hay, en fin, que olvidar que las propias dificultades or-



ganizativas y administrativas de articulación del derecho de voto de los emigrantes eran incompatibles con la débil estructura del Estado decimonónico.

Por todos estos motivos, desde la que puede ser considerada como la primera Ley electoral española, la Instrucción de Diputados a Cortes de 1 de enero de 1810, hasta las leyes electorales de la Segunda República, pasando por las dos grandes leyes de nuestra historia electoral, leyes de 1890 y 1907, el derecho de voto de los españoles residentes en el extranjero se planteó, sin más, en términos negativos. Se reconoce por primera vez entre nosotros en la Ley para la Reforma Política, de 4 de enero de 1977, si bien, admite E. Arnaldo, de un modo indirecto. Este criterio se mantiene en el Real Decreto-Ley 20/1977, y desde el 31 de diciembre de ese mismo año, el censo electoral español aparece formado por el censo ordinario de residentes en España y por el censo especial de residentes en el extranjero. Aun reconociendo el paso de gigante que fueron estas normas respecto de la legislación anterior, no deja de reseñar el autor algunos de sus inconvenientes, y especialmente, su silencio en materia de censo electoral.

La Ley electoral de 17 de julio de 1978, elaborada en un momento de tránsito de un sistema político autocrático a otro democrático, aún no definitivamente instaurado, se adecúa ya a los principios constitucionales de nuestra Norma Fundamental de 1978, que sería aprobada tan sólo unos meses más tarde. De modo que el legislador se vio así obligado a adelantarse al contenido de la Constitución, que garantizaba a todos los españoles —también a los residentes en el extranjero— el derecho de sufragio, sufragio, por tanto, universal, libre, igual, directo y secreto.

El tratadista se detiene especialmente en este punto, comentando todos y cada uno de los preceptos constitucionales que tienen alguna relación con el derecho de sufragio de los emigrantes, pasando después a estudiar, también con atención, la legislación electoral hoy vigente: Ley Orgánica de Régimen Electoral General de 19 de junio de 1985.

Las últimas cien páginas de la obra se dedican al estudio de esta norma, pieza clave de nuestra arquitectura constitucional. Critica E. Arnaldo sus deficiencias (principalmente el principio de conservación o superrigidez normativa, lo que también se ha llamado inercia

electoral), subraya sus virtudes (el sistema funciona adecuadamente) y se centra sobre todo en lo que más interesa: cómo se articula el derecho de voto de los españoles residentes en el extranjero, desde la formación del censo de residentes-ausentes, hasta los procedimientos de emisión del voto (por correspondencia), tocando otros aspectos, como la campaña electoral, el sistema de recursos, el reintegro de gastos...

Concluye el autor que la participación electoral de los residentes-ausentes, a la vista de los procedimientos diseñados por nuestra Ley Electoral plantea, a su juicio, dos problemas fundamentales: en punto a su emisión, la complejidad de procedimiento; en punto a su cómputo, la dificultad de garantizar la efectividad del voto emitido. Ni se asegura la agilidad y sencillez del procedimiento, ni tampoco la efectividad del sufragio. No basta con exigir el cumplimiento de los plazos legales o apelar a la diligencia, máxime cuando a los problemas de remisión de documentación se unen los de recepción por el destinatario en su Estado de residencia, que también ha de operar con la mayor celeridad para efectuar la remisión por correo del sobre de votación, que ha de recibirse por fin por el órgano competente para su cómputo.

Tal cúmulo de dificultades desalienta la participación, y así lo acredita empíricamente el autor con unos cuadros resumen que cierran el capítulo y que contienen los datos de los votos emitidos por los españoles inscritos en el CERA, tanto en elecciones a Cortes Generales (1982, 1986, 1989, 1993), como en elecciones locales (1983, 1987, 1991, 1995), o en elecciones al Parlamento europeo (1987, 1989, 1994). Asimismo se acredita la participación de los residentes-ausentes en las elecciones autonómicas correspondientes y en los procesos refrendatarios (referéndum de la Constitución de 1978 y referéndum sobre la incorporación de España a la OTAN en 1986).

Termina E. Arnaldo su obra con una observación atinada que no hay que perder de vista: «El absentismo electoral de los emigrantes, que no sólo se explica por causas de naturaleza técnica o estructural, sino también por factores de orden psicológico o sociodemográfico, no se corresponde con un bajo interés político, sino que ese interés no ha encontrado el cauce procedimental de expresión adecuado por las dificultades que en el mismo se articulan.»

Excelente, en resumen, el trabajo de E. Arnaldo Alcubilla, sobre un tema, hasta ahora, desatendido por la doctrina pese a su consagración constitucional.

La copiosa bibliografía de autores españoles y extranjeros que completa, como Apéndice, al libro, acredita el rigor de una obra que, sin duda, por lo exhaustivo de la misma, será punto de referencia obligado en materia electoral.