

LA PARTICIPACION DE EXTRANJEROS EN LAS ELECCIONES LOCALES EN LA R.F.A. APUNTES PARA UN DEBATE DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Jaime Nicolás Muñiz

Centro de Estudios Constitucionales

1. Durante el año 1989, el *Land* de Schleswig-Holstein y la Ciudad-Estado de Hamburgo procedieron a sendas modificaciones del régimen legislativo de las elecciones locales (municipales, para el caso del *Land*; cuasi-municipales —de barrio o sección—, para la ciudad hanseática, ella sola municipio y Estado a un mismo tiempo), en virtud de las que —en el primer caso, sobre la base fáctica de la reciprocidad; en el segundo, en general— se extendía el derecho de sufragio activo —y pasivo— a los residentes extranjeros que cumplieran determinadas condiciones, centradas básicamente en la acreditación de una residencia a largo plazo en la República Federal y en la demarcación local en cuestión.

En ambos casos se procedía así en virtud de la competencia para regular el régimen local y las elecciones de ámbito por debajo del federal que la Ley Fundamental atribuye a los *Länder*.

2. De esta manera, el legislador territorial se decidía a resolver una cuestión tan debatida doctrinal y políticamente como venía siendo en Alemania la de los derechos políticos de los extranjeros asentados prácticamente de por vida en un país que se había convertido —también de hecho, a consecuencia de las condiciones de su desarrollo económico— en un *Einwanderungsland*, en una tierra de inmigración, bien que, tal vez, muy a su pesar.

3. Por más que, ciertamente, la mayoría de la doctrina jurídico-constitucional alemana, fuertemente anclada en un pensamiento tradicionalmente nacionalista, seguía considerando indisoluble el binomio ciudadano(a) (alemana)-derechos políticos, la realidad económico-social había venido empujando a los constitucionalistas más progresistas a plantearse la conveniencia y la necesidad de extender a los numerosos

(trabajadores) extranjeros afincados en la República Federal el disfrute de ciertos derechos políticos (y, en especial, el de sufragio en los comicios locales), en razón, entre otros factores, del reconocimiento de su contribución al desarrollo de la sociedad y la economía germano-occidental. La irrupción de los ecologistas en algunos gobiernos de coalición regionales reforzó sensiblemente una tendencia que ya era marcada en el seno de la socialdemocracia alemana. Por más que la preocupación principal imperante en Alemania en cuanto a la participación política de los extranjeros en la vida local giraba en torno a su importante población obrera inmigrante, las tendencias cada vez mayores manifestadas en el seno de la Comunidad Económica Europea con respecto a sus nacionales dentro de las «fronteras» comunitarias —corolario a la vez de la «libre circulación» y del propio impulso político de la unidad europea— intensificaban aún más esta línea.

4. La iniciativa de Schleswig-Holstein y Hamburgo era posible porque, a pesar del predominio de las tendencias doctrinales de sesgo tradicional-conservador a que hemos aludido, el marco constitucional de la Ley Fundamental no parecía excluir —al menos no excluía expresamente— esa evolución, de la misma manera que tampoco la permitía abiertamente —como lo hace, por ejemplo, con sus condicionamientos, el art. 11 de la Constitución española de 1978.

El caso alemán resulta así —en cierto modo, por la vía del contraste— altamente ilustrativo para la problemática española, además de sumamente interesante desde el punto de vista doctrinal, ya que, ante la ausencia de una cláusula concreta que posibilite o cierre la vía, la discusión conecta necesariamente con los grandes conceptos de la Constitución, por una parte, y —en la medida en que todo depende de un esfuerzo hermenéutico— no se puede descartar *a priori* ninguna solución. Eso era al menos así hasta las recientes decisiones del Tribunal Constitucional Federal de 31 de octubre de 1990, que, con una argumentación muy poco innovadora, por una parte, y muy tenue, por la otra, anulaba las reformas del régimen electoral local del norte de Alemania. Veamos el cuadro constitucional previo a las decisiones del Alto Tribunal y las consecuencias de ambas sentencias, sobre todo de la referida a la ley electoral municipal del *Flächenstaat*.

5. La doctrina conservadora predominante basaba (y continúa basando) su postura de vincular estrictamente el disfrute de los derechos políticos y, en particular, el ejercicio del derecho de sufragio a la condición de alemán en una interpretación «tradicionalista» —pero no forzosamente la única posible ni, posiblemente, la más correcta— del juego conjunto de los arts. 20.II y 28.I.2 de la Ley Fundamental (principio democrático y garantía federal de la constitución política de los *Länder* y del resto de los entes territoriales), más que en la regulación constitucional (art. 116.I LF) de la condición de alemán, bien abierta a la configuración del legislador ordinario («Es alemán, en el sentido de

esta Ley Fundamental, y a reserva de cualquier otra regulación por el legislador...»).

El art. 20.II LF, inspirador de la declaración del art. 1.2 de nuestra Constitución, declara no sólo que todo el poder del Estado emana del *pueblo*, sino también que éste lo ejerce a través de las *elecciones* y otras consultas, así como por el intermedio de los órganos constituidos legislativos, ejecutivos y judiciales, vinculando, pues (al menos en la visión tradicional), el principio de *democracia* a la idea de pueblo (*Staatsvolk* como conjunto de nacionales) y a la idea de soberanía *nacional* como soberanía popular: el poder del Estado se expresa a través del pueblo (el hecho de que se trata del pueblo alemán se suele fundamentar en la apelación expresa al *Deutsches Volk* en el Preámbulo de la Ley Fundamental y a su presencia expresa o tácita en otras partes de su articulado) en todos los procesos electorales, cualquiera que sea el nivel territorial en que se celebran. Hay un solo pueblo, el pueblo alemán, que se manifiesta también parcialmente (*Teil-* [*Landes-* o *Gemeinde-*]*Volk*) en las elecciones a las asambleas representativas de *Länder*, municipios y otras entidades territoriales (como las secciones [*Bezirke*] de Hamburgo). El pueblo también es pueblo alemán en esos niveles de gobierno, lo que conlleva la exclusión de la legitimidad de la participación de no nacionales en todo tipo de elecciones, por no hablar ahora de sus «derechos políticos» en general.

Por su parte, el art. 28.I sujeta la ordenación política en el seno de los *Länder* (lo que también incluye a los municipios) a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social enunciados en el art. 20.I, con las consecuencias que conlleva, en el caso de que se acepte, la interpretación «nacionalista» antes señalada. El segundo inciso, que se interpreta, además, como una *cláusula de homogeneidad*, obliga a que las asambleas representativas de las corporaciones territoriales sin excepción deriven de unas elecciones que reciben los mismos calificativos (generales, directas, libres, iguales y secretas) que las federales.

6. Como pronto veremos, se trata de la misma articulación argumentativa que sigue en sus decisiones el Tribunal Constitucional Federal, una línea de argumentación que con anterioridad a las dos sentencias en cuestión comenzaba a tambalearse ante la contundencia de las objeciones formuladas desde sectores menos conservadores.

Esa línea más abierta disentía radicalmente de que la formulación constitucional del principio democrático tuviera necesariamente —y en todos los niveles— los tintes nacionalistas que hemos apuntado.

Para empezar se parte, con buenas razones, de la idea de que en la Ley Fundamental no hay un concepto unitario de pueblo, aludido unas veces como el titular del poder constituyente (en el Preámbulo, donde se le califica abiertamente de «alemán» —una menos que media verdad, ya que de sobra se sabe la ausencia del factor popular en la fase constituyente de la República federal), otras como poder constituido

(sujeto a la delimitación por el legislador, por lo tanto); unas veces como comunidad político-espiritual, cultural o social, otras como comunidad de vida o de destino, como la población permanente *de facto*...

Pero, además, sobre todo, se realiza una interpretación del principio democrático bien distinta, según la que la idea de democracia excluye la posibilidad de que un sector más o menos amplio de los afectados por el ejercicio del poder político en la República Federal se vea privado (caso de los extranjeros) de toda participación política —más aún en la vida municipal, donde todos los habitantes «permanentes» de la entidad territorial viven en una «comunidad de destino» innegable—. Esto se hacía revitalizando la proclama del liberalismo democrático de 1848: «*Deutscher Boden duldet keine Knechtschaft. Fremde Unfreie macht er frei*» [El suelo alemán no soporta ninguna clase de esclavitud, y da la libertad a los extranjeros que no la tienen], en expresivas palabras del romántico Jakob Grimm.

Todo ello sin perjuicio de un análisis que se podría llamar «realista» de la evolución sufrida por la República Federal desde la aprobación de la Ley Fundamental y su transformación paulatina y fáctica (ante la evidencia del carácter más que permanente de la inmigración: no sólo muchos de los inmigrantes no aspiran a otra cosa sino a continuar en la República Federal; son muchos también los extranjeros que, nacidos en Alemania en segunda y hasta tercera generación, no conocen otro país y otra cultura que la alemana) en un «país de inmigración» (y no contra la voluntad, aunque sí con el temor, de una parte de los alemanes, quienes los llamaron, bien es verdad, como «trabajadores» y a título «temporal», circunstancias ya muy mediatizadas en unos términos ante los que el propio sistema político y constitucional no puede seguir cerrando los ojos).

Estas posiciones más favorables a aceptar la conveniencia y necesidad de la participación política (electoral) de los extranjeros a nivel local no consideran que el mandato de homogeneidad entre el nivel federal y los otros planos territoriales se oponga a que los diferentes *Länder* configuren en este punto concreto los regímenes electorales locales de manera distinta, por más que confían y aspiran a que la homogeneidad se recree justamente en la generalización del régimen intentado por Hamburgo y Schleswig-Holstein —algo a lo que siguen aspirando, a pesar de la jurisprudencia constitucional.

7. En el contexto de un debate que comenzaba a decantarse progresivamente a favor de las tesis más favorables a la participación de los extranjeros en las elecciones locales (y que doctrinal y políticamente conserva toda su fuerza) y tras la consecución de los primeros frutos con las reformas legislativas del Norte alemán, se produce también una reacción que llevó hasta el propio Tribunal Constitucional Federal la cuestión de la legitimidad constitucional de esas reformas. Significativamente, los promotores de los recursos de inconstitucionalidad eran las fuerzas políticas y parlamentarias conservadoras del espectro polí-

tico alemán (224 diputados cristianos y el gobierno del Estado Libre de Baviera).

Como ya hemos reiterado, las respectivas sentencias en que el Tribunal se enfrenta con las reformas de Hamburgo y Schleswig-Holstein, que culminan en la anulación de la extensión a extranjeros —en cualquier modalidad, sobre la base de la reciprocidad o no— del derecho de sufragio en elecciones locales, se apoyan en la línea argumentativa más conservadora. Resumámosla y, después, extraigamos algunas consecuencias.

Para el Tribunal Constitucional Federal —nos referimos a la sentencia dictada en relación con la ley del *Flächenstaat* (aquí fundamento jurídico C.I.1)—, el art. 28.I.2 LF —leído en conexión con el art. 20.II en la interpretación antes referida (pueblo como sinónimo de «pueblo alemán») — obliga a interpretar que las elecciones en él previstas para la constitución de sus órganos representativos sean protagonizadas por formaciones territorialmente definidas del propio pueblo «alemán». Este pueblo del que emana el poder en la República Federal de Alemania está definido en la Ley Fundamental por el criterio de la nacionalidad alemana (I.2), conclusión a la que se llega a través de una larga, pero no fundamentada, relación de pasajes de la propia norma constitucional, sin privarse tampoco de la búsqueda de algún apoyo histórico, que se trata de encontrar en la Constitución de Weimar, aunque para ello el Tribunal Constitucional Federal haya tenido que ignorar que el auténtico sentido de la reserva del derecho de sufragio a favor de los alemanes, proclamada expresamente por primera vez en esa Constitución, apunta por completo en la dirección opuesta, menos, cuando no anti-«nacionalista». En efecto, la asociación de la condición de alemán al disfrute del derecho de sufragio no pretendía otra cosa 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, pues, la participación en la vida política de 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.

La unión indisoluble entre las funciones de soberanía y la condición de alemanes de sus solos legítimos titulares la traslada el Tribunal al electorado (*Wahlvolk*). No excluye que el legislador pueda contribuir a la configuración de lo que es el pueblo (y su faceta de electorado), pero circunscribe esa intervención al régimen legal de la nacionalidad, que encomienda con cierta generosidad al legislador constituido. Sin embargo, y ésta es una afirmación de graves consecuencias, descarta («*Ein solcher Weg ist durch das Grundgesetz versperrt*») la legitimidad constitucional de desconectar la condición de elector de la de nacional alemán:

«De acuerdo con el derecho constitucional vigente, en estas circunstancias sólo queda la posibilidad de reaccionar frente a una situación como ésta con las correspondientes normativas de nacionalidad, facilitando, por ejemplo, la adquisición de la nacionalidad alemana a aquellos extranjeros que se han establecido de modo permanente en la República Federal de Alemania, residen aquí conforme a lo establecido en la ley y se encuentran sometidos al poder estatal alemán de manera comparable a como lo están los propios alemanes» (I.3).

Por lo demás, el carácter estatal (no corporativo) 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 por debajo del Estado y la configuración general (los «principios») de las elecciones locales (II y III).

8. Es obvio que el Tribunal Constitucional Federal se está enfrentando, congruentemente con la problemática de las leyes impugnadas, con el problema de la extranjería en general, y no con el de la extranjería «comunitaria», a la que, sorprendentemente, sólo dedica una breve referencia en la que trata de no cerrar del todo —lo avanzado de ciertos proyectos en esta esfera era ya algo determinante— el camino a esos proyectos.

En efecto, el epígrafe IV del citado fundamento jurídico C, tras afirmar liminarmente que

«por todo lo anterior, al legislador regional no le es dado otorgar también a extranjeros el derecho de sufragio en relación con las asambleas representativas municipales. La Ley de Schleswig-Holstein por la que se reforma la ley electoral de municipios y distritos de 9 de febrero de 1989 es incompatible con la Constitución y, por tanto, nulo»,

afirma, como para curarse en salud, pero sin hacer ningún gran esfuerzo argumentativo, que

«de ello no se sigue que la introducción de un derecho de sufragio en favor de extranjeros, como actualmente se discute en el ámbito de las Comunidades Europeas, no pueda constituir objeto de una reforma de la constitución admisible de conformidad con el art. 79.III LF»,

intento de tranquilizar que habría requerido un poco más de razonamiento, ya que precisamente es ésta una cuestión muy debatida doctrinalmente: no está claro que después de haber recurrido al principio democrático *ex art. 20.II LF* para fundamentar la indisolubilidad

del binomio derecho de sufragio-nacionalidad alemana, estando protegido, como lo está, ese principio por la cláusula de *intangibilidad* del propio art. 79.III LF, se pueda recurrir al artificio de la distinción entre una extranjería en general y una extranjería europea o «comunitaria» para soslayar —si quiera parcial, pero en cualquier caso arbitrariamente— las implicaciones de esa *Ewigkeitsklausel*. Vale la pena señalar que éste era un obstáculo insoslayable que los sostenedores de la posición tradicional oponían a los intentos *de lege ferenda* de las posiciones más innovadoras, a las que tildaban, pues, de querer «reformar» algo perteneciente a los «principios» irreformables de la Constitución alemana. En cualquier caso, no se ha de excluir que, al menos en esta salvedad, el Tribunal tampoco convenza a esa corriente doctrinal, como tampoco está excluido que la afirmación tranquilizadora no se deba contemplar más que como un escuetísimo *obiter dicta* de oportunidad.

9. Sea como sea, la inevitabilidad de la reforma constitucional en Alemania es algo que afirma —parece que sólo para el ámbito de los proyectos comunitarios, y en esa medida, por tanto, muy endeblemente— el Tribunal Constitucional Federal. Claro está que no sólo el procedimiento de reforma de la Ley Fundamental resulta mucho más aliviado que en España: también se da la circunstancia de que existe en la República Federal una cierta «cultura» (o mera práctica) de reforma de la Constitución que hace que carezca de la gravedad (y de las implicaciones) que esa vía reviste entre nosotros.

