



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

Presno Linera, Miguel Ángel  
La titularidad del derecho de participación política  
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXV, núm. 104, mayo - agosto, 2002, pp. 517-558  
Universidad Nacional Autónoma de México  
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710406>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Miguel Ángel PRESNO LINERA\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo, el autor realiza un estudio sobre los requisitos que la legislación española considera para determinar quiénes son titulares del derecho de participación política (y, por tanto, también del derecho al voto), entendido éste como un derecho consustancial a la democracia. El autor parte de la premisa de que estos requisitos se refieren a los conceptos de la personalidad jurídica, la capacidad jurídica y nacionalidad. En este sentido, el autor afirma que el ejercicio de este derecho debe ser limitado por la falta de capacidad para la autodeterminación política y no por la imposición de una sanción penal. Por otra parte, señala que en este tema es necesario establecer la diferencia entre los conceptos de residencia, “residentes-ausentes” y vecindad administrativa. De esta forma, el autor concluye que es necesario considerar a la residencia y no a la nacionalidad como base para determinar la titularidad y ejercicio del derecho de participación política.

**Palabras clave:** participación política, derecho al voto, democracia, residencia, nacionalidad, capacidad jurídica.

**ABSTRACT:** *In this article, the author studies the requirements established by Spanish laws to determine which subjects are bearers of the right to political participation (and therefore of the right to vote), under the understanding that this kind of right is essential to democracy. The author starts from the premise that such requirements are related to the concepts of legal personality, legal capacity and nationality. In this sense, he states that the exercise of this right should be limited by the lack of capacity of political self determination, but not by the imposition of a criminal sanction. Besides, he points out that it is necessary to distinguish between concepts such as residence, “absent-residents” and administrative vicinity. In this way, the author concludes that it is important to consider residence and not nationality as the basis to determine the right to participate in politics.*

**Descriptors:** *political participation, right to vote, democracy, residence, nationality, legal capacity.*

\* Profesor titular de derecho constitucional en la Universidad de Oviedo.

SUMARIO: I. *Los titulares del derecho de participación política.* II. *La privación del ejercicio del derecho por falta de capacidad para la autodeterminación política libre (menores e incapaces) y no por “indignidad” electoral.* III. *El estatus de nacional como presupuesto de la titularidad del derecho de participación en las elecciones a Cortes y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y en las consultas de democracia directa.* IV. *La residencia, los “residentes-ausentes” y la vecindad administrativa.* V. *La participación política en la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.* VI. *Hacia una participación política basada en la residencia y no en la nacionalidad.*

## I. LOS TITULARES DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Como es sabido, el carácter democrático de un ordenamiento tiene como consecuencia más relevante que la intervención de los individuos en el ejercicio del poder no se reduce a una función legitimadora de las limitaciones impuestas por el legislador a la libertad de las personas, sino que se dirige a garantizar la participación de los destinatarios de las normas en su proceso de elaboración. Esta posibilidad de intervenir en la decisión se le reconoce a la persona como un derecho y, en consecuencia, podrán participar todos los sometidos a un determinado ordenamiento, si bien dicho sistema jurídico no realiza una abstracción total de las circunstancias personales de los individuos y requiere la concurrencia de una serie de requisitos.

Con carácter previo al análisis de la participación política como derecho, resulta oportuna una precisión general, aunque sea breve, sobre la titularidad de los derechos fundamentales y las opciones que se presentan al constituyente a la hora de establecer los principios rectores en esta materia.

En el momento de determinar en quién puede recaer la titularidad de un derecho fundamental, suelen plantearse cuatro grandes opciones: si es necesaria la personalidad para ser titular del derecho; si son titulares únicamente las personas físicas o si pueden

serlo además las jurídicas; si se exige o no la mayoría de edad; y, por último, si se reduce el ámbito de los titulares a los nacionales o si puede extenderse a los extranjeros.

Sobre la primera cuestión, debe recordarse que en el ordenamiento español, al igual que en la mayoría de los vigentes en nuestro ámbito jurídico,<sup>1</sup> el *nasciturus* no es titular de derechos fundamentales, aunque sí goza de la condición de bien constitucionalmente protegido.<sup>2</sup> Por tanto, es titular de derechos fundamentales la persona nacida, reputándose como tal, el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (artículo 30 del Código Civil, en lo sucesivo: CC).

Despejada esta primera alternativa, surge una segunda referida al reconocimiento exclusivo de los derechos a las personas físicas y a la posibilidad de extenderlo a las personas jurídicas. Con carácter general, no se puede negar a las personas jurídicas de derecho privado la titularidad de aquellos derechos fundamentales que, por su naturaleza, sean susceptibles de ser ejercitados por ellas, como, por ejemplo la inviolabilidad de domicilio<sup>3</sup> o el derecho al honor.<sup>4</sup> Dicho lo anterior, parece claro que en el caso de la participación política no nos encontramos ante un derecho fundamental cuya titularidad pueda ser reconocida a una persona jurídica privada; por ejemplo, a un partido. Sobre esta cuestión se ha pronunciado de manera contundente el Tribunal Constitucional español.<sup>5</sup>

Por lo que a las personas físicas se refiere, en principio y con carácter general, la titularidad de los derechos se reconoce en la mayoría de los casos a todas; a todos los seres humanos, sin dis-

1 Representa una excepción la Constitución de la República de Irlanda, la cual en su artículo 40.3 dispone que “El Estado reconoce del derecho a la vida del no nacido...”.

2 Véanse al respecto las sentencias del Tribunal Constitucional español (en adelante: STC) núm. 75/1984, de 27 de junio; 53/1985, de 11 de abril; y 212/1996, de 19 de diciembre.

3 STC 137/1985, de 17 de octubre, fundamento jurídico (fj.) 3o.

4 STC 139/1995, de 26 de septiembre, fj. 5o.

5 Por ejemplo, STC 5/1983, de 4 de febrero, fj. 4o.a; 53/1982, de 22 de julio, fj. 1o.; o 51/1984, de 25 de abril, fj. 2o. Puede consultarse una exposición más detallada de esta jurisprudencia en nuestro trabajo *Los partidos políticos en el sistema constitucional español. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1980-1999*, Pamplona, Aranzadi, 2000.

tinción entre mayores y menores de edad, capaces o incapaces, ni entre nacionales y extranjeros. Es lo que sucede cuando en los textos constitucionales se emplean los sujetos “todos”, las “personas”, “nadie”... o cuando se emplean términos impersonales (“se garantiza”, “se reconoce”...).

En el caso de los menores o incapaces, su falta de capacidad no les inhabilita para ser titulares de los derechos respectivos, pues no por ello dejan de ser “personas”, “todos”... lo que sucede es que el ejercicio de los derechos no siempre pueden llevarlo a cabo por sí mismos, y en ocasiones, como ocurre precisamente con el sufragio o con cualquier otro derecho “personalísimo”, no pueden ejercerlo ni siquiera con el auxilio de sus padres, tutores, etcétera,<sup>6</sup> aunque esta última posibilidad sí es admitida por un sector de la doctrina.<sup>7</sup>

Si la participación política es consustancial a la democracia, su configuración en un sistema que se pretenda democrático ha de estar presidida por la idea de que todos los que son titulares de esa participación han ser, por consiguiente, titulares del derecho de sufragio. En España, la participación en la vida política se atribuye a “todos los ciudadanos” (artículo 9.2 de la Constitución española; en lo sucesivo, CE), por lo que “todos” tendrían que ser titulares del derecho de sufragio. En ese “todos” se incluirían menores y mayores, capaces e incapaces. Que todos sean titulares del derecho no significa que todos pueden ejercer una de sus facultades, quizá la más relevante: votar, pues sólo son “electores”, sólo pueden emitir el sufragio, “los que estén en pleno uso de sus derechos políticos” (artículo 69.5, CE).

6 Sobre los derechos fundamentales de los menores y su capacidad para ejercerlos, véase dentro del libro de Bleckmann, Albert, *Staatsrecht II-Die Grundrechte* (3., um die Besonderen Grundrechtslehren erweiterte Auflage), Munich, Carl Heymanns Verlag, 1989, la parte relativa a la capacidad de obrar en materia de derechos fundamentales (“Die Grundrechtsmündigkeit”), pp. 417 y ss.

7 Resultan interesantes, en particular, a propósito del sufragio de los menores a través de sus padres, las propuestas formuladas por Löw, Konrad, “Das selbstverständnis des Grundgesetzes und wirklich allgemeine Wahlen”, *Politische Studien*, núm. 25, 1974, pp. 18 y ss. Sobre esta última cuestión, véase también, en la doctrina norteamericana, el trabajo de Bennet, Robert W., “Should Parents be Given Extra Votes on Account of their Children?: Toward a Conversational Understanding of American Democracy”, *Northwestern University Law Review*, vol. 94, núm. 2, pp. 503 y ss.

En realidad esta última declaración es redundante: la participación es un derecho político, por lo que pueden “usarlo”, ejercerlo, los que no estén privados del ejercicio de ese derecho. Pero incluso quienes no pueden votar, sí pueden ejercer parte del contenido del derecho, dado que tienen la posibilidad de llevar a cabo las acciones necesarias para garantizar en su momento la emisión del voto. Esto es lo que de manera expresa prevé la Ley Electoral cuando, a propósito de la formación y actualización del censo, dispone que “en la actualización correspondiente al primer mes del año se acompañarán además, en los términos previstos en el párrafo anterior, las altas, con la calificación de menor, de los residentes que cumplirán dieciocho años entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año siguiente” (artículo 35.2). Lo mismo ocurre con los mayores de edad que no pueden votar por incapacitación o internamiento en un hospital psiquiátrico: “los encargados del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes comunicarán a las Delegaciones Provinciales de las Oficinas del Censo Electoral, mensualmente y dentro de los plazos fijados por la Oficina del Censo Electoral, cualquier circunstancia, de orden civil o penal, que pueda afectar a la inscripción en el censo electoral, referida al mes anterior” (artículo 37).

La posibilidad de reclamar frente a las omisiones o a las inclusiones incorrectas en el censo electoral, forma parte del contenido del sufragio, aunque no es, como resulta obvio, emisión del voto. Y el ejercicio de estas acciones pueden llevarlo a cabo los que no pueden votar por ser menores o por estar temporalmente incapacitados para ejercerlo.

La concreción de los requisitos necesarios para el ejercicio del derecho es competencia exclusiva de la Ley Electoral —en adelante, LOREG— (a la que remite la Ley Orgánica reguladora de las distintas modalidades de referéndum para las consultas de esta naturaleza), donde se dispone:

“El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente. 2. Para su ejercicio es indispensable la inscripción en el censo electoral vigente” (artículo 2), además de

votar en la Mesa que a cada uno le corresponda (artículo 86.2), lo que significa que para emitir el voto es necesario ser mayor de edad y no haber sido condenado a la privación de su ejercicio por sentencia firme, ni haber sido declarado incapaz para votar por sentencia firme ni estar internado en un centro psiquiátrico por mandato judicial que declare de manera expresa la incapacidad para el voto (artículo 3o., LOREG).

En realidad, todas estas exigencias positivas (ser mayor de edad y estar inscrito en el censo) y negativas (no hallarse en ninguna de las circunstancias del artículo 3o.) que se refieren al ejercicio del voto, forman parte también, en sentido amplio, del contenido de la participación política, como ya se ha apuntado al mencionar la posibilidad de exigir la inscripción censal, planteada por menores o incapaces, como parte integrante del sufragio.

Los requisitos de la mayoría de edad y de la no concurrencia de las causas negativas, previstos en el artículo 3o. de la LOREG como límites para la emisión del voto, aunque no para el ejercicio de las acciones necesarias para la protección de la participación, vienen impuestos por dicha Ley Orgánica como concreción de los límites al sufragio.

Respecto de la última disyuntiva, a propósito de la titularidad de los derechos (su atribución a nacionales y extranjeros) volveremos más adelante.

## II. LA PRIVACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO POR FALTA DE CAPACIDAD PARA LA AUTODETERMINACIÓN POLÍTICA LIBRE (MENORES E INCAPACES) Y NO POR “INDIGNIDAD” ELECTORAL

La exigencia de una edad mínima tiene una relación directa con la configuración del sufragio como instrumento al servicio de la participación política; ésta requiere la capacidad para autodeterminarse, para intervenir en la formación de las diferentes opciones políticas y para poder pronunciarse sobre ellas, lo que únicamente puede hacerse si se cuenta con la capacidad suficiente para discernir entre unas y otras propuestas.

La persona que no es capaz de comprender el proceso comunicativo en que consiste el ejercicio del poder político en el seno de un determinado sistema social, no puede aportar comunicación alguna ni contribuir a la selección de las que cuentan con un respaldo popular relevante. Como ha declarado el Tribunal Constitucional Federal alemán con ocasión de su pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht, la confrontación de las fuerzas sociales, de sus ideas e intereses sólo se puede articular si los procedimientos de decisión en ejercicio del poder público y, por consiguiente, los fines políticos le son previsibles y comprensibles al ciudadano, y si éste, como elector, puede comunicarse en su propia lengua con el poder público al que se haya subordinado.<sup>8</sup>

La capacidad de autodeterminación política, fruto de la posibilidad de comprender las diferentes opciones y de discriminar entre ellas las que se consideran preferibles para la orientación de la sociedad, es, pues, una exigencia inherente a la participación y, por este motivo, su ausencia es un límite lógico de ese derecho, derivado de la necesidad de preservar su propia idiosincrasia, pues si la intervención política no es expresión de la libertad del individuo, no hay una participación democrática auténtica.

Por esta misma razón es incoherente y, lo que es más importante, menoscaba el carácter participativo del sufragio la privación del mismo como consecuencia de una pena accesoria a una de privación de libertad. El que cumple una condena privativa de libertad no carece de capacidad para autodeterminarse políticamente y, además, ni apelando a razones técnicas se puede justificar que los reclusos no puedan votar, pues es un problema fácilmente solucionable a través del voto por correo.

Volviendo a la cuestión de capacidad necesaria para decidir de manera libre, no se trataría de un límite en un sentido técnico preciso al no ser externo al derecho; es, más bien, un elemento de delimitación de ese derecho, y el legislador está habilitado por la Constitución (artículo 81.1) para desarrollar el derecho funda-

<sup>8</sup> *BVerfGE* 89, 155 [185]; también *BVerfGE* 5, 85 [135, 198, 205] y *BVerfGE* 69, 315 [344 y ss.]



mental en ese extremo; es decir, para concretar su alcance.<sup>9</sup> Esta tarea consiste en precisar lo que ya está en abstracto en el derecho fundamental de acuerdo con los enunciados constitucionales y eso es lo que se hace en la LOREG, que concreta lo que de manera genérica está presente en los diferentes preceptos del texto constitucional que configuran la participación, y en especial en el artículo 68.5 cuando dispone que son electores los que estén en el pleno uso de los derechos políticos.

La emisión del sufragio, como conducta realizable al amparo del derecho de participación política, se ha anudado a la mayoría de edad y a la no concurrencia de causas de incapacidad “política”, pero esta capacidad no tendría necesariamente que retrasarse hasta los dieciocho años en los que la Constitución española fija la mayoría de edad, pues se puede presuponer esa capacidad a una edad inferior. No en vano hasta en el Código Penal de 1995, la mayoría de edad en el ámbito penal —es decir, la capacidad para obrar de manera responsable como consecuencia de la posibilidad de autodeterminarse con libertad— se estableció en nuestro sistema jurídico en los dieciséis años, pues únicamente estaba exento de “responsabilidad criminal: el menor de dieciséis años” (artículo 8.2). Al mayor de dieciséis y menor de dieciocho se le aplicaba la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley (artículo 65), dado que esa franja de edad actuaba como una circunstancia atenuante.<sup>10</sup>

Según el Código Penal de 1995, “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá

9 Véanse Jiménez Campo, Javier, “El legislador de los derechos fundamentales”, *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993, p. 492; y Villaverde Menéndez, Ignacio, “Esbozo de una teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 22, 1998, pp. 44 y 45. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho que “todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos...” (STC 2/1982, de 29 de enero, fj. 5o.).

10 Véase el estudio de Ros Martín, Julián Carlos, *El menor infractor ante la ley penal*, Granada, Comares, 1993, pp. 109 y ss.

ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor” (artículo 19). No es que el menor de dieciocho años no sea responsable, sino que su actuación penal no llevará aparejada una sanción de esa naturaleza.<sup>11</sup>

En todo caso, nos parece aceptable tanto que se exijan dieciséis como dieciocho años para la emisión del voto; se tratará de elegir la opción que sea más propicia para fomentar el desarrollo de la participación política, tanto desde el punto de vista del individuo, como desde la perspectiva de la sociedad política en la que dicho individuo está integrado, y a cuya existencia contribuye, que puede considerar necesaria una edad más elevada para que las comunicaciones políticas en las que participa el individuo contribuyan a reducir la complejidad social propia del sistema.

La fijación de la edad a partir de que se reconoce la posibilidad de emitir el voto depende del “legislador electoral”, por lo que una eventual reducción de los vigentes 18 años a la edad, por ejemplo, a los 16 se podría llevar a cabo a través de una mera reforma de la Ley Electoral, que es la que en su artículo 2.1 fija la mayoría de edad electoral en la mayoría de edad general, establecida por la Constitución en los ya mencionados 18 años (artículo 12, CE).

Con la atribución de la mayoría de edad a los 18 años se establece la presunción de que por encima de esa edad todos los ciudadanos tienen la capacidad intelectual necesaria, lo que excluye la posibilidad de imponer un “sufragio capacitario” para intervenir en los asuntos públicos. Por debajo de esa edad la presunción es la contraria, aunque no tiene por qué tener un carácter *iuris et de iure ex constitutione*, por lo que el legislador electoral podría presuponer la capacidad a una edad inferior

11 A este respecto, en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se puede leer que en esta materia “se establece, inequívocamente, el límite de los catorce años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal y se diferencian, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años, la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas”.

En definitiva, la titularidad de este derecho no es privativa de los mayores de edad que no estén afectados por una causa de incapacidad de las previstas en la Ley Electoral; también los menores y los incapaces son titulares del derecho, aunque no pueden desarrollar la facultad por excelencia que confiere: emitir el voto; pero sí pueden, como ya se ha apuntado, ejercer otras facultades contenidas en el derecho, como por ejemplo la de exigir la inscripción o rectificación en el censo.

Por este motivo no es correcta la dicción del artículo 3o. de la Ley Electoral, donde se empieza afirmando que “carecen del derecho de sufragio:... los declarados incapaces..., los internados en un hospital psiquiátrico...”. No se trata de que carezcan del derecho de sufragio, sino de que no pueden votar. De hecho, en el mismo precepto se habla de las sentencias y autorizaciones judiciales que declaren “expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”; es decir, esas personas no carecen del derecho sino que no pueden ejercer el voto por falta de capacidad intelectual.

En la medida en que se alcance esa facultad de decisión, lo que en el caso del menor sucederá con el mero transcurso del tiempo, y en el del incapaz cuando, en su caso, desaparezcan las causas que lo inhabilitan, se podrá participar a través de la emisión del voto. No existe la necesidad de construir un estatus electoral del menor o del incapaz que justifique su imposibilidad de ejercer el sufragio; basta con entender que su relación política con el Estado no ha alcanzado todavía la plenitud a la que está llamada por la concurrencia de un hecho (la minoría de edad, la incapacidad) que configura el contenido de la norma jurídica reguladora del ejercicio del derecho de participación política.

Parece razonable preguntarse qué sucede mientras no se alcanza esa plenitud, lo que en los incapaces puede que no ocurra nunca. En concreto, ¿podría emitirse el voto a través de los padres o guardadores? Konrad Löw ha respondido de manera afirmativa a esta cuestión empleando los siguientes argumentos:<sup>12</sup> los menores

12 Löw, Konrad, “Das selbstverständnis...”, *cit.*, nota 7; y, con posterioridad, en “Verfassungsgebot Kinderwahlrecht?”, *Familie und Recht*, 1993, p. 25.

en tanto que personas son titulares de derechos, muchos de los cuales no pueden ejercerlos más que con el auxilio de sus padres. Para Löw es necesario escuchar las voces de todos los miembros de la sociedad, lo que en el caso de los menores puede hacerse a través de unos intérpretes cualificados: sus padres.

Es cierto que puede haber errores al interpretar la voluntad política de los menores, pero las equivocaciones son también posibles en otros ámbitos en los que, sin embargo, no se discute el papel de los padres. En definitiva, para este autor es más democrático que haya tantos votos como “cabezas”, a lo que no se pueden oponer argumentos técnicos: si hay un único progenitor éste será el intérprete de la voluntad de sus hijos y votará por ellos; si son dos y están de acuerdo en esa interpretación, uno de ellos votará por sus hijos; si no hay acuerdo entre ellos, cada uno tendrá medio voto de cada uno de sus hijos.

Esta loable preocupación por la extensión de la capacidad de influir en las decisiones políticas de la comunidad de la que se forma parte, encuentra en nuestro ordenamiento obstáculos constitucionales insalvables, además de los que se derivan de la propia configuración del concepto de participación política.

En primer lugar, como ya se ha dicho, los menores (y también los incapacitados) son titulares del derecho que nos ocupa, pero el ejercicio del sufragio viene delimitado por la capacidad de discernimiento en materia política. Si los menores y los incapacitados carecen de la mencionada capacidad no puede permitirse que su padres o guardadores pretendan interpretar una voluntad que no existe.

En segundo término, si se permite que los padres voten por los hijos con capacidad intelectual suficiente, no se puede asegurar el carácter libre de la decisión de los menores por la influencia que los padres ejercen sobre ellos; además, la emisión personal y secreta del sufragio por parte de los padres o guardadores impediría garantizar que responde de manera efectiva a la manifestación de voluntad de los menores o incapacitados. En la hipótesis contemplada, la ausencia de garantías eficaces afecta de tal manera al

contenido del derecho que llega a hacer desaparecer sus propios presupuestos.

En tercer lugar, el texto constitucional impone el carácter directo del sufragio, por lo que si se permite que padres y guardadores puedan votar por los menores e incapacitados, se estaría ante el resurgimiento del decimonónico sistema de sufragio indirecto.

Con buen criterio, nuestro legislador ha convertido en historia la privación del derecho de sufragio activo como consecuencia de una sanción penal.<sup>13</sup> Antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, esta consecuencia se podía producir bien por razón de una inhabilitación absoluta (artículo 35), una inhabilitación especial (artículo 37) o una suspensión (artículo 39).<sup>14</sup> La primera y la tercera eran penas accesorias a las de privación de libertad, mientras que la segunda era una pena específica.

En la disposición derogatoria del Código Penal de 1995 se derogan de manera expresa los términos “activo y” del artículo 137 de la LOREG (“Por todos los delitos a que se refiere este Capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo y pasivo”). Habrá que entender también derogada la letra “a” del artículo 3o. (“Carecen de derecho de sufragio: los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento), ya que tal pena no existe.<sup>15</sup>

13 Había cuestionado la constitucionalidad de esta sanción, vigente hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en su estudio López Guerra, Luis, “El derecho de participación del artículo 23.2 de la Constitución española”, en varios autores, *Los derechos fundamentales y libertades públicas. XIII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Madrid, 1993, pp. 1177 y 1178.

14 Según el antiguo artículo 35.2, “La pena de inhabilitación absoluta producirá los efectos siguientes: 2o. La privación del derecho de elegir y ser elegido para cargas públicas durante el tiempo de la condena...”; “La inhabilitación especial para el derecho de sufragio privará al penado del derecho de elegir y ser elegido durante el tiempo de la condena para el cargo electivo sobre que recayere” (artículo 37); “La suspensión del derecho de sufragio privará al penado, igualmente, de su ejercicio durante el tiempo de la condena” (artículo 39).

15 Véase al respecto el estudio de Pozuelo Pérez, Laura, *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Madrid, Colex, 1998, pp. 14 y 15.

Con la desaparición de esta pena del Código Penal, que únicamente prevé la privación del sufragio pasivo, las circunstancias negativas que impiden el voto tienen plena coherencia con el principio que preside este derecho: la posibilidad de decidir con libertad como consecuencia de estar en posesión de las condiciones intelectivas necesarias para ello. Y es que quien cumple una condena privativa de libertad no carece de capacidad para autodeeterminarse políticamente, y además esa circunstancia no convierte a quien se encuentra en ella en una persona carente de dignidad, por lo que la sanción consistente en la privación del sufragio activo por ese motivo no es en absoluto compatible con el mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución.<sup>16</sup>

La Junta Electoral Central se había pronunciado no sobre este particular pero sí sobre el sufragio activo de los detenidos, concluyendo que “ha de arbitrarse el procedimiento específico que resulte conveniente en relación al ejercicio del derecho de sufragio activo de los detenidos en dependencias judiciales ponderando los aspectos jurídicos relativos a la posibilidad de ejercicio del citado derecho” (Acuerdo de 17 de octubre de 1989). Esta línea argumentativa tiene que trasladarse a la situación de los reclusos, para los que el voto por correo es la solución más sencilla. En este sentido, la Junta Electoral Central ha recordado que la legislación vigente no permite otra forma de ejercicio del derecho de sufragio por los internos en un centro penitenciario que la de emisión del voto por correo, salvo que el régimen penitenciario aplicable en cada caso les permita votar personalmente (acuerdos de 22 de noviembre de 1978 y de 13 de abril de 1983).<sup>17</sup>

<sup>16</sup> “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

<sup>17</sup> En el Acuerdo de 15 de febrero de 2000, “Sobre la posibilidad de que los funcionarios de Correos que acudan a los centros penitenciarios admitan la acreditación de la identidad del interno mediante el Documento de Identidad Interior” se dice que siempre que en dicho Documento de Identidad Interior aparezca fotografía del titular, podrá admitirse como documento válido para acreditar la identidad del interno, a los efectos de solicitar el voto por correo.

Una vez que se ha alcanzado la edad mínima necesaria para el ejercicio del derecho de voto, únicamente se puede excluir de esa forma de participación política a las personas que carezcan de las condiciones intelectivas necesarias para que su intervención sea libre, para que sea expresión de una voluntad con capacidad reflexiva y de discernimiento. Por este motivo no es contraria al principio democrático la exclusión de la toma de las decisiones políticas de los incapaces. Esta exclusión procede una vez que ha quedado desvirtuada la presunción de capacidad que se deriva del cumplimiento de la edad y ha de llevarse a cabo a través de un procedimiento judicial especial en el que, por lo que al derecho de sufragio se requiere, se constate de manera expresa la incapacidad para el ejercicio de ese derecho.

Lo primero que ha de recordarse en este punto es que estamos hablando de la ausencia de las facultades intelectivas para auto-determinarse políticamente, por lo que chocaba con la coherencia interna de esta materia su regulación en la legislación electoral, al lado de la privación del sufragio como consecuencia de la condena judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.

Por lo que hace referencia a las otras circunstancias que impiden, en principio de manera temporal, la emisión del sufragio, su fundamento —la ausencia de capacidad intelectual— parece justificado de manera suficiente. No se trata, como dice de manera errónea el artículo 3o. de la LOREG, de que esas personas carezcan del derecho de sufragio, sino de su incapacidad para la emisión del voto. Dado que esta incapacidad afecta a un bien protegible por el Estado, habrá de ser apreciada en un proceso judicial, bien sea de incapacitación o de internamiento en un hospital psiquiátrico, ya que, como declaran los artículos 199 y 211 del Código Civil, “nadie puede ser incapacitado sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”; “el internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial”. En estos procesos

“será siempre necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos” (artículo 206, CC).

Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (artículo 200, CC).<sup>18</sup> Por lo que a nosotros nos interesa, la incapacidad para el ejercicio del sufragio tiene que haber sido declarada de manera expresa: “A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente” (artículo 3.2, LOREG). No obstante, tal y como prevé el artículo 212 del Código Civil, este pronunciamiento “...no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”.

A este respecto, la Junta Electoral Central ha reiterado que “no cabe privar del derecho de sufragio ni excluir de las listas del censo electoral sin la previa resolución judicial... procediendo instar la citada resolución solamente a quienes, conforme al Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil, estén legitimados para ello” (Acuerdo de 27 de febrero de 1990). Dicho de otra manera, los internados en un hospital psiquiátrico tienen derecho de sufragio si no se encuentran legalmente incapacitados conforme al procedimiento establecido en los artículos 199 y siguientes del Código Civil (Acuerdo de 5 de junio de 1991). Igualmente, los deficientes mentales tienen derecho de sufragio si no se encuentran legalmente incapacitados (Acuerdo de 21 de abril de 1983).<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Estima el Tribunal Supremo que hay que referir las deficiencias a “aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y, a veces, progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y amortigua con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como habilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes” (STS de 31 de diciembre de 1991).

<sup>19</sup> Según el Acuerdo de 21 de febrero de 2000, “Sobre la posibilidad de que una Oficina Móvil de Correos se desplace a las Residencias de Mayores no válidos a los efectos de que éstos puedan solicitar el voto por correo” se dice que la LOREG no impide la instalación de Oficinas de Correos en las Residencias de Mayores para cumplir las funciones que prevé



Como ya se ha indicado, tanto los menores como los incapacitados de manera expresa podrán hacer valer las acciones para la garantía y defensa de su derecho de sufragio, reclamando en el primer supuesto su inclusión en el censo electoral con la calificación de menor si cumplen “dieciocho años entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año siguiente” (artículo 35.2, LOREG), y en el segundo, la rectificación en el Registro Civil y, si fuera necesario, en la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, de las circunstancias que afectan a su capacidad y que estas instituciones no hubiesen realizado de oficio (artículo 37, LOREG).<sup>20</sup> Y es que, en lo que a la incapacitación se refiere, el propio incapacitado puede instar judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida (artículos 212 y 213, CC). Esta nueva declaración se anotará en el Registro Civil, trámite que, como es obvio, no restituye al incapacitado en su capacidad electoral plena, sino que se limita a dar publicidad a esa circunstancia. La restitución de la capacidad se produce como consecuencia de la correspondiente resolución judicial.

el artículo 72 en relación con los enfermos e incapacitados, siempre que la medida se adopte en relación con todas las Residencias de Mayores.

20 De acuerdo con el artículo 3o. del Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo, “1. Los encargados de los Registros Civiles comunicarán mensualmente a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral la información sobre las defunciones acaecidas... 2. Asimismo, en el mismo plazo, comunicarán a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral las variaciones acaecidas en las circunstancias siguientes: c) Declaraciones de incapacidad para ejercer el derecho de sufragio por sentencia judicial firme”. En esta línea, la Orden de 24 de abril de 1996, por la que se dictan normas técnicas para la actualización mensual del censo electoral, dispone en su norma 4a., que “[los encargados de los Registros Civiles] comunicarán a las Delegaciones Provinciales, en los impresos que se establecerán en la respectiva Resolución, las circunstancias específicas a las que se refiere el apartado 2o. del artículo 3o. del Real Decreto 157/1996, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo. En concreto... las declaraciones de incapacidad para el derecho de sufragio en virtud de sentencia firme, o, en su caso, modificaciones de las mismas”.

### III. EL ESTATUS DE NACIONAL COMO PRESUPUESTO DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LAS ELECCIONES A CORTES Y A LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, Y EN LAS CONSULTAS DE DEMOCRACIA DIRECTA

Desde Jellinek se ha concebido el estatus de la persona como una particular esfera de capacidad jurídica en la que el individuo se ve inmerso cuando entra en relación con el Estado.<sup>21</sup> En el caso de la participación política, y siguiendo a dicho autor, nos encontraríamos en el ámbito del estatus activo (*status activae civitatis*), que se otorga cuando el Estado reconoce al individuo la posibilidad de actuar por cuenta suya, de la que resulta la situación de ciudadano activo, que se corresponde con el ejercicio de los derechos políticos.<sup>22</sup> El estatus que presupone la titularidad de los mencionados derechos es el de nacional, por lo que las personas que tienen el estatuto de extranjeros no son titulares de esos derechos. No se puede olvidar, sin embargo, el carácter liberal de esta construcción; en un Estado democrático, la toma de decisiones políticas no es una mera función que el individuo lleva a cabo por el Estado, sino que también, y sobre todo, es un derecho que el propio ciudadano ejerce por cuenta propia.

En los términos del artículo 13.2 de la Constitución española, “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 de nuestra Constitución, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”. En esta tesitura seguimos moviéndonos, de acuerdo con el significado “nacional” que la norma fundamental atribuye a la ciudadanía, en la teoría de los estatus (nacional/extranjero), a

21 Sobre el concepto de estatus, véase en Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (dritte Auflage, fünfter Neudruck), Berlín, Verlag von Julius Springer, 1989, pp. 87 y ss.; para un análisis pormenorizado de la teoría de los estatus de Jellinek en relación con los derechos fundamentales, véase Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985, pp. 229 y ss.

22 Jellinek, *op. cit.*, nota anterior, pp. 136 y ss.

la que, como mucho, se puede incorporar un tercer estatus: el de nacional de un Estado de la Unión Europea, como ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Constitucional en la Declaración de 1o. de julio de 1992.<sup>23</sup>

La vigencia de la “teoría de los estatus” en nuestro ordenamiento, favorece la articulación de un régimen jurídico diferenciado para los españoles y los extranjeros, que impide, además, su equiparación en determinados derechos y, de modo singular, en el de participación política, fuera de la excepción que constituyen las elecciones municipales.<sup>24</sup>

23 A) Mediante el artículo 8 B, apartado 1, que se incluirá en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, se reconocerá a “todo ciudadano de la Unión” el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro del que no sea nacional, y en el que resida, “en las mismas condiciones —añade el precepto— que los nacionales de dicho Estado”. Dicha previsión, junto a todas las demás contenidas en los distintos apartados del propio artículo 8o., viene a configurar una nascente ciudadanía europea que, sin abolir las distintas nacionalidades de los ciudadanos de los Estados signatarios del TUE (tal como lo confirma la “declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro” incluida en el “Acta Final” de dicho Tratado), *supone una parcial superación del tradicional binomio nacional/extranjero por vía de la creación de aquel tercer estatus común*. Es del todo claro, sin embargo, que esta limitada extensión del derecho de sufragio, activo y pasivo, a quienes sin ser nacionales españoles, son ciudadanos de la Unión encuentra un acomodo sólo parcial en las previsiones del artículo 13 de nuestra Constitución, cuyo apartado 2o. afirma que únicamente los españoles ostentan la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la misma norma fundamental “salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales”, limitación constitucional que ya ha sido puesta de relieve por este tribunal en su STC 112/1991, en la que literalmente se afirmó que “ese posible ejercicio del derecho se limita al sufragio activo, no al derecho de sufragio pasivo”. Por lo tanto, sin perjuicio de la citada salvedad contenida en el artículo 13.2, en orden al sufragio activo en las elecciones municipales, y en virtud de estas reglas constitucionales, no cabe, pues, ni por Tratado ni por Ley, atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en cualquiera de los procedimientos electorales para la integración de órganos de los poderes públicos españoles. (fj. 3) [la cursiva es nuestra].

24 Como recuerda el Tribunal Constitucional en la Declaración mencionada: “Siendo cierto que la Constitución no define quiénes son españoles (tarea que defiere al Legislador en su artículo 11.1), y resultando, asimismo, indiscutible que no existe un régimen jurídico uniforme para todos los nacionales, y que puede ser diverso también el de unos y otros extranjeros, es patente, sin embargo, que la Constitución, en su artículo 13, ha introducido reglas imperativas e insoslayables para todos los poderes públicos españoles (artículo 9.1 de la norma fundamental), en orden al reconocimiento de derechos constitucionales en favor de las no nacionales. Se cuenta entre tales reglas, según venimos recordando, la que reserva a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, derechos —como el de sufragio pasivo que aquí importa— que no pueden ser atribuidos, ni por Ley, ni por Tratado, a quienes no tengan aquella condición; esto es, que sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución. Pues bien, este límite constitucional desaparecería —y con él la propia fuerza de obligar de la Constitución— si

De acuerdo con el artículo 13 de la Constitución, “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”. Este precepto debe interpretarse en el sentido de que el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previstos en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia decisión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley.

La mencionada previsión no supone que se haya querido “desconstitucionalizar” la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades “que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados —dentro de su específica regulación— de la protección constitucional, pero son, en lo relativo a su contenido, derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que se da en aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, etcétera.

tomara forma jurídica y fuera aceptada la interpretación que el Gobierno ha expuesto, según la cual pudiera el Legislador acuñar o troquelar nacionalidades *ad hoc* con la única y exclusiva finalidad de eludir la vigencia de la limitación contenida en el artículo 13.2 CE. El legislador de la nacionalidad debe, como es obvio, definir quiénes son españoles, es decir, quiénes tienen, potencialmente, capacidad para ser titulares de cualesquiera situaciones jurídicas en el ordenamiento y sobre ello no le da la Constitución pauta material alguna. Pero no puede, sin incurrir en inconstitucionalidad, fragmentar, parcelar o manipular esa condición, reconociéndola solamente a determinados efectos con el único objeto de conceder a quienes no son nacionales un derecho fundamental, que, como es el caso del sufragio pasivo, les está expresamente vedado por el artículo 13.2 de la Constitución” (fj. 5o.).

Estos derechos corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual en relación a los españoles. Puede también, sin embargo, introducirse la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida, y en tal caso, como es obvio, queda excluida *a priori* la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante.

El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, depende del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y cuya regulación ha de ser igual para ambos; otros no pertenecen a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene); y unos terceros, que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.<sup>25</sup>

De acuerdo con la STC 242/94, de 20 de julio, y a pesar de que el texto constitucional menciona en más preceptos a los españoles como titulares de determinados derechos fundamentales, la exclusividad se circunscribe únicamente al derecho de sufragio enunciado en el artículo 23. Según el fundamento jurídico 4 de esta resolución,

En concreta relación con el derecho de residencia y desplazamiento de los extranjeros en nuestro país, la referencia “los españoles” que abre el artículo 19 C.E. no puede ser entendida como equivalente a una norma de exclusión de los extranjeros del ámbito subjetivo

<sup>25</sup> Véase la STC 107/1984, de 23 noviembre (fjs. 3o. y 4o.) y los comentarios a esta sentencia del profesor Cruz Villalón, Pedro, “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pp. 67 y ss.

de dicho derecho fundamental. Por el contrario, junto al artículo 19 C.E. deben tenerse en cuenta “otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España” (STC 94/1993, fundamento jurídico 2.) y, en los términos establecidos por la Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992, “el apartado 2 del artículo 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 C.E.” (fundamento jurídico 2, STC 94/1993, *cit.*). Salvada esta única exclusión, las condiciones en que un extranjero ha de acceder a los derechos reconocidos en el artículo 19 C.E., han de ser determinadas por el legislador, pero, una vez que estas condiciones han sido legalmente fijadas y cumplidas, puede concluirse que los extranjeros que “por disposición de una Ley, o de un Tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 C.E., aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el artículo 13.1 C.E.” (STC 94/1993, *cit.*; en el mismo sentido STC 116/1993, fundamento jurídico 2).

En materia de participación política es necesario diferenciar entre la posición en la que se encuentran los nacionales de los países de la Unión Europea y la de los “extracomunitarios”. En el primer caso, y como es de sobra conocido, se ha articulado su participación política, con el límite impuesto por la Constitución, conforme a lo previsto en el Tratado de Maastricht,<sup>26</sup> desarrollado por la Directiva 94/80/CE del consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, modificada por la Directiva 96/30/CE de 13

26 De acuerdo con el artículo 8B, “Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado... 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 138 y en las normas adoptadas para su aplicación, todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”.

de mayo de 1996, y la Directiva 93/109/CE del consejo de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento europeo por parte de los ciudadanos de la Unión, residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales.

El desarrollo interno de estas previsiones se ha llevado a cabo en España a través de la reforma de la LOREG en lo relativo a las elecciones municipales (artículo 176 y ss.)<sup>27</sup> y a las elecciones a diputados del Parlamento europeo (artículo 210 y ss).<sup>28</sup> Además, se ha aprobado el Real decreto 2118/1993, de 3 de diciembre, por el que se dispone la ampliación del censo electoral a los extranjeros nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, residentes en España modificado por Real decreto 157/1996.

No es posible, con el tenor de nuestro texto constitucional, que los extranjeros de los países de la Unión puedan participar como electores o elegibles en comicios distintos a los locales y al Parlamento europeo. Por ello es fácil concluir, que para atribuirles el derecho de participación política en los ámbitos autonómico o estatal sería necesaria una profunda modificación constitucional.

27 De acuerdo con el artículo 176, “1. Sin perjuicio de lo regulado en el título I, capítulo I, de esta Ley, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado. Asimismo, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española: a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8o. del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. b) Reúnan los requisitos para ser elector exigidos en esta Ley para los españoles y hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España. 2. El Gobierno comunicará a la Oficina del Censo Electoral la relación de Estados extranjeros cuyos nacionales, residentes en España, deban de ser inscritos en el Censo”.

28 Según el artículo 210, “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo I del título I de esta Ley, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones al Parlamento Europeo todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española: a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2o. del apartado 1 del artículo 8o. del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. b) Reúnan los requisitos para ser elector exigidos en esta Ley para los españoles y gocen del derecho de sufragio activo en el Estado miembro de origen. 2. Nadie podrá votar más de una vez en las mismas elecciones. 3. Para que un ciudadano, no español, de la Unión Europea pueda ejercer el derecho de sufragio activo en España, deberá haber optado previamente en tal sentido”.

#### IV. LA RESIDENCIA, LOS “RESIDENTES-AUSENTES” Y LA VECINDAD ADMINISTRATIVA

Para el ejercicio del sufragio es indispensable la inscripción en el censo electoral vigente (artículo 2.2, LOREG). En España, el censo electoral está formado “por el censo de los electores residentes en España y por el censo de los electores residentes ausentes que viven en el extranjero” (artículo 31.2, LOREG). Es decir, que para el ejercicio del derecho de participación política a través del sufragio es necesario ser “residente” en España o “residente-ausente” en el extranjero.

Sobre la primera circunstancia no parece necesario extenderse en mayores consideraciones: los españoles que residen en España tienen la posibilidad de votar; respecto a los extranjeros aquí residentes nos ocuparemos en el apartado siguiente; para los españoles que se encuentren fuera del territorio nacional la Constitución ha previsto, de manera expresa, que “la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio...” (artículo 68.5.2).

Si se ha partido, como presupuesto teórico de este trabajo, de que el fundamento de la participación de los individuos en la adopción de las decisiones políticas relevantes de la comunidad radica en que son, precisamente, los destinatarios de las mismas, es del todo punto lógico que los residentes en el espacio geográfico sobre el que tales decisiones se proyectan intervengan en su adopción. Por este motivo, los residentes han de poder votar.

La pregunta que surge a continuación se plantea a propósito de la justificación del sufragio de los nacionales de un Estado que no viven en su ámbito territorial de manera continuada, cuyo ejemplo más significativo vendría constituido por los emigrantes que se han asentado y residen en otro país, y que en algunos casos, supone un número relativamente alto de personas y, por tanto, de potenciales sufragios.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Véase, sobre esta cuestión, el estudio centrado en el derecho mexicano, pero con amplias referencias comparadas, de Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, México, UNAM, 1998.



En España, y a diferencia de lo que suele ocurrir en el derecho comparado, esta situación ha sido reconocida de manera expresa por el texto constitucional, por lo que no está a disposición del legislador, cuyo protagonismo se reduce a la articulación de los mecanismos necesarios para hacer posible esa participación. El fundamento de este reconocimiento del sufragio a los españoles que vivan fuera del territorio estatal se encuentra, en primer término, en su condición de nacionales de nuestro país, a los que los artículos 13 y 23 del texto constitucional atribuyen en exclusiva la titularidad de los derechos reconocidos en el último de los preceptos mencionados. A este respecto, debe recordarse que, también por disposición del texto constitucional, “ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad” (artículo 11.2). Por lo tanto, la condición de español de origen, que acompaña a la persona que la ostente, con independencia del ámbito territorial en el que resida, es el primer presupuesto para la titularidad del sufragio de los emigrantes.

Ahora bien, para el ejercicio del sufragio no basta con la condición de español, sino que es, además, necesaria una concreta vinculación con un espacio geográfico del país, lugar donde a los efectos político-electorales se le sigue considerando residente y, por lo tanto, con capacidad para intervenir en la adopción de las decisiones políticas que afecten a esa concreta población. Se exige un interés especial en los designios políticos de una comunidad a la que al emigrante se le presume vinculado, y con la que en cierta medida se identifica. Esta exigencia demuestra que el problema del reconocimiento o atribución del derecho de participación política no encuentra la solución acudiendo a meros criterios de nacionalidad, sino teniendo en cuenta la que se podría denominar “vecindad política”. Por tanto, la “residencia-ausencia” se presume como una situación de cambio geográfico, con las obvias consecuencias económicas, sociales, personales... pero que no lleva aparejada una desvinculación política de la comunidad de la que se es originario. Veremos a continuación si esta desvinculación personal y socioeconómica es compatible con la presunción del mantenimiento de una conexión política.

La permanencia de los vínculos políticos se hace depender, en lo que al residente en el extranjero se refiere, de su mera solicitud de alta en el consulado correspondiente a su lugar de residencia, acto del que las oficinas consulares darán cuenta a la respectiva Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral.

En España,<sup>30</sup> y de acuerdo con la LOREG y las normas de inferior rango que la han desarrollado, para la inscripción en el censo electoral los españoles residentes en el extranjero, además de indicar el país y el municipio de residencia actual, deberán indicar la “provincia y municipio de inscripción en España a efectos electorales” (artículo 2.2.a) del Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero). A la hora de efectuar esa indicación han de seguirse los siguientes criterios: para los nacidos en territorio nacional el municipio será el de la última residencia o el de mayor arraigo; para los nacidos fuera de España, el de la última residencia o el de mayor arraigo de sus ascendientes o, en su caso, del interesado; si existen vínculos de hecho o de derecho se puede optar por el municipio de inscripción de cualquier otro miembro de la unidad de hecho o de derecho; en su defecto el municipio lo determinará de oficio la Oficina Consular con los datos de que disponga. Ese municipio de inscripción no se cambiará salvo que se modifiquen las circunstancias familiares o lo determine de oficio la Oficina Consular.<sup>31</sup>

Si, como se ha venido reiterando, la democracia demanda que participen en la toma de las decisiones los destinatarios de las mismas, no nos parece que se pueda considerar destinatario de una decisión a una persona que, si bien conserva el vínculo de la nacionalidad con un determinado ordenamiento, puede ocurrir que nunca haya sido residente en el ámbito geográfico de aplicación de sus normas, o haya dejado de serlo muchos años atrás, como sucede con aquellos nacionales que han nacido en un país

<sup>30</sup> Para una visión del derecho comparado, consúltase *idem*.

<sup>31</sup> Orden de 24 de abril de 1996, por la que se dictan normas técnicas para la actualización mensual del Censo Electoral, dictada en desarrollo del Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo.

al que emigraron sus progenitores o cuando llevan muchos años residiendo en el extranjero.

En términos de proximidad del destinatario de las normas al órgano de creación de las mismas, es mucho mayor la inmediatez de un extranjero residente durante años en España, donde entre otras cosas paga sus tributos, que la de un español que haya estado ausente de su país durante toda o una parte importante de su vida. En definitiva, nos parece que resulta difícil de mantener una vinculación política con un determinado ordenamiento cuando se ha producido de hecho una desvinculación socioeconómica, cultural y personal.

Por estos motivos, y aunque la Constitución dispone que “la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España” (artículo 68.5.2), parece “más democrático” exigir una mayor vinculación con nuestro ordenamiento que la mera inscripción en un consulado; por ejemplo, requiriendo que no hayan transcurrido muchos años desde la marcha del nacional de nuestro territorio o que se produzca un retorno periódico. De otra manera, se estará permitiendo que personas que, por una prolongada estancia en el extranjero, no están en contacto con la realidad política y social de nuestro país puedan determinar la orientación de unas normas que a ellos les serán de aplicación, en el mejor de los casos, de manera harto esporádica.

Además de esta “vecindad política”, existe la “vecindad administrativa”. Las leyes que regulan los procesos de elección de los parlamentarios de las cámaras legislativas autonómicas establecen que son electores todos los que, gozando del derecho de sufragio activo, tengan la condición política de andaluces, aragoneses, asturianos, etcétera.<sup>32</sup> La única excepción parece constituir la Ley Foral 16/1986, reguladora de las elecciones al Parlamento de Navarra, que demanda como requisito que los electores figuren ins-

<sup>32</sup> Artículo 2.1 de las leyes electorales de Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia, País Vasco, Principado de Asturias y Comunidad Valenciana; artículo 20. de la ley de las Islas Canarias; y 10 de la Ley de Cataluña.

critos en el censo electoral único correspondiente a cualquiera de los municipios de Navarra (artículo 3.1).

A su vez, las exigencias para adquirir esa condición política vienen definidas en los respectivos Estatutos de Autonomía, que establecen como criterio en todos los casos que se trate de ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma.<sup>33</sup>

Parece que el requisito político necesario para ostentar la condición de elector en las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas se identifica con la vecindad en las mismas por parte de los ciudadanos españoles, aunque no sean originarios de esos territorios. La vecindad administrativa se adquiere con la inscripción del interesado en el padrón municipal:

Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año. El conjunto de personas inscritas en el Padrón municipal constituye la población del municipio. Los inscritos en el Padrón municipal son los vecinos del municipio. La condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón (artículo 15, Ley de Bases de Régimen Local)... El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos” (artículo 16.1, Ley de Bases del Régimen Local).

<sup>33</sup> Artículo 6.1 de los Estatutos de Autonomía de las Islas Baleares, Castilla y León, Cataluña, La Rioja y Murcia; 7.1 de los Estatutos del País Vasco y del Principado de Asturias; 4.1 de los Estatutos de Aragón, Islas Canarias, Cantabria y Comunidad Valenciana; artículo 8.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; 3.1. de los Estatutos de Castilla-La Mancha, Extremadura y Galicia; artículo 5.1 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; y artículo 7.2 del Estatuto de Madrid. Estas normas se han consultado en Torres Muro, Ignacio, *Los Estatutos de Autonomía*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, 1999.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, aunque centrando sus argumentos en el derecho de sufragio pasivo (STC 60/1987, de 20 de mayo):

2. ...el artículo 4o. de la Ley 2/1987, de 16 de marzo, de la Asamblea Legislativa de Extremadura, reguladora de las elecciones a este órgano... determina que son elegibles quienes reúnan las condiciones para ser Elector, cualidad ésta última que aparece definida en el propio Estatuto de Autonomía de esta Comunidad... en cuyo artículo 22.3 se establece que serán electores y elegibles los ciudadanos que teniendo la condición política de extremeños estén en pleno uso de sus derechos políticos; esta última condición se determina en el artículo 3.1 del mismo Estatuto, donde se prescribe que gozan de ella, en lo que aquí importa, los ciudadanos españoles que tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Extremadura.

Es cierto que en las disposiciones citadas se introduce un trato diferente a efectos del ejercicio del derecho de sufragio pasivo para la formación de la Asamblea Legislativa de Extremadura, entre quienes tienen la condición de extremeños y el resto de los ciudadanos españoles que no la ostente. No es menos cierto sin embargo que tal diferenciación no puede hacerse equivaler a la discriminación que la Constitución prohíbe en su artículo 23.2, pues, de conformidad con la constante doctrina de este Tribunal, las singularizaciones normativas no merecen tal reproche cuando muestran un fundamento razonable, atendido al criterio adoptado para la diferenciación y la finalidad perseguida.

No cabe descalificar como desprovista de razonabilidad la exigencia de que quienes aspiran a acceder a cargo público de Diputado de la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Extremadura tengan la condición política de extremeño, ya que esta exigencia resulta justificada teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la Ley 2/1987, de procurar una cierta homogeneidad de intereses en el ámbito de la Comunidad Autónoma entre el Cuerpo Electoral y aquellos que ante él se proponen como candidatos. Este es un fin constitucionalmente lícito para el Legislador y tampoco puede decirse que el criterio elegido para su consecución resulte discriminatorio.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> En el mismo sentido, la STC 107/90, de 6 de junio, declara (fj. único) que: “El presente recurso de amparo electoral se plantea por el Partido Unidad Centrista Andaluza.

Si la apariencia (condición de elector = vecino de la Comunidad Autónoma) se corresponde con la realidad nos encontraríamos ante la realización práctica de uno de los presupuestos que se mantienen a lo largo del presente trabajo: el de que han de participar en la adopción de las decisiones políticas de una comunidad todos los que residen de manera continuada en el territorio de la misma, en tanto sometidos a sus normas y, por tanto, como pertenecientes al pueblo gobernado. Esta igualdad formal entre los residentes guardaría, pues, plena coherencia con el principio democrático y nada habría que objetar a su exigencia para integrar los requisitos del electorado activo.

Partido Español Demócrata, al no haber sido proclamados sus candidaturas a las elecciones al Parlamento andaluz por las circunscripciones provinciales de Almería, Granada y Jaén, debido a no ostentar los candidatos que las integran vecindad administrativa en Andalucía. Como señalan las sentencias impugnadas y recuerda el Ministerio Público, tal exclusión es necesaria consecuencia de la Ley Electoral de Andalucía 1/1986, que exige a los candidatos a la Cámara autonómica la condición política de andaluces (artículos 2.1 y 4.1), manifestada en la vecindad administrativa en dicha Comunidad Autónoma (artículo 8.1 del Estatuto de Autonomía). Frente a tal requisito, ningún fundamento tiene la alegación del partido recurrente de que dicho requisito no viene contemplado por la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG). En efecto, si bien las condiciones básicas que determinan la elegibilidad activa y pasiva vienen ya previstas en la legislación electoral general (LOREG, artículo 1.2 y Disposición adicional 2 y Ley de Andalucía 1/1986, Disposición final 1), la Comunidad Autónoma de Andalucía, en ejercicio de la competencia contemplada en el artículo 13.5 de su Estatuto de Autonomía, puede legislar sobre las normas electorales para la constitución de sus instituciones de autogobierno. Por ello, el mencionado requisito adicional para ostentar el derecho de sufragio activo y pasivo previsto en la Ley de Andalucía 1/1986 es de indudable aplicación a los integrantes de las candidaturas del partido recurrente. De lo expuesto se deduce que, al haberse rechazado la proclamación de las candidaturas del partido recurrente en aplicación razonable de una causa legal, no se ha impedido de forma indebida a los integrantes de las mismas el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución. Carece, por tanto, de fundamento el recurso formulado por Unidad Centrista Andaluza PED, que debe ser desestimado. Aunque en la demanda de amparo no se aduce expresamente que el requisito incumplido por los candidatos del partido recurrente constituya una diferenciación discriminatoria, cabe añadir que tampoco desde la perspectiva de la igualdad resulta violado el mencionado precepto constitucional, como en supuesto idéntico, aunque referido a la Comunidad Autónoma de Extremadura declaró este Tribunal en su STC 60/1987. Concurriría, por tanto, respecto a una tal queja, la causa de inadmisión prevenida en el artículo 50.1 d) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por su parte, la STC 109/90 de 7 de junio reitera que “El presente recurso de amparo electoral coincide exactamente, tanto en su motivación como en el supuesto fáctico, con el interpuesto por el mismo partido contra Acuerdos de las Juntas Electorales Provinciales de Almería, Granada y Jaén, y resuelto en el sentido desestimatorio por nuestra Sentencia de 6 de junio de 1990 (recurso de amparo núm. 1393/90).

La conclusión sería bien diferente si, como explica el profesor Bastida Freijedo,<sup>35</sup> el mencionado requisito de la residencia se interpretase como consecuencia de la extensión del sufragio a los no originarios de la Comunidad Autónoma siempre que se integren en la misma, entendida como una entidad preexistente y dotada de una ontología propia. En este supuesto nos encontraríamos ante una interpretación “nacionalista” en la que la vecindad equivaldría a integración obligada en una comunidad caracterizada por unos rasgos sociopolíticos y culturales diferenciados.

Esta interpretación ha de ser rechazada; en primer término, y desde premisas políticas democráticas, dado que la participación no debe ser una prerrogativa de los “nacionales”, sino un derecho que ha de corresponder a cualquier residente por el hecho de serlo; en segundo lugar, desde una perspectiva jurídica, puesto que las Comunidades Autónomas no se extienden sobre un territorio históricamente predeterminado, sino sobre un espacio definido con criterios normativos que ni siquiera están contenidos de manera exclusiva en el Estatuto de Autonomía, que además es una Ley Orgánica del Estado.<sup>36</sup>

Y esto es así por mucho que se declare al respecto en los preámbulos de los propios estatutos que, por ejemplo, “el pueblo de Cataluña recobra sus instituciones de autogobierno... Cataluña manifiesta su voluntad de constituirse en Comunidad Autónoma...”, o se hable del carácter ancestral de su “identidad histórica y cultural” y se apele a la “voluntad política” de esos pueblos para “organizarse en Comunidad Autónoma, reanudando así aquella identidad”.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Véase Bastida Freijedo, “La soberanía borrosa: la democracia”, *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo, núm. 1, 1998, pp. 414-417.

<sup>36</sup> Sobre la delimitación del territorio con arreglo a normas no estatutarias, véanse las SSTC 100/1984 y 99/1986. En la doctrina española, Aguado Renedo, César, *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

<sup>37</sup> Preámbulo del Estatuto de Castilla y León.

## V. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA LEY SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Parte de las consideraciones realizadas sobre el estatuto de los extranjeros comunitarios en relación con el derecho de participación pueden extenderse a la situación jurídica de los nacionales de países que no pertenezcan a la Unión Europea, aunque es necesario efectuar algunas precisiones, pues el estatus jurídico no es idéntico en ambos casos.

En primer lugar, como resulta obvio, a los extranjeros no comunitarios no les son aplicables las previsiones del Tratado de la Unión. Del enunciado del artículo 13 de la Constitución hay que concluir que es necesaria una ley o un tratado que reconozcan este derecho; ahora bien, dado que se prevé además la exigencia de reciprocidad de trato para los españoles que residan en el país de que se trate, no bastará una ley interna española, sino que el cauce normativo adecuado será el de la celebración de un tratado o bien el reconocimiento correspondiente en una norma interna de ese otro Estado. De no existir reciprocidad, el legislador español no podría atribuir el derecho de participación política a los extranjeros residentes en nuestro país.

A la misma conclusión ha llegado el legislador que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 176 de la LOREG, ha dispuesto que “1. Sin perjuicio de lo regulado en el título I, capítulo I, de esta Ley, *gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado*”.<sup>38</sup>

Pues bien, en el momento presente, el único tratado en vigor con un Estado europeo en esta materia es el Canje de notas con Noruega,<sup>39</sup> pues los existentes con los Países Bajos, Suecia y Di-

<sup>38</sup> Las cursivas son mías.

<sup>39</sup> “Canje de Cartas, constitutivo de acuerdo entre España y Noruega, reconociendo el derecho a votar en elecciones municipales a los nacionales noruegos en España y a los españoles en Noruega, realizado en Madrid el 6 de febrero de 1990, y anexo (BOE, n. 153, de 27 de junio de 1991). Excelencia: Tengo la honra de informarle que, de acuerdo con la legislación noruega en vigor, los ciudadanos españoles tienen derecho a voto en las elecciones municipales y provinciales noruegas. En consecuencia, y en aplicación del principio de reciprocidad, el Gobierno noruego solicita del Gobierno español que, de acuerdo con la le-



namarca, que datan de 1989 y 1990, han sido sustituidos por las disposiciones comunitarias posteriores aprobadas en esta materia.

Es necesario hacer una referencia, además, a los convenios firmados por España con diversos países hispanoamericanos para hacer posible el ejercicio del sufragio por los respectivos nacionales en las elecciones municipales del Estado de residencia. En este apartado deben mencionarse, en primer lugar, los Tratados de Amistad y Cooperación celebrados con la República Argentina, el 3 de junio de 1988 (BOE de 28 de agosto de 1989), y con la República Oriental del Uruguay, el 23 de julio de 1992 (BOE de 2 de junio de 1994). El problema que plantean estos convenios es que su operatividad no es inmediata, sino que depende de la celebración de un “acuerdo complementario” que todavía no existe.<sup>40</sup>

gislación vigente en España y en las condiciones recogidas anejas a este Acuerdo, los ciudadanos noruegos tengan el derecho de voto en las elecciones municipales españolas. Siempre y cuando el derecho a voto acordado en este intercambio de Notas sea mantenido, ambas Partes se reservan el derecho de modificar las Leyes y condiciones antes mencionadas. Se informará de estas modificaciones por vía diplomática. Este Acuerdo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a aquél en que las Partes se hayan informado recíprocamente, por vía diplomática, del cumplimiento de los requisitos constitucionales para la entrada en vigor del mismo. La denuncia de este Acuerdo se realizará por escrito por vía diplomática. El Acuerdo dejará de estar en vigor a los treinta días naturales a partir de la fecha en que la otra Parte reciba la notificación de denuncia. Tengo la honra de proponer a Vuestra Excelencia que, en caso de aceptar el Reino de España el contenido de esta Nota y su Anejo, y su contestación y las mencionadas Notas y Anejo, junto con la contestación de Vuestra Excelencia, constituirán un Acuerdo entre el Reino de Noruega y el Reino de España. Excelencia: Tengo la honra de acusar recibo de su Nota de fecha 6 de febrero de 1990... Anexo: Condiciones para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones municipales españolas por parte de los ciudadanos noruegos. 1. Los ciudadanos noruegos sólo podrán ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. 2. Deberán estar en posesión del correspondiente permiso de residencia en España. 3. Deberán haber residido en España, legal e ininterrumpidamente, más de tres años. 4. Deberán estar domiciliados en el municipio en el que les corresponda votar y figurar inscritos en su Padrón Municipal. 5. La inscripción en las listas electorales de extranjeros residentes en España, requisito indispensable para poder ejercer el derecho de sufragio, se hará siempre a instancias de parte. Esta instancia se presentará en el Ayuntamiento, en cuyo Padrón Municipal figurase inscrito. El plazo de presentación se fijará para cada elección. 6. Las listas electorales de ciudadanos noruegos residentes en España se elaborarán únicamente con ocasión de tales elecciones. El presente Canje de Cartas entrará en vigor el 1 de abril de 1991, primer día del mes siguiente a la fecha de la última de las notificaciones cruzadas entre las Partes, comunicándose recíprocamente el cumplimiento de los respectivos requisitos constitucionales, según se establece en el texto de las Cartas”.

<sup>40</sup> Según el artículo 9o. del Tratado con Argentina, “conforme a las normas que se establezcan en acuerdo complementario, los nacionales argentinos y españoles podrán votar en las elecciones municipales del Estado en que residan y del que no sean nacionales.”; por

Supuesto distinto y, en principio, susceptible de eficacia inmediata, es el derivado del Tratado de Cooperación y Amistad entre España y la República de Chile, de 19 de octubre de 1990 (BOE de 17 de septiembre de 1991), cuyo artículo 17 dispone que “se concederá a los nacionales de ambos países el derecho de voto en las elecciones municipales del Estado en que residen y del que no sean nacionales, de conformidad con sus respectivas legislaciones”.<sup>41</sup>

A las consideraciones anteriores es necesario añadir un comentario sobre las previsiones recogidas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada también en este punto por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

De acuerdo con la redacción otorgada por la Ley 4/2000, el artículo 6o., relativo a la participación política,<sup>42</sup> establecía que:

1. Los extranjeros residentes podrán ser titulares del derecho político de sufragio en las elecciones municipales en los términos que establezcan las leyes y los tratados.
2. Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, que no puedan participar en las elecciones locales, podrán elegir de forma democrática entre ellos a sus propios representantes, con la finalidad de tomar parte en los debates y decisiones municipales que les conciernen, conforme se determina en la legislación de régimen local.
3. Los Ayuntamientos confeccionarán y mantendrán actualizado el padrón de extranjeros que residan en el municipio.
4. Los poderes públicos favorecerán

su parte, el artículo 15 del Tratado firmado con Uruguay dispone que “los nacionales españoles y uruguayos podrán votar en las elecciones municipales del Estado en que residen y del que no son nacionales, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado. A tal efecto, ambas partes establecerán un acuerdo complementario para el ejercicio del mencionado derecho de voto.”.

41 Véanse, sobre estas cuestiones, los estudios de Mass Garrote, Marcos Francisco, *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Madrid, Colex, 1997; y Rodríguez-Drincourt Álvarez, Juan, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Madrid, Civitas, 1997.

42 Véanse los comentarios a este precepto en las obras colectivas coordinadas por Asensi Sabater, José, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, Edijus, 2000; y Santolaya Macchetti, Pablo, *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2000.

el ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en los procesos electorales del país de origen. A tal efecto se adoptarán las medidas necesarias.

En el primer apartado del artículo 6o. no se hacía referencia alguna a la exigencia de reciprocidad, lo que no significaba que dicha exigencia pudiera obviarse, dado que es un mandato constitucional. No obstante, esa omisión no convertía al precepto en inconstitucional, pues lo importante es que la reciprocidad sí aparezca en los tratados o en las leyes. En la redacción otorgada a este apartado por la Ley Orgánica 8/2000 se hace mención expresa a que el citado derecho se disfrutará “atendiendo a criterios de reciprocidad, en los términos que por Tratado o por Ley sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos”.

Resultaba muy llamativo el apartado segundo del artículo 6o., donde se atribuían a los extranjeros el derecho a “elegir de forma democrática entre ellos a sus propios representantes, con la finalidad de tomar parte en los debates y decisiones municipales que les conciernen, conforme se determina en la legislación de régimen local”.

Se trataría de un derecho para canalizar la participación de los extranjeros a través de representantes, distinto al ejercicio del derecho de voto en los comicios municipales, pues se hacía mención, precisamente, a los extranjeros que no pudiesen participar en las elecciones locales. En su condición de ciudadanos del municipio (se exigía que estuvieran empadronados) tendrían derecho a integrarse en los cauces participativos previstos en la Ley de Bases del Régimen Local, cuyo artículo 69 dispone que:

1. Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.
2. Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley.

No sería posible, sin embargo, ampararse en el derecho reconocido por la Ley Orgánica 4/2000, para participar en las consultas populares previstas en el artículo 71 de la mencionada Ley de Bases:

De conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local.

pues en el artículo 6o. se hablaba de forma expresa de la elección de “representantes”, y además los extranjeros que participasen carecían de derecho de voto.

Sí podría relacionarse esa participación con las previsiones del artículo 72 de la Ley de Bases:

Las Corporaciones locales favorecen el desarrollo de las asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos, les facilitan la más amplia información sobre sus actividades, y, dentro de sus posibilidades, el uso de los medios públicos y el acceso a las ayudas económicas para la realización de sus actividades e impulsan su participación en la gestión de la Corporación en los términos del número 2 del artículo 69. A tales efectos pueden ser declaradas de utilidad pública.

pero entonces se podría concluir que el artículo 6o. no establecía un derecho distinto al que se deriva del ejercicio del derecho de asociación reconocido en la Constitución. A través de estas asociaciones y en los foros creados con tal fin, los extranjeros podrían plantear sus reivindicaciones ante las autoridades locales, pero sin que de esta manera se menoscaben las competencias de los órganos de gobierno de los entes municipales.

Con la reforma de diciembre de 2000 se ha puesto punto final a las especulaciones anteriores, pues a partir de su entrada en

vigor, el único derecho que se reconoce a los extranjeros residentes empadronados en el municipio es de “ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que dispongan los reglamentos de aplicación”.

Por último, en el apartado cuarto del artículo 6o. se disponía que “los poderes públicos favorecerán el ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en los procesos electorales del país de origen. A tal efecto se adoptarán las medidas necesarias”. Como se ha dicho con acierto,<sup>43</sup> es difícil determinar en qué tipo de medidas está pensando la norma, ya que dependerán no de la legislación española sino de la ley electoral del país de origen del extranjero, que será la que concrete si se permite, o no, el voto por correo o en el consulado. Por este motivo, no cabe trasladar de manera automática las previsiones de la LOREG para favorecer el voto en nuestro país de los emigrantes españoles residentes en el extranjero, a los nacionales de otros países que residan en el nuestro. Con la nueva redacción se obliga a los poderes públicos a facilitar el ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en los procesos electorales “democráticos del país de origen”, lo que parece introducir un control por parte de nuestras autoridades a propósito del carácter democrático de dichos procesos. Se suprimen las referencias a “las medidas necesarias”.

Para que los extranjeros puedan participar en los procesos de adopción de decisiones políticas, es necesario que residan en el territorio sobre el que el ordenamiento jurídico aplica sus normas durante un tiempo mínimo del que se pueda presumir una situación de arraigo y, por consiguiente, un interés en participar en el procedimiento de aprobación de aquellas normas. Este plazo mínimo puede ser de mayor o menor amplitud; a nuestro juicio puede utilizarse el que las propias normas ya prevén para que un extranjero pueda acceder en nuestro país a la situación de residente.

A este respecto, la Ley Orgánica 4/2000 precisa (artículo 29) que “los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia, residencia temporal y residencia permanente”.

43 Cfr. Santolaya Macchetti, Pablo, *op. cit.*, nota 42, p. 67.

Si descartamos la situación de estancia, que es la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a noventa días, con una prórroga de la misma duración (artículo 30), por denotar una transitoriedad evidente, parece que bastaría la situación de residencia temporal, que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años (artículo 31.1).

Consideramos suficiente este periodo, pues no basta con el mero transcurso del tiempo, sino que además se exige que el extranjero se encuentre en una situación de la que cabe deducir un arraigo suficiente. En concreto, según la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, la situación de residencia temporal se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el periodo de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa; se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 34 de esta Ley, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. Reglamentariamente se establecerán los criterios a los efectos de determinar la suficiencia de los medios de vida a que se refiere el presente apartado. La administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, así como a aquéllos que acrediten una permanencia en territorio español durante un periodo mínimo de cinco años. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía, en especial por lo que se refiere a la justificación de medios económicos de subsistencia y permanencia de forma continuada en el territorio español. Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países

anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar el permiso de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena (artículo 31.3, 4o. y 5o.).

En definitiva, y teniendo en cuenta los argumentos que se desarrollarán en las siguientes líneas, creemos que, con una situación administrativa de “residencia temporal” en nuestro país, el extranjero tendría que tener derecho a participar en los procesos de adopción de decisiones políticas que se desenvuelven a través del sufragio.

## VI. HACIA UNA PARTICIPACIÓN POLÍTICA BASADA EN LA RESIDENCIA Y NO EN LA NACIONALIDAD

La consecuencia última a la que tendría que conducir el entendimiento de la democracia a partir de la idea de la igualdad formal, es que el reconocimiento de los derechos consustanciales a la ciudadanía política, y de modo especial el sufragio, ha de ponerse en conexión con el sometimiento de la persona a un ordenamiento determinado.

Sin embargo, seguimos inmersos en una concepción “nacional” de la ciudadanía; en la teoría de los estatus (nacional/extranjero), que trae causa de la consideración del “pueblo del que emanan todos los poderes del Estado” como el pueblo formado por las personas que tienen una concreta nacionalidad. Se utiliza así un concepto prejurídico de “pueblo”, entendido como esencia previa al ordenamiento constitucional, que éste no puede sino sancionar y convertirlo así en una categoría jurídica, cuando en términos normativos es obvio que lo que sea el pueblo viene determinado por la existencia de un ordenamiento diferenciado, de un Estado. Y éste podría determinar que el pueblo lo integran el conjunto

de personas sometidas a ese ordenamiento y que, por ese motivo, participan en una relación jurídica que surge a partir de la estancia continuada de los individuos en el territorio sobre el que se aplica dicho ordenamiento.<sup>44</sup>

Así pues, el pueblo del Estado podría definirse con arreglo al criterio jurídico de la residencia, y esta configuración contribuiría a dotar de mayor legitimidad democrática al ordenamiento de que se trate.<sup>45</sup> En primer lugar, porque de esta manera se puede articular la ciudadanía de las personas a partir de su decisión voluntaria de instalarse en un concreto territorio, siempre que se cumplan las exigencias impuestas por el Estado para la entrada en su espacio geográfico. La persona puede intervenir así en la adquisición o pérdida de la ciudadanía.

En segundo lugar, la configuración del pueblo del Estado, de conformidad con el criterio de la residencia, favorece la expresión de la igualdad jurídica y del pluralismo participativo que son consustanciales a un sistema democrático. La relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos, de la que surgen derechos y obligaciones recíprocos, tiene el mismo contenido siempre que exista el dato objetivo de la residencia durante el tiempo mínimo que se establezca, con lo que todas las personas residentes tienen una posición jurídica unitaria y sus derechos subjetivos no dependen de la cualificación concreta que se otorgue a su personalidad.

Cuando el Estado admite que un individuo tenga la condición de residente en su territorio, nos encontramos ante un hecho con relevancia jurídica al que las normas dotan de un contenido formado por un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos que han de desembocar en una posición jurídica unitaria: la de ciudadano. De esta manera, la ciudadanía tendría que

44 El concepto de relación jurídica que aquí se utiliza es el desarrollado por Kelsen en sus obras: Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre* (Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960), Viena, Frank Deuticke, 1976, pp. 167 y ss., y en Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre* (Nachdruck der resten Auflage von 1925), Berlín, Verlag Dr. Max Gehlen, 1966, pp. 82 y ss., y 144 y ss.

45 A favor de una ciudadanía basada en la residencia se muestran, por ejemplo, Cuni-berti, Marco, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padua, Cedam, 1997, pp. 520 y ss.; y Zincone, G., *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie delle società civile*, Bolonia, Il Mulino, 1992, pp. 233 y ss.



ser entendida como una relación jurídica que implica la existencia de unos derechos y obligaciones de carácter abstracto, y no, como ha venido siendo hasta la actualidad, como un concreto estatus de la persona; es decir, como una particular esfera de capacidad jurídica en la que el individuo se ve inmerso cuando entra en contacto con el Estado, lo que impide que las diferentes personas tengan una posición unitaria puesto que su capacidad jurídica se fragmenta en una multiplicidad de estatus diferentes (nacional/extranjero; extranjero comunitario/extracomunitario...).

El ordenamiento, entendido desde una perspectiva normativa,<sup>46</sup> no considera a los individuos en cuanto tales como el contenido de las normas jurídicas, sino que atribuye esa condición a los hechos conectados a una conducta humana; por ejemplo, a la residencia continuada en un determinado territorio. Si se acepta la premisa que aquí se propone, el pueblo del Estado puede definirse con arreglo al criterio jurídico de la residencia, y esta configuración contribuye a dotar de plena legitimidad democrática al ordenamiento que personifica ese Estado.

En esta línea, y desde la óptica de la legitimación democrática del sistema, de su autorreferencialidad constante, todos los residentes tienen que tener la posibilidad de intervenir en la creación y modificación del ordenamiento jurídico al que están sometidos, con lo que se hace posible la expresión de las diferentes concepciones presentes en la sociedad sobre lo que ha de ser la voluntad política del Estado que ha de orientar el contenido de las normas. Desaparece así la diferencia jurídica, incompatible con la democracia, entre “ciudadanos activos” y “ciudadanos pasivos”, entre personas que deciden y personas que únicamente soportan la decisión. En rigor, en democracia no cabe hablar de “ciudadanos pasivos”, pues la ciudadanía presupone la posibilidad jurídica de decidir, de participar, con independencia de que, de hecho, se intervenga o no. Por este motivo, tampoco es aceptable la configuración del sufragio a partir del estatus activo definido por Jelli-

<sup>46</sup> Véase al respecto Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre...*, cit., nota 44, pp. 81 y ss., y 137 y ss.

nek, pues en democracia el individuo además de poder actuar por cuenta del Estado, obra sobre todo por cuenta propia.

Kelsen afirmó en su día que el Estado necesita “súbditos”, no “ciudadanos”. Por eso también el extranjero pertenece al pueblo estatal, desde el momento en que está sometido al orden jurídico; puede carecer de derechos, pero puede estar jurídicamente obligado. 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, dentro del pueblo estatal.<sup>47</sup> Si esta diferenciación entre “súbditos” y “ciudadanos” puede aceptarse cuando hablamos del Estado como personificación de un ordenamiento jurídico en el que la presencia de los “ciudadanos” es contingente, cuando el Estado es democrático los jurídicamente obligados tienen, por eso mismo, derechos y dentro del pueblo no cabe hablar de súbditos, puesto que todos tienen que ser ciudadanos. En un sistema democrático los “ciudadanos” son imprescindibles y, por este motivo, el pueblo al que se imputa como instrumento de legitimación democrática la titularidad de la soberanía, el pueblo del que emanan los poderes del Estado, tiene que corresponderse en la mayor medida posible con el pueblo que ejerce la soberanía a través, sobre todo, de la expresión del sufragio.

Desde esta perspectiva resulta superflua la apelación a un “pueblo” para calificar a un ordenamiento jurídico como Estado. Tal pueblo no existe antes del Estado, y lo que importa, una vez que esa organización estatal se ha constituido, es que tenga una estructura y unos funcionamientos democráticos, lo que se consigue atribuyendo a los sometidos a ese ordenamiento —*el pueblo gobernado*— la facultad de participar en la formación de la voluntad del Estado, actuando así como *pueblo gobernante*. Si la organización estatal responde al principio democrático, la persona que está jurídicamente obligada, precisamente por esa circunstancia, tiene que gozar de los derechos de participación política. Lo importante no es, pues, el “pueblo” del que emanan los poderes del Estado, sino el pueblo que participa en los poderes del Estado y su deli-

<sup>47</sup> Cfr. *ibidem*, p. 160.

mitación no debe realizarse en atención a consideraciones geográficas, históricas o étnicas, sino por el mero hecho de estar sometido al ordenamiento jurídico que forma un Estado. En las palabras, ya clásicas, de Carlo Esposito: “el contenido de la democracia no radica en que el pueblo sea la fuente histórica o ideal del poder, sino en que tenga el poder. Y no sólo en que tenga el poder constituyente, sino también en que a él correspondan los poderes constituidos; no en que tenga la nudo soberanía (que prácticamente no es nada), sino el ejercicio de la soberanía (que prácticamente lo es todo)”.<sup>48</sup>

<sup>48</sup> Cfr. Esposito, Carlo, “Commento all’art. 1 della Costituzione italiana”, en varios autores, *Rasscolta di Diritto Pubblico*, Milán, Giuffrè, 1958, p. 10.