

La reforma del derecho de voto en España

The reform of the right to vote in Spain

Miguel Ángel Presno Linera*

Fecha de recepción: 5 de abril de 2011

Fecha de aceptación: 26 de agosto de 2011

RESUMEN

En este artículo se analizan las exigencias previstas en el derecho español —Constitución y ley electoral— para la determinación de la titularidad del derecho de voto, entendido como derecho esencial para la democracia. El autor concluye que la clave está en considerar la residencia y no la nacionalidad como la base para la atribución del derecho de participación política y por tanto, primero, el derecho de voto tendría que reconocerse, en todo tipo de elecciones, a los extranjeros residentes y, segundo, los españoles que residan de manera prolongada en el exterior no deberían participar en las elecciones en España.

PALABRAS CLAVE: derecho electoral, derecho de voto, nacionalidad, ciudadanía, derechos de los extranjeros.

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, acreditado como catedrático. Correo electrónico presno@uniovi.es; blog jurídico <http://presnolinera.wordpress.com>; página de internet <http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno.htm>.

ABSTRACT

The paper analyzes the requirements established in the Spanish Legal System (Constitution and Spanish Electoral Acts) in order to determine which subjects are entitled to vote in an election, understanding that this right is absolutely essential in a democracy. The author supports the idea that it is necessary to consider “residence”, and not “nationality”, as the legal basis that defines who is entitled with the right to participate in politics. From this perspective, the paper concludes, on one hand, that voting rights should be recognized to foreign residents in all elections. On the other hand, the author suggests that Spanish nationals which are living abroad since a long period of time should not participate in the Spanish elections.

KEYWORDS: electoral law, the right to vote, nationality, citizenship, rights of aliens.

Presentación y antecedentes

El 29 de enero de 2011, se publicaron en el Boletín Oficial del Estado español nº 25 Y las Leyes Orgánicas 2/2011 y 3/2011, ambas de 28 de enero, que han introducido diversas reformas en la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General.

En el origen de estos cambios legales se encuentra, en primer lugar, la encomienda de 27 de junio de 2008 por la que el gobierno solicitó al Consejo de Estado la elaboración de un informe sobre las principales propuestas de reforma del régimen electoral general que estaban siendo objeto de debate político y doctrinal, analizando en particular tanto su ajuste al marco constitucional como su funcionalidad para el conjunto del sistema.

En términos literales, en el escrito remitido por el gobierno al Consejo de Estado se decían, entre otras, las siguientes cosas:

...El Gobierno es plenamente consciente de que el régimen electoral es una pieza clave del Estado constitucional puesto que habilita la participación política de los ciudadanos, transforma sus votos en escaños y, en definitiva, hace operativo el principio democrático en las instituciones del Estado. De ahí que el Gobierno considere que cualquier reforma de la legislación electoral sólo puede abordarse desde el máximo consenso entre todas las fuerzas políticas y dentro del marco constitucionalmente establecido.

Sentadas estas premisas, en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como uno de sus valores superiores el pluralismo político, todas las instituciones y todos los responsables políticos están obligados a prestar la debida atención a las continuas necesidades de actualización del sistema electoral y a las propuestas encaminadas a su perfeccionamiento.

En consecuencia, el Gobierno considera adecuado y conveniente el examen y la valoración de aquellas propuestas de reforma de la legislación electoral que, siendo compatibles con la Constitución,

Miguel Ángel Presno Linera

contribuyan a incrementar la calidad democrática del sistema político y a facilitar el ejercicio del derecho al sufragio por los ciudadanos (Consejo de Estado 2009).

La habilitación normativa para atender esta petición data de la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, que atribuyó al Consejo de Estado la competencia para realizar a solicitud del gobierno “estudios, informes y memorias” e incluso “propuestas de reforma legislativa o de reforma constitucional” (artículo 2.3). Y se encuentran precedentes al informe que nos ocupa en el relativo a las modificaciones de la Constitución española, de 16 de febrero de 2006 (Consejo de Estado 2006), y en el realizado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008 (Consejo de Estado 2008).

No obedece a la casualidad que todos estos informes versen sobre asuntos de extraordinaria relevancia constitucional y política, y se refieran a cuestiones sobre las que existe una importante controversia académica y, lo que obviamente es más trascendente, un profundo desacuerdo entre las principales formaciones políticas, en particular en lo que respecta a las modificaciones constitucionales y electorales.

La Comisión de Estudios del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 24 de febrero de 2009, aprobó, por unanimidad, el informe que analiza, de forma pormenorizada,

I. El marco general de la participación política en la Constitución; II. El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales; III. El voto de los españoles residentes en el exterior; IV. El sistema electoral del Congreso de los Diputados; V. La circunscripción electoral en las elecciones al Parlamento Europeo; VI. La elección de los alcaldes, y VII. Otras cuestiones.

En segundo término, pero relacionado con lo anterior, han de mencionarse los trabajos parlamentarios desarrollados en el seno de la subcomisión creada dentro de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, y cuyo origen fue un compromiso formal contraído por el presidente del gobierno en el debate de investidura para estudiar y evaluar las cuestiones relacionadas con la mejora del régimen electoral general.

No obstante, ya desde el primer momento se apuntaron discrepancias entre los principales partidos políticos acerca del alcance y contenido de la futura reforma electoral: para el Partido Socialista Obrero Español era prioritario reformar el voto de los españoles residentes en el extranjero en las elecciones municipales; el Partido Popular pretendía un cambio del sistema de voto y de su asignación a las circunscripciones en relación con los españoles ausentes; los partidos de implantación general, pero con menos escaños, abogaban por una mayor proporcionalidad del sistema, y para los nacionalistas catalanes y vascos era prioritario modificar la circunscripción única nacional en las elecciones al Parlamento Europeo introduciendo circunscripciones de ámbito autonómico.

Este entramado de propuestas se formulaba sobre una normativa electoral muy asentada y que, con el fin de alcanzar la estabilidad gubernamental, ha favorecido a los dos partidos mayoritarios: el Partido Socialista y el Partido Popular, que de esta manera han venido gobernando España desde 1982, con sólidas mayorías parlamentarias.

No en vano, el punto de partida del régimen electoral español —entendido como el compuesto por las normas válidas para el conjunto de las instituciones representativas, sean del Estado o de las entidades territoriales en las que se organiza— se remonta a los años de la transición política a la democracia; en concreto a la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política y al Real Decreto-Ley sobre normas electorales, de 18 de marzo de 1977. La consolidación de este régimen se producirá, primero, en la Constitución de 1978; en segundo lugar, en los Estatutos de Autonomía; luego arraigará en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, finalmen-

te, en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), en cuya Exposición de Motivos se admite sin pudor que la renovación no es en modo alguno radical, “debido a que el propio texto constitucional acogió los elementos esenciales del sistema electoral contenidos en el Real Decreto-Ley”.

En suma, el camino de las reformas legales que culminaron en enero de 2011 fue desbrozado en el Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General, de 24 de febrero de 2009, y el trabajo parlamentario.

En las líneas siguientes no se hablará de todos los cambios, sino de los más directamente relacionados con el ejercicio del derecho al sufragio, y se abordará la práctica desarrollada por el gobierno español de utilizar instrumentos jurídicos internacionales (acuerdos, canjes de notas) para permitir el ejercicio del sufragio en España de extranjeros cuyo país no pertenezca a la Unión Europea, al tiempo que se favorecía la participación electoral de los españoles residentes en dichos países.

Lo que no se aprobó ni discutió: la reducción de la mayoría de edad electoral

Una de las cuestiones que no se aprobó y ni siquiera fue discutida es la relativa a una eventual rebaja de la mayoría de edad electoral. No deja de llamar la atención esta ausencia sobre una cuestión que, en la línea de los criterios empleados por el gobierno a la hora de orientar el contenido del Informe del Consejo de Estado, se incluyó, al menos, en los programas electorales de Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya-Verds para los comicios del año 2004, y que también ha sido tratada académica e institucionalmente (Presno 2003a, 135). La sorpresa es mayor si se compara con el continuo debate académico y, sobre todo, político a propósito de la reducción de la edad penal o de las decisiones que puede adoptar una persona con 16 años respecto de su salud y los tratamientos médicos a recibir.

Cabe recordar que en algunos ordenamientos es la propia Constitución la que ha establecido la mayoría de edad electoral. Como ejemplo están,

en Europa, el artículo 38 de la Constitución alemana, 61 de la de Bélgica, 57.1 de la de Estonia, 14.1 de la de Finlandia, 16.2 de la de Irlanda, 50 de la de Noruega, 48.2 de la de Portugal, 18.3 de la Constitución de la República Checa, y 2 del Capítulo III de la de Suecia; en América, el artículo 13 de la Constitución chilena, la Enmienda XXVI de la Constitución de Estados Unidos o el artículo 30 de la Constitución peruana. En México, como es bien conocido, la condición de elector (artículo 35 de la Constitución) está vinculada a la ciudadanía, que a su vez requiere el cumplimiento de los 18 años (artículo 34).

En otros casos, como sucede en España, es el legislador electoral el que ha fijado esa edad en los 18 años.

Es también conocido que la exigencia de una edad mínima para el ejercicio del sufragio es coherente con su configuración como instrumento para la participación política de la persona, que requiere la capacidad para autodeterminarse, para intervenir en la formación de las diferentes opciones políticas y para poder pronunciarse sobre ellas, lo que puede hacerse si se cuenta con capacidad suficiente para discernir entre unas y otras propuestas.

La capacidad plena electoral debe ser coherente con la capacidad para el ejercicio de otros derechos de impronta similar, como los de reunión y manifestación, el derecho de asociación, la libertad de expresión o la elección de los representantes sindicales. Y es que si se garantiza y promueve el ejercicio de estos derechos para los menores de 18 años, no parece que existan motivos democráticamente aceptables para excluir al sufragio. Conviene recordar que, además de ejercer otros derechos políticos, con 16 años se puede trabajar o contraer matrimonio y, en España, a esa edad una mujer tiene plena capacidad para decidir acerca de la interrupción voluntaria de su embarazo.

Por otra parte, no debe olvidarse que la reducción de la edad para la emisión del voto ha sido una constante a lo largo de la historia —en España

hasta 1931 la edad electoral era 25 años; en 1931 se rebajó a 23 y en 1977 a 18— y sirve 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. En Austria, tras la reforma legal del 1 de julio de 2007, el ejercicio del sufragio en las elecciones legislativas y del Parlamento Europeo se ha situado en los 16 años, edad en la que también lo han establecido varios cantones suizos.

En esta línea, la Constitución de Nicaragua atribuye la condición de ciudadano a la persona con 16 años, y las de Brasil y Ecuador establecen el sufragio voluntario entre los 16 y 18 años. Es posible también que una circunstancia personal —estar o haber estado casado— se equipare a la mayoría de edad a efectos de presunción de capacidad electoral, como sucede en la Constitución de la República Dominicana.

En España, esta reducción de la edad electoral no requiere —en mi opinión— una reforma constitucional que modifique el artículo 12, en el que se prevé que los españoles son mayores de edad a los 18 años. Ese precepto establece la presunción de que por encima de esa edad todos los ciudadanos tienen la capacidad intelectual necesaria, lo que excluye la posibilidad de que el legislador que desarrolle el derecho fundamental pueda imponer un sufragio capacitario para intervenir en los asuntos públicos; pero por debajo de esa edad no se debe deducir en general una regla restrictiva de la eficacia de los derechos fundamentales, lo que resulta coherente con la consideración de la minoría de edad como un proceso durante el cual la psicología de la persona se va formando y, con ello, su capacidad de autodeterminación.

El derecho de sufragio de los extranjeros residentes

En las páginas siguientes me centraré en el derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales —no afectado por las reformas legales de 2011—; más adelante, me detendré en el análisis del voto de los españoles residentes en el extranjero —modificado en 2011—. Es importante que al estudiar estos dos puntos se traiga al primer plano una idea clave: la progresiva disociación entre nacionalidad y ciudadanía, y es que, como se pone de relieve en la página 44 del Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General,

si el derecho de sufragio en las elecciones municipales se distancia de la nacionalidad para vincularse a la residencia, una coherente aplicación de tal principio llevaría a que los extranjeros residentes en España votaran en el municipio de su residencia y no en el de su nacionalidad; pero también que los españoles que residen en el extranjero votaran en el país en el que residen, y no en España, al menos mientras no vuelvan a residir aquí.¹

Suele creerse que la historia del derecho de sufragio consiste en una constante e imparable extensión, pero lo cierto es que está jalonada por avances y retrocesos, por inclusiones y exclusiones. Estados Unidos constituye un buen ejemplo, pues aunque en los siglos XIX y XX se añadieron tres enmiendas para extender el sufragio a distintas categorías de nacionales (la Enmienda XV, en 1870, para garantizar el voto de los negros; la Enmienda XIX, en 1920, para el sufragio de las mujeres, y la Enmienda XXVI, en 1971, para el voto de los nacionales de 18 años),² en el caso de los

¹ Sobre la doctrina constitucional española, pueden verse las siguientes contribuciones: Aláez 2006, Aja y Díez 2000, Aja 2009, García 2007, Massó 1997, Moya y Viñas 2010, Presno 2003a, Rodríguez 1997, Santaolaya y Reventa 2007 y Santaolaya y Díez 2008.

² Sobre este proceso, véanse Keyssar 2000 y Hayduk 2006.

extranjeros, su derecho al sufragio fue reconocido en las constituciones de numerosos estados durante décadas, pero desapareció en 1926, año en el que se cambió la Constitución de Arkansas, el último estado en abolir ese derecho, todo ello con el aval del Tribunal Supremo.³

Uno de los motivos tradicionales de exclusión de los extranjeros ha sido el temor al menoscabo que podría sufrir la soberanía nacional con la intervención, en la formación de las decisiones políticas, de los nacionales de otro país. En la actualidad no se ha conseguido superar esta prevención y —salvo algunos casos como Chile, Uruguay, Nueva Zelanda y Ecuador— la abstracción de la condición de extranjero se ha admitido, a lo sumo, en las elecciones locales, precisamente por entender que en ellas no se adopta una decisión política que tenga que ver con el ejercicio de las funciones soberanas, reservadas a los nacionales.⁴ Determinados estados van algo más allá al permitir la participación de los extranjeros en elecciones de ámbito regional.⁵

El caso español no ofrece dudas de que la Constitución ha limitado la intervención política de los extranjeros a las elecciones municipales, y la cuestión que ahora interesa es la de los nacionales de países que no forman parte de la Unión Europea, puesto que los ciudadanos de la Unión tienen ya reconocido el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones

³ Hace más de un siglo que el Tribunal Supremo concluyó que los estados pueden conceder el derecho de sufragio a los que son sólo ciudadanos del estado, aunque no sean ciudadanos de Estados Unidos (ts 1904); si bien ya no es así, numerosos estados otorgaron el sufragio a residentes que no eran ciudadanos de Estados Unidos; como dijo expresamente ese Tribunal en *Snowden v. Hughes*, 321 U.S. 1, 7 “The right to become a candidate for state office, like the right to vote for the election of state officers, ...is a right or privilege of state citizenship, not of national citizenship ...” (ts 1943).

⁴ Para una perspectiva amplia de la cuestión, véase la exposición comparada, que incluye el análisis de 32 ordenamientos europeos y cuatro no europeos —Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda— (Waldrauch 2005).

⁵ Como sucede con la Constitución Bolivariana de Venezuela, que extiende el sufragio a las elecciones al Poder Legislativo de cada estado (artículo 64): “el voto para las elecciones parroquiales, municipales y estatales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política”.

municipales del estado en el que residan (artículo 19 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea).

En su informe, el Consejo de Estado entra en el núcleo de la cuestión al ocuparse de los fundamentos que, en su caso, justificarían una extensión del derecho de sufragio en las elecciones municipales y al hacerlo se va intuyendo la simpatía del Consejo con esa eventual ampliación. Entre los argumentos mencionados —aunque no explícitamente asumidos en el informe— están las exigencias del principio democrático, favorecer la integración de los extranjeros, la garantía de la dignidad humana y “la progresiva disociación entre nacionalidad y ciudadanía” (Congreso de Estado 2009).

En la misma línea de la extensión se invocan documentos internacionales y supranacionales de variada significación y alcance: el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo nº 593/2003, sobre “Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea”; la Comunicación de la Comisión sobre Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea, COM (2005) 389, de 1 de septiembre de 2005; el Convenio sobre Participación de extranjeros en la vida pública en el ámbito local, adoptado en 1992 (y no firmado por España a pesar de la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2003); los trabajos de la llamada Comisión de Venecia (European Commission for Democracy through law).

El resultado es contundente:

el reconocimiento del derecho al voto a los extranjeros residentes no es en absoluto una práctica excepcional, sino, antes al contrario, una tendencia progresiva, especialmente en los Estados con democracias más estables y de mayor tradición democrática (Consejo de Estado 2009, 60).

También es cierto que ese reconocimiento

es, generalmente, limitado y condicionado. Limitado, en el sentido de que se ciñe —en la mayoría de los casos— a la participación en las elecciones locales y son pocos los Estados que lo extienden a elecciones estatales o nacionales. Pero también en cuanto que la extensión del reconocimiento es desigual por lo que se refiere al derecho de sufragio activo y al sufragio pasivo, de forma que, al margen de la experiencia interna de la Unión Europea (de la ciudadanía de la Unión), está más generalizado el derecho al voto que el derecho a ser elegible.

Y es condicionado el reconocimiento, por cuanto se exige el cumplimiento de unos requisitos, como la residencia legal previa o permanente. Con carácter general, se exige la residencia legal, lo que puede traducirse en la necesaria inscripción en un registro o en la posesión de una tarjeta de residente. Y, con frecuencia, se requiere también un periodo previo de residencia que suele oscilar entre los dos y los cinco años, a veces ininterrumpida o continuada (Consejo de Estado 2009).

En el caso de los países de la Unión Europea, son mayoría los estados en los que se reconoce a nacionales de terceros estados (no miembros) el derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales (Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Suecia, Portugal y Reino Unido); no obstante, algunos de ellos limitan el reconocimiento al sufragio activo. Por el contrario, el derecho de sufragio sigue reservado a los nacionales (y ciudadanos de la Unión) en Alemania, Austria, Bulgaria, Chipre, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Polonia y Rumania (y, con peculiaridades, Malta y República Checa).

En cuanto a los periodos de residencia previa exigidos, oscilan entre los cinco años (Bélgica, Estonia, Lituania, Luxemburgo y Holanda) y los tres años (Dinamarca y Suecia), aunque en algunos casos no se exige

residencia previa (Hungría e Irlanda), o se establecen periodos variables en función del estado de origen y del sufragio activo o pasivo (Portugal, Reino Unido y Finlandia).

Aunque se acaba de constatar que en el ámbito europeo son mayoría los estados que permiten el sufragio de los extranjeros en los comicios municipales, siguen quedando excluidos de los regímenes electorales regionales y estatales, a pesar de que —a mi juicio— la democratización de los procesos políticos internos e internacionales, la globalización incontenible y el flujo constante de personas de unos países a otros, convierten en perversas y anacrónicas estas exclusiones, y reclaman una mayor extensión de los derechos políticos a los no nacionales;⁶ en suma, una caracterización de la ciudadanía más dinámica y abierta tanto en el ámbito personal de sus beneficiarios como en el material de su contenido.

En un estado democrático los ciudadanos deben serlo por su relación jurídica con el estado, por el conjunto de derechos y obligaciones que integran dicha relación, que no es la consecuencia, sino el presupuesto de la ciudadanía. Cuando el estado admite que un individuo tenga la condición de residente, surge una relación integrada por un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos que tendría que desembocar en una posición jurídica unitaria: la de ciudadano. De esta manera, se puede concebir la ciudadanía como una relación jurídica y no como un concreto *status* de la persona.⁷ Y esta democracia basada en la igualdad formal, al permitir una mayor aproximación entre gobernados y gobernantes, debe convertirse en un modelo a emplear en todas las esferas de poder político del Estado.

Sin embargo, en España, al igual que en otros muchos países, la teoría de los *status* todavía se sigue aplicando en materia de derechos políticos

⁶ Me he ocupado de esta cuestión en “La participación política como forma de integración” (Presno 2003a, 93).

⁷ La teoría de los *status* mantiene en esencia los rasgos dibujados por Georg Jellinek (1919) en su *System der subjektiven öffentlichen Rechte*.

y, en general, en otros ámbitos del ordenamiento.⁸ El *status* que presupone su titularidad es el de nacional.

Seguimos, pues, todavía inmersos en una concepción “nacional” de la ciudadanía; en la teoría de los *status* (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 asume 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 lo que sea el pueblo viene determinado por la existencia de un ordenamiento diferenciado, de un Estado. Y éste podría fijar que “su 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 tal ordenamiento.⁹

Debe recordarse que el ordenamiento, entendido desde una perspectiva normativa (Kelsen 1966), 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, en nuestro caso 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.

En consecuencia, y desde la óptica de la legitimación democrática del sistema, de su autorreferencialidad constante, los residentes deben tener la posibilidad de intervenir en la creación y modificación del ordenamiento jurídico al que están sometidos. Desaparecería así la diferencia jurídica,

⁸ Por citar un ejemplo relevante dentro de la teoría política y sociológica, Thomas H. Marshall se sirve de la idea de *status* para articular su concepto de “ciudadanía” en su obra *Citizenship and Social Class and other essays* (Marshall 1950).

⁹ El concepto de relación jurídica que aquí se utiliza es el desarrollado por Hans Kelsen en sus obras *Reine Rechtslehre* (1976, 167) y *Allgemeine Staatslehre* (1966, 82 y 144).

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 *status activae civitatis* definido por Jellinek,¹⁰ pues en democracia el individuo además de poder actuar por cuenta del Estado, obra, sobre todo, por cuenta propia.

El camino para el reconocimiento de derechos políticos a los extranjeros, al menos en la esfera del gobierno municipal, ha venido siendo impulsado, además de en algunos ordenamientos nacionales, en ámbitos supranacionales, como el Consejo de Europa y la Unión Europea. Por lo que al Consejo de Europa se refiere, y como colofón de un proceso iniciado hace casi 20 años, el 5 de febrero de 1992, se aprobó en Estrasburgo la Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local.

considerando que la residencia de extranjeros en el territorio nacional será, en lo sucesivo, una característica permanente de las sociedades europeas; que los residentes extranjeros están, en el ámbito local, sometidos en general a los mismos deberes que los ciudadanos; conscientes de la participación activa de los residentes extranjeros en la vida y en el desarrollo próspero de la colectividad local, y convencidos de la necesidad de mejorar su integración en la comunidad local, en particular mediante el incremento de

¹⁰ Este *status* 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. Véase Jellinek 1919, 136 y ss.

las posibilidades de participación en los asuntos públicos locales (Consejo de Estado 2009).

En este texto, se dispone (artículo 6) que:

[C]ada parte se compromete, a reserva de las disposiciones del artículo 9.1, a conceder el derecho de voto activo y pasivo en las elecciones locales a todo extranjero residente, con tal de que éste cumpla las mismas condiciones que se aplican a los ciudadanos y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado en cuestión durante los cinco años anteriores a las elecciones (Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local 1992).

Aunque el compromiso de reconocer el sufragio activo y pasivo a los extranjeros se refiere a los nacionales de los países miembros del Consejo de Europa, el tenor del Preámbulo de este Convenio abogaría por su extensión a todo no nacional, pues se habla del “carácter universal e indivisible de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales fundadas en la dignidad de todos los seres humanos” (Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local 1992).

La necesidad de ampliar el espectro de participación política ha sido sancionada también en la Unión Europea, con el Tratado de Maastricht, que en su artículo 8B, además de disponer que

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.

Añade que

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.

Como desarrollo normativo de estas previsiones se han aprobado dos Directivas: la 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 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.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, artículos 39 y 40) se incluyen los derechos de todo ciudadano de la Unión a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en los comicios municipales, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de residencia.

También son de interés las declaraciones que revelan los objetivos perseguidos por las normas comunitarias; así, esta regulación se inserta en la pretensión de crear “una ciudadanía de la Unión”, que trascienda las barreras de las nacionalidades de los estados miembros. Como dicen en sus preámbulos las directivas citadas, “la ciudadanía de la Unión tiene por objeto integrar mejor a los ciudadanos de ésta en su país de acogida” y con ella se “pretende, fundamentalmente, suprimir la condición de nacionalidad que se exige actualmente en la mayor parte de los Estados miembros para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo”.

Esta pretensión reviste extraordinaria importancia, pues con ella se revela que la ciudadanía puede desconectarse de la nacionalidad. Es cierto que aquí la nacionalidad obviada es la de los estados de la Unión Europea, pero el punto de partida es el mismo: la integración de las personas en el país en el que residen y la consideración de los pueblos no como entidades homogéneas nacionales, sino como sociedades abiertas a la participación política de los que comparten una misma residencia y, en consecuencia, el sometimiento a un mismo ordenamiento. No en vano se dice en los preámbulos de las directivas que el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones en el Estado miembro de residencia “es el corolario del derecho de libre circulación y residencia contemplado en el artículo 8A del Tratado”.

Además, las modificaciones necesarias para la incorporación a la Unión Europea de nuevos estados (reconocimiento del sufragio en las elecciones locales y al Parlamento Europeo a los nacionales de los demás miembros de la Unión), han favorecido que la extensión del sufragio beneficie también a residentes de países no comunitarios. Es lo que ha sucedido en Hungría, tanto en elecciones locales como regionales, sin exigir además un lazo previo de residencia, y en Lituania, Eslovaquia y Eslovenia, que permiten votar en las elecciones locales a los residentes permanentes. A esta corriente se han sumado Bélgica y Luxemburgo, que han extendido el derecho de sufragio en los comicios locales a todos los extranjeros con cinco años de residencia.

La aceptación de que las personas pueden circular de un Estado a otro y tienen la posibilidad de establecerse donde lo consideren más oportuno es, pues, el presupuesto del reconocimiento de la capacidad para intervenir en la adopción de las decisiones jurídicas a las que las mismas se ven sometidas. Aceptar que un extranjero se puede instalar en el territorio de un Estado no ha de verse como una forma de incrementar el número de súbditos, sino como una vía para que aumente el número de ciuda-

danos, de personas que intervienen en la formación de la voluntad política del Estado.¹¹

En esta línea se mueven las directivas europeas;

Así, de conformidad con la que regula las elecciones al Parlamento Europeo (artículo 3): “Toda persona que, en el día de referencia: a) sea ciudadano de la Unión según lo previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 8 del Tratado, y que b) sin haber adquirido la nacionalidad del Estado miembro de residencia, *cumpla las condiciones a las que la legislación de este último supedita el derecho de sufragio activo y pasivo de sus nacionales*, tendrá derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro de residencia en las elecciones al Parlamento Europeo, siempre que no esté desposeída de esos derechos en virtud de los artículos 6 ó 7”. “Si, para ser electores o elegibles, los nacionales del Estado miembro de residencia deben residir desde un período mínimo en el territorio electoral se presumirá que cumplen este requisito los electores y elegibles comunitarios que hayan residido durante un período equivalente en otros Estados miembros. Esta disposición se aplicará sin perjuicio de las condiciones específicas relativas al período de residencia en una circunscripción electoral o entidad local determinada” (artículo 5).

De acuerdo con la Directiva relativa a las elecciones locales (artículos 8.2 y 3), “para inscribirse en el censo electoral, *el elector a que se refiere el artículo 3 deberá presentar las mismas pruebas que un elector nacional*. El Estado miembro de residencia podrá además exigir que el elector a que se refiere el artículo 3 [el comunitario no

¹¹ Alude al carácter novedoso de la conexión entre libertad de circulación y ejercicio de los derechos políticos Marco Cuniberti (1997, 249 y 518). En la libertad de circulación también fundamenta Luigi Ferrajoli su concepción de la ciudadanía y de los derechos a ella inherentes. Este trabajo puede leerse en *Derechos y garantías* (Ferrajoli 1999b, 97).

nacional] presente un documento de identidad en vigor, así como una declaración formal en la que conste su nacionalidad y su domicilio en el Estado miembro de residencia. 3. *El elector a que se refiere el artículo 3 que figure en el censo electoral permanecerá inscrito en el mismo, en idénticas condiciones que el elector nacional, hasta que se produzca su exclusión por haber dejado de cumplir los requisitos exigidos para el ejercicio del derecho de sufragio activo*".[‡]

Estos indudables avances no pueden ser, desde luego, la culminación de las aspiraciones de un sistema democrático, que, por definición, debe estar al servicio de la expresión plural de las comunicaciones políticas, socioeconómicas y culturales de todas las personas, nacionales o no. Como ya se ha dicho, la absorción de la ciudadanía por la nacionalidad, y la correlativa circunscripción de la capacidad de participación en el ejercicio de la soberanía únicamente a los individuos pertenecientes a la nación, definida conforme a parámetros que poco o nada tienen que ver con su mayor o menor sujeción al ordenamiento jurídico, resultan difícilmente compatible con esta comprensión funcional del 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 que participa en los poderes del Estado, y la delimitación de este pueblo 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.

Así, en las propias directivas comunitarias mencionadas más arriba, se declara que nos encontramos ante una "aplicación del principio de igualdad y de no discriminación entre ciudadanos nacionales y no nacionales" y que

los ciudadanos no nacionales no deben estar sujetos a condiciones específicas a menos que, excepcionalmente, pueda justificarse un

‡ Énfasis añadido.

trato diferente de los nacionales y de los no nacionales por circunstancias especiales que distingan a estos últimos de los primeros.

Es decir, en la configuración jurídica del “pueblo gobernado” del municipio que ha de actuar como “pueblo gobernante”, no se distingue entre nacionales y extranjeros, sino entre quienes residen en el municipio y los meros transeúntes. Se está, como se ha dicho, ante “algo que tiene más trascendencia que una mera equiparación entre nacionales y extranjeros; significa el cambio de un criterio de igualdad sustancial a otro de igualdad formal” (Bastida 1998); en pocas palabras, ante una “democracia sin homogeneidad” (Gozzi 1997), sin una precomprensión social, étnica, política, económica o religiosa de los ciudadanos, cuya relación con el Estado no depende de una previa cualificación jurídica de su personalidad.

Esta idea de la identidad de poder político en las diferentes esferas territoriales del Estado está presente de manera expresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. En particular, respecto a la idea de la “unicidad de la legitimidad democrática”, se mantiene que el artículo 28.1.2ª de la Constitución de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 (“En los *Länder*, Distritos y Municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida del sufragio universal, directo, libre, igual y secreto”), implica que las decisiones esenciales relativas a los principios de la soberanía del pueblo, de la democracia y de un procedimiento electoral democrático, no se refieren únicamente a los ámbitos federal y federado, sino también a las subdivisiones de los estados, a los municipios y a las agrupaciones de municipios. “Esa disposición garantiza pues a todas las colectividades sobre el territorio de la República Federal de Alemania la unicidad de la legitimidad democrática” (*BVerfGE* 83, 37 [53]). El artículo 28.1.2ª no considera que el pueblo sea únicamente sujeto de legitimación de los *Ländern*, sino también de los municipios y de los distritos.

Es el sujeto real de la propia administración y debe, en consecuencia, tener una representación que ha de ser elegida de acuerdo con

los mismos principios que rigen para las elecciones al *Bundestag* y a los Parlamentos de los Estados (BVerfGE 83, 37 [55] y BVerfGE 83, 60).¹²

Es significativo que el propio Tribunal Constitucional Federal alemán, en las sentencias antes citadas, declarase que

el principio democrático, en especial la idea de libertad contenida en él, exige establecer una congruencia entre los portadores de los derechos políticos democráticos y quienes están habitualmente sometidos a una determinada dominación estatal.

No obstante, debe recordarse que estas sentencias declararon inconstitucionales leyes que pretendían extender a los extranjeros el derecho de sufragio en las elecciones locales. Los frustrados intentos tuvieron lugar en el año 1989 en la ciudad-estado de Hamburgo (ley de 20 de febrero) y en el estado de Schleswig-Holstein (ley de 21 de febrero).¹³

Una cuestión relevante es, como prevé la Constitución española, la exigencia de reciprocidad con los españoles residentes en el Estado del que

¹² <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083037.html> y <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083060.html>.

¹³ En la Ley de Hamburgo de 20 de febrero de 1989 se permitía a los extranjeros, con ocho años de estancia y permiso de residencia, que votasen en las elecciones de distrito. En Schleswig-Holstein se permitía el voto, bajo la premisa de la reciprocidad, en las elecciones municipales a los residentes de nacionalidad holandesa, irlandesa, noruega, sueca y suiza que tuvieran una residencia legal de, al menos, cinco años. Los fundamentos en los que basó el Tribunal sus decisiones fueron, en esencia, que la legitimidad democrática del poder estatal está íntimamente relacionada con el “pueblo alemán”, que se articula a partir de la nacionalidad. La conexión entre los elegidos y los que pueden elegirse se aplica también en el ámbito de los estados federados y en los municipios. No admitió, en consecuencia, la extensión a los extranjeros de la condición de sujetos portadores de legitimidad democrática, lo que no impedía que se les facilitara la adquisición de la nacionalidad alemana y así pudieran ejercer derechos políticos. En 1992 se reformó la Constitución alemana, de manera similar a lo que sucedió en otros países comunitarios, como España, para permitir el sufragio activo y pasivo en las elecciones locales de los nacionales de los demás países de la Comunidad Europea.

es nacional el extranjero para que éste pueda votar en España. El mero hecho de que los españoles residentes en un Estado extranjero tengan derecho de sufragio no implica, *ex Constitutione*, que los nacionales de ese Estado tengan derecho de sufragio en España. Tiene que ser la ley o un tratado los que lo establezcan y, en todo caso, no está obligado el legislador español a reconocérselo en los términos que allí se les reconoce a los españoles.

De acuerdo con el principio de una interpretación favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, se podría reconocer el derecho de sufragio activo a los extranjeros residentes en España en las mismas condiciones que los españoles, siempre que a éstos se les permita votar en las elecciones municipales del Estado respectivo, aun cuando esto último esté sometido a otras restricciones. Incluso podría hacerse sin imponer a los extranjeros residentes en España condicionamientos que sí se impongan a los españoles residentes en ese otro Estado. En definitiva, la exigencia de que la ley atienda a criterios de reciprocidad no se debe identificar con la necesaria aplicación de un rígido régimen de reciprocidad. En todo caso, si en el Estado extranjero no pueden votar los españoles, bien sea por tratarse de un Estado no democrático o de uno que reserva el sufragio a sus nacionales, tampoco la ley o el tratado podrán permitir que en España voten esos nacionales.

Ese es el problema —un problema que afecta al principio democrático— que plantea la reciprocidad, y la manera de solventarlo sería reformar el precepto de la Norma fundamental para eliminar la reciprocidad.

Es obvio que existe otra posibilidad para que los extranjeros puedan acceder a los derechos políticos: la de adquirir previamente la nacionalidad, lo que revela un compromiso o, por lo menos, supone la asunción expresa de unos deberes de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes (Código Civil, artículo 23, apartado a). Esta idea fue sugerida en su momento por el Tribunal Constitucional Federal alemán al rechazar

el sufragio reconocido a los extranjeros en las legislaciones de Hamburgo y Schleswig-Holstein (Prof. Dr. Axel Tschentscher).¹⁴

En el caso español, a los nacionales de países iberoamericanos o de otros que tienen una particular vinculación les bastan dos años de residencia para acceder a la nacionalidad, lo que entraña el reconocimiento de plenos derechos políticos (sufragio activo y pasivo en todo tipo de elecciones). Además, pueden adquirir la nacionalidad española sin pérdida de la suya (artículo 23 del Código Civil, apartado b) y sin exigencia alguna de reciprocidad. En cambio, para un reconocimiento más limitado —derecho de sufragio en las elecciones locales— se exige, con carácter general, que se haga atendiendo a criterios de reciprocidad (aunque también sin exigencia alguna de que se preste juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes).

En mi opinión, en primer lugar, sería conveniente que se favoreciera, reduciendo plazos y requisitos, la adquisición de la nacionalidad a los extranjeros procedentes de países sin esas presuntas vinculaciones históricas con España. Y digo presuntas porque en el año 2011 no parece que sea mayor la vinculación que tienen con España los nacionales de Filipinas o de Guinea Ecuatorial que la que tienen los marroquíes. En todo caso, diez años de residencia legal, continua e inmediatamente anterior a la petición me parecen excesivos.¹⁵

¹⁴ <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083037.html> y <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083060.html>.

¹⁵ Así, en España, según el artículo 22 del Código Civil: "1. Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes. 2. Bastará el tiempo de residencia de un año para: a) El que haya nacido en territorio español. b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar. c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en el momento de la solicitud. d) El que al tiempo de la solicitud llevara un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho. e) El viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho. f) El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles. 3. En todos los casos, la

Y, en segundo lugar, la adquisición de la nacionalidad no debe ser la única vía para el ejercicio de los derechos políticos por parte de los extranjeros, máxime cuando hay numerosos casos (Cuba, Brasil, Argelia) en los que la adquisición de la nacionalidad española llevaría aparejada la pérdida de la nacionalidad de origen, lo que puede suponer un precio muy alto para el interesado por el consiguiente quebranto personal, familiar y legal que tal circunstancia genera, en especial en los emigrantes de primera generación. En definitiva, si la persona, nacional o extranjera, está sujeta de manera continua a la autoridad del Estado, éste debe remover los obstáculos constitucionales y legales necesarios para darle “voz, y en última instancia una voz igualitaria, respecto de lo que la autoridad haga”. En términos de teoría de la justicia, otra cosa “no es libertad comunitaria sino opresión” (Walzer 1993).

Finalmente, y volviendo al derecho electoral positivo, debe comentarse que para promover el ejercicio del sufragio en las elecciones municipales por parte de los extranjeros residentes en España, el gobierno desarrolló una actividad diplomática a lo largo del año 2009 que le permitió concluir canjes de notas con Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Islandia, Paraguay y Perú, que se sumaron al ya existente con Noruega.¹⁶ La regla es que

residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. A los efectos de lo previsto en el párrafo d) del apartado anterior, se entenderá que tiene residencia legal en España el cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero. 4. El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española”.

¹⁶ Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Estado Plurinacional de Bolivia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2009 (BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010). Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Praia el 8 de abril de 2009 (BOE núm. 11, 13 de enero de 2011). Canje de Notas, de 12 de mayo de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro (BOE núm. 35, de 9 de febrero de 2010). Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia, sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 5 de febrero de 2009 (BOE núm.

los nacionales de estos países deben estar en posesión de la correspondiente autorización de residencia en España y haber residido, legal e ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a su solicitud de inscripción en el censo electoral. La excepción es la de los nacionales noruegos, que precisan tres, y no cinco, años de residencia. En contrapartida, Bolivia y Perú únicamente exigen dos años de residencia a los españoles.

En las elecciones municipales de 22 de mayo de 2011 podrían votar, de acuerdo con esas condiciones, 350,287 personas, destacando especialmente el número de ecuatorianos (168,639) y colombianos (95,192). Sin embargo, el requisito adicional de que la persona interesada tuviera que presentar una solicitud hasta el día 25 de enero de 2011 y que fuera la primera ocasión, salvo en el caso de los noruegos, ha provocado que en la práctica el número de estos electores sea mucho más reducido: 51,582, de los que 25,460 son ecuatorianos y 12,536 colombianos.

El voto de los nacionales residentes en el extranjero

Esta interrogante alude al sufragio de los nacionales de un Estado que no viven en su ámbito territorial de manera continua, cuyo ejemplo más significativo vendría constituido por los emigrantes que se han asentado y

18, de 21 de enero de 2010). Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Quito el 25 de febrero de 2009 (BOE núm. 4, de 5 de enero de 2010). Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Islandia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y París el 31 de marzo de 2009 (BOE núm. 305, de 16 de diciembre de 2010). 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 Anejo (BOE núm. 153, de 27 de junio de 1991). Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Paraguay sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y Asunción el 13 de mayo de 2009 (BOE núm. 150, de 21 de junio de 2010). Canje de Notas, de fecha 6 de febrero de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Perú sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro (BOE núm. 122, de 19 de mayo de 2010).

residen en otro país y que, en algunos casos, suponen un número relativamente alto de personas y, por tanto, de potenciales sufragios. Es paradigmático el caso de México, uno de los países con mayor número de emigrantes y que, además, se concentran en un porcentaje altísimo en un único país, Estados Unidos.¹⁷

En algunos textos constitucionales (artículos 171 y 176 de la Constitución colombiana,¹⁸ 68.5.2 de la española,¹⁹ 14 de la portuguesa,²⁰ 48 de la

¹⁷ Véanse al respecto las conclusiones del *Seminario internacional sobre el voto en el extranjero* (1998) y el *Estudio comparado sobre el voto en el extranjero* (2002). Para conocer la normativa debe consultarse el Cofipe (2008). Sobre la participación en las elecciones presidenciales de 2006 pueden consultarse los datos en <http://www.ife.org.mx/documentos/OE/participacion2006/votomex.html>. La información para las elecciones de 2012 está disponible en <http://www.votoextranjero.mx/>.

En el ámbito doctrinal véanse el estudio, centrado en el derecho mexicano, pero con amplias referencias comparadas, de Carpizo y Valadés (1998); del profesor Valadés (2005) también “Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos”. Otros estudios a tener en cuenta son los de López Macías (2004), Badillo Moreno (2004) y Zebadúa (2004).

¹⁸ Artículo 171: “Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República”; artículo 176: “La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior”. Según el artículo 116 del Código Electoral, “Los ciudadanos también podrán sufragar en el exterior para Presidente de la República, en las Embajadas, Consulados y demás locales que para el efecto habilite el Gobierno, previa inscripción de la cédula de ciudadanía o pasaporte vigente, hecha ante la respectiva Embajada o Consulado, a más tardar quince (15) días antes de las elecciones... Una vez cerrada la votación, hechos los escrutinios de cada mesa y firmada las actas, los jurados harán entrega de éstas y demás documentos que sirvieron para las votaciones al funcionario correspondiente que inmediatamente los enviará, en sobre debidamente cerrado y sellado, al Consejo Nacional Electoral, para que sean tenidos en cuenta en el escrutinio general”.

¹⁹ “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); resulta llamativo que este mandato al legislador se realice únicamente en el precepto que contiene los elementos esenciales del sufragio activo para el Congreso de los Diputados, pero no se reitera ni en el artículo siguiente, el de la elección de los senadores, ni tampoco para la elección de los concejales (artículo 140) y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas mencionadas en el artículo 152. No obstante, el legislador electoral ha extendido la participación de los españoles residentes en el extranjero a todo tipo de procesos electorales.

²⁰ “Los ciudadanos portugueses que se hallen o residan en el extranjero gozarán de la protección del Estado para el ejercicio de los derechos y estarán sujetos a los deberes que no sean incompatibles con la ausencia del país.”

italiana,²¹ 63 de la ecuatoriana²²) esta situación ha sido reconocida de manera expresa —aunque con arreglo a modalidades distintas— por el Constituyente, que ha considerado necesario asegurar la participación política de los nacionales que residen en el extranjero, por lo que esta posibilidad no queda a disposición del legislador, cuyo protagonismo se reduce a la articulación de los mecanismos necesarios para hacer viable y efectiva esa participación.

El compromiso normativo de los estados puede tener también un origen internacional, por formar parte de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y que entró en vigor el 1 de julio de 2003.²³

²¹ Con la Ley Constitucional n° 1/2000, de 17 de enero, se ha introducido una reforma en los artículos 48, 56 y 57 de la Constitución, a efecto de instituir una circunscripción “exterior” para el ejercicio del derecho de voto de los italianos residentes en el extranjero. El artículo 48 dispone ahora que “La ley establecerá los requisitos y modalidad de ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos residentes en el extranjero, asegurando su efectividad. Con este fin se crea una circunscripción extranjera para la elección de las Cámaras, a la que serán asignados escaños en el número fijado por la norma constitucional y según los criterios determinadas por las leyes”. De acuerdo con el nuevo artículo 56, 12 de los 630 miembros de la Cámara de Diputados se elegirán en esa circunscripción; según el artículo 57 de la Constitución, de los 315 senadores electivos, 6 se elegirán por los residentes en el extranjero. El desarrollo normativo de estas disposiciones está en la Ley n° 459, de 27 de diciembre de 2001, de normas para el ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos italianos residentes en el exterior. Más información institucional en http://www.esteri.it/ita/4_29_73_313.asp.

²² Tienen derecho a elegir a la presidenta o presidente y a la vicepresidenta o vicepresidente de la República, representantes nacionales y de la circunscripción exterior.

²³ http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/m_mwctoc_sp.htm. En su artículo 14 dispone que “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación. 2. Los Estados de que se trate facilitarán, según corresponda y de conformidad con su legislación, el ejercicio de esos derechos”. Como se constata tanto del título de la Convención como del enunciado del artículo 41, si bien se dirige a la protección de un concreto colectivo de nacionales residentes en el exterior —los trabajadores—, tiene un ámbito de aplicación mucho mayor, pues se extiende también a sus familiares: “A los efectos de la presente Convención, el término “familiares” se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación

El modelo mexicano, como ya se ha apuntado, presenta especial interés por ser uno de los más recientes, por la controversia política, social y doctrinal que ha suscitado y continúa provocando,²⁴ y por el potencial número de personas beneficiadas,²⁵ aunque se pueden mencionar otros ejemplos en Iberoamérica, como los que representan la legislación argentina, la dominicana, la hondureña y la venezolana, además de los ya citados de Colombia y Ecuador.

El fundamento de este reconocimiento del sufragio a los compatriotas que vivan fuera del territorio estatal se ha encontrado en su condición de nacionales, que les acompaña con independencia del ámbito territorial en el que residan, aunque ya se han citado otros argumentos en relación con determinadas categorías de nacionales (militares, marinos, diplomáticos) o respecto de todos los que vivan en el extranjero (como forma de estrechar los lazos con su país, por razones de universalidad del sufragio y de principio democrático o para compensar sus aportaciones a la economía nacional).²⁶

En algunos casos, el ejercicio del sufragio de los ausentes se limita a la participación de la elección de un órgano de representación nacional, como la presidencia y, en su caso, la vicepresidencia de la República o figuras afines (es lo previsto en la actualidad en Francia y Honduras). En estos supuestos no se requiere una determinada conexión con una concreta parte del territorio nacional como, por ejemplo, la última residencia. Aunque en México el voto de los residentes en otros países tuvo en principio una dimensión presidencial federal, desde el año 2007, también los michoacanos que viven o se encuentran en otros países pueden votar para elegir gobernador del estado.

aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate" (artículo 4).

²⁴ Polémica que también se suscitó en Italia. Las diferentes tesis doctrinales y político-constitucionales pueden consultarse en Martines 1984 y Varios Autores 1988.

²⁵ Véase el estudio de Valadés 2005.

²⁶ Se extiende sobre estos argumentos Carpizo 1998, 75 y ss.

En otros ordenamientos, como el portugués²⁷ y el italiano,²⁸ se ha creado una circunscripción especial constituida precisamente por los nacionales que residen en el extranjero, a los que se les asigna la elección de un determinado número de representantes. Se trata de una circunscripción que se delimita por la circunstancia personal de estar residiendo en el extranjero, también prevista en la Constitución colombiana para las elecciones a la Cámara de Representantes.

Existen otros sistemas constitucionales, como el argentino, el español hasta enero de 2011, el colombiano para las elecciones al Senado, el canadiense, el peruano, el venezolano y el estadounidense, en los que los residentes en el extranjero participan en los mismos comicios que sus compatriotas residentes en el territorio nacional. En algunos de estos casos, para el ejercicio del sufragio no basta con la condición de nacional, sino que es necesaria además una concreta vinculación con un espacio geográfico del territorio de su país, lugar donde, a efectos político-electorales, a esa persona se le sigue considerando residente y, por tanto, con capacidad para intervenir en la adopción de las decisiones políticas que afecten a esa concreta comunidad. Se pretende así una mayor vinculación a los designios políticos de esa parte del territorio a la que se presume que el ciudadano ausente sigue unido y con la que, en cierta medida, se identifica.

²⁷ Conforme a lo dispuesto en la Ley Electoral (artículo 12.4), en Portugal existen dos circunscripciones de esta naturaleza: la de los que residen en países europeos y la que comprende a los residentes en cualquier otro país. A cada una de ellas le corresponde la elección de dos diputados de la Asamblea de la República (Lei Eleitoral da Assembleia da República Lei 14/79, 16 Maio).

²⁸ Como ya se ha apuntado, de acuerdo con el artículo 56 de la Constitución, 12 de los 630 miembros de la Cámara de Diputados se elegirán en esa circunscripción; según el artículo 57, de los 315 senadores electivos, seis se elegirán por los residentes en el extranjero. De acuerdo con la Ley 459/2001, de 17 de diciembre, por la cual se establecen las normas para el ejercicio del derecho de voto por los ciudadanos italianos residentes en el exterior, se distinguen cuatro áreas: a) Europa, incluidos los territorios asiáticos de la Federación Rusa y Turquía, b) América del Sur, c) América del Norte y Central y d) África, Asia, Oceanía y la Antártida; en cada una de las subdivisiones anteriores se eligen un diputado y un senador, mientras que los demás escaños se distribuyen entre las mismas en proporción al número de ciudadanos italianos que viven allí, de acuerdo con la lista de ciudadanos italianos en el extranjero.

Esta exigencia demuestra que el problema del reconocimiento del derecho de sufragio no encuentra la solución acudiendo a meros criterios de nacionalidad, sino tomando en cuenta la “vecindad política”. Por tanto, la “residencia-ausencia” se presume como una situación de cambio geográfico, con obvias consecuencias económicas, sociales y personales, que no lleva aparejada una desvinculación política completa de la comunidad de la que se es originario.

En estos casos, el “domicilio” y los correspondientes derechos políticos acompañan a los nacionales que se trasladen al extranjero y se extienden, incluso, a sus descendientes, aunque nunca hayan residido en el territorio nacional. La decisión política electoral de estas personas tendrá el mismo valor que la de las que siguen residiendo en ese territorio y sobre las que en su momento se proyectarán las decisiones políticas y las normas jurídicas que aprueben los elegidos por todos ellos.

En cuanto al ejercicio del derecho de sufragio, son dos las modalidades más frecuentes: el voto por correspondencia y el presencial en las embajadas y consulados.

Pues bien, el voto de los españoles residentes en el extranjero es una de las reformas más relevantes de las llevadas a cabo en 2011. Antes se debatió si la Norma fundamental impone su sufragio en las elecciones municipales y la respuesta es clara: el sufragio en elecciones distintas al Congreso de los Diputados es una decisión del legislador, que se remonta a la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, que ha pervivido en la LOREG y se ha ratificado en la Ley 40/2006.

A mi juicio, permitir el ejercicio del sufragio por nacionales que no hayan vivido nunca en el territorio de su Estado o que llevan un número mínimo de años (cinco, seis o más) fuera de él, es censurable: si la democracia demanda que participen en la toma de las decisiones los destinatarios de las mismas, no me parece que se pueda considerar destinatario a una persona que, si bien conserva el vínculo de la nacionalidad con un ordenamiento, ha dejado de residir en el ámbito geográfico de aplicación de sus normas

muchos años atrás, como sucede con los que llevan años residiendo fuera de su país de origen o, incluso, que ni siquiera hayan estado ahí, como los que nacen fuera del territorio nacional. Bien pudiera ocurrir que lo que en verdad interesara a estas personas es tener plenos derechos políticos en el lugar en el que residen, cuyas normas les afectan de manera directa y cotidiana, y no tanto la posibilidad de participar en procesos electorales lejanos geográfica y políticamente.²⁹

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que exigir la residencia en el territorio nacional “no es en sí irrazonable o arbitrario” (*Hilbe c. Liechtenstein* (dec.), n° 31981/96, CEDH 1999-VI) y en el asunto *Melnitchenko c. Ucrania*, de 19 de octubre de 2004 (TEDH 2004), concluyó

que la obligación de residir en el territorio nacional para poder votar se justifica en las razones siguientes: 1. Un ciudadano no residente está afectado de manera menos directa o continuada por los problemas cotidianos de su país y él los conoce peor; 2. Puede resultar difícil (o casi imposible) o inoportuno para los candidatos al Parlamento exponer las diferentes opciones electorales a los ciudadanos residentes en el extranjero, de manera que se respete la libertad de expresión; 3. La influencia de los ciudadanos residentes en el territorio nacional en la selección de los candidatos y en la formulación de sus programas electorales, y 4. La correlación existente entre el derecho de voto para elecciones legislativas y el hecho de estar directamente afectado por los actos de los órganos políticos así elegidos.

Si la confrontación de las fuerzas sociales, de sus ideas e intereses, sólo se puede articular si los procedimientos de decisión en ejercicio del

²⁹ De la misma opinión, Carpizo 1998, 79.

poder público y, por consiguiente, los fines políticos le son previsibles y comprensibles al ciudadano, y si éste, como elector, puede comunicarse con el poder público al que se haya subordinado,³⁰ los fines políticos difícilmente le resultarán previsibles a las personas que no pueden participar en su definición ni asistir a su expresión cotidiana.

En definitiva, en mi opinión, y con la salvedad de que la Constitución les garantiza el voto en las elecciones al Congreso, debiera eliminarse el sufragio de los españoles residentes en el exterior, salvo que, en la línea prevista en Canadá o Portugal, su ausencia no sea prolongada, lo que podría concretarse en el periodo que se impone a los extranjeros avecindados para que puedan votar (cinco años en el ámbito del Consejo de Europa según la Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, idéntico plazo al previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980); otro criterio podría ser la duración del mandato del órgano en cuya elección pueden participar (cuatro años).

De esta manera se garantizaría el sufragio de los nacionales que están fuera de manera breve (por razones de estudio o de un trabajo temporal) o cuya salida se debe precisamente al cumplimiento de misiones ordenadas por órganos del Estado (militares, diplomáticos, miembros de organismos internacionales, personal en misiones en el extranjero), y en cuya elección han de poder intervenir, pues son destinatarios directos de sus decisiones.

En España, el legislador no ha ido tan lejos y en la mencionada reforma de enero de 2011 se ha limitado a excluirlos de las elecciones municipales desde el momento en el que se inscriban en el Censo de Residentes Ausentes, lo que ha supuesto para los comicios de 22 de mayo de 2011 que se haya pasado de 1,167,144 posibles votantes en el exterior a 5,715, que son los que pueden votar en las poblaciones de Ceuta y Melilla.

³⁰ BVerfGE 89, 155 [185] (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv089155.html>); también BVerfGE 5, 85 [135, 198, 205] (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv005085.html>) y BVerfGE 69, 315 [344 y ss.] (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv069315.html>).

Fuentes consultadas

- Aláez Corral, Benito. 2006. *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?* Madrid: CEPC/Tribunal Constitucional.
- Aja, Eliseo. 2009. Los derechos políticos y en particular el derecho de sufragio. En *Los derechos de los inmigrantes*, ed. Eliseo Aja. Valencia: Tirant.
- y Laura Díez. 2000. *La participación política de los inmigrantes*. Disponible en <http://www.revistalafactoria.eu/articulo.php?id=141> (consultada el 30 de junio de 2011).
- Badillo Moreno, Gonzalo. 2004. *El voto de los mexicanos en el extranjero: documentos*. Gobierno del Estado de Michoacán.
- Bastida Freijedo, Francisco. 1998. “La soberanía borrosa: la democracia”. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (Soberanía y Constitución)* 1. Disponible en <http://www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/primer/index.html>.
- CDFUE. 2000. “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículos 39 y 40”. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 28 de diciembre.
- Carpizo, Jorge y Diego Valadés. 1998. *El voto de los mexicanos en el extranjero*. México: UNAM.
- Cofipe. 2008. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Ordenamientos electorales. Tomo II. México: Instituto Federal Electoral. Disponible en http://normateca.ife.org.mx/internet/files_otros/NFI/REG2.pdf (consultada el 30 de junio de 2011).
- Consejo de Estado. 2006. Informe sobre Modificaciones de la Constitución Española. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf>.
- . 2008. Informe del Consejo de Estado sobre la Inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento Español. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>.

- . 2009. Informe del Consejo de Estado Sobre las Propuestas de Modificación del Régimen Electoral General. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf>.
- Constitución Bolivariana de Venezuela. 2000. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. 24 de marzo.
- Cuniberti, Marco. 1997. *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*. Padua: Cedam.
- Ferrajoli, Luigi. 1999a. Dai diritti del cittadino ai diritti della persona. En *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Danilo Zolo. Roma-Bari: Laterza.
- . 1999b. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- García Vázquez, Sonia. 2007. *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*. Valencia: Tirant.
- Gozzi, Gustavo. 1997. Cittadinanza e democrazia. Elementi per una teoria costituzionale della democrazia contemporanea. En *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*. Bolonia: Il Mulino.
- Hayduk, Ron. 2006. *Democracy for All. Restoring Immigrants Voting Rights in the United States*. Nueva York: Routledge.
- Jellinek, Georg. 1919. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen.
- Kelsen, Hans. 1966. *Allgemeine Staatslehre* (Nachdruck der resten Auflage von 1925). Berlín: Verlag Dr. Max Gehlen.
- . 1976. *Reine Rechtslehre* (Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960). Viena: Frank Deuticke.
- Keyssar, Alexander. 2000. *The Right to vote. The contested history of democracy in the United States*. Nueva York: Basic Books.
- López Macías, Jesús Gerardo. 2004. *El voto de los mexicanos en el extranjero*. Instituto Electoral y de Participación Ciudadana de Coahuila.
- Marshall, Thomas H. 1950. *Citizenship and Social Class and other essays*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Martines, Temistocle. 1984. Artículo 56-58. En *Comentario della Costituzione, Le Camere*, Zanichelli-II Foro, tomo I: 59-60.
- Massó Garrote, Marcos Francisco. 1997. *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y de derecho de acceso a funciones públicas*. Madrid: Colex.
- Moya, David y Alba Viñas (eds.). 2010. *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer.
- Presno Linera, Miguel Ángel 2003a. *El derecho de voto*. Madrid: Tecnos.
- . 2003b. *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez-Drincourt, Juan. 1997. *Los derechos políticos de los extranjeros*. Madrid: Civitas.
- Santaolaya, Pablo y Miguel Reventa. 2007. *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*. Madrid: CEPC.
- y María Díez Crego. 2008. *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de derecho comparado*. Madrid: CEPC.
- TEDH. 2004. European Court of Human Rights. Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>.
- TS. 1904. Pope v. William. Disponible en <http://laws.findlaw.com/us/193/621.html>.
- . 1943. Snowden v. Hughes. Disponible en <http://laws.findlaw.com/us/321/1.html>.
- Valadés, Diego. 2005. "Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 112: 365-403. Disponible en http://www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/bolmex112/BMD11210.pdf (consultada el 30 de junio de 2011).
- VV. AA. 1988a. *Esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero*. Roma: Ministero degli Affari Esteri-CNEL.
- . 1998b. *Seminario internacional sobre el voto en el extranjero del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral*,

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Instituto Federal Electoral.
- . 2002. *Estudio comparado sobre el voto en el extranjero*. México: Instituto Federal Electoral.
- Waldrauch, Harald. 2005. Electoral rights for foreign nationals: a comparative overview. Presentada en “ESF/LESC-SCSS Exploratory Workshop. Citizens, non-citizens and voting rights in Europe”, 2 al 5 junio, en Edimburgo, Gran Bretaña. Disponible en https://digitalcollections.anu.edu.au/bitstream/1885/41780/3/waldrauch_paper.pdf (consultada en mayo de 2011).
- Walzer, Michael. 1993. *Spheres of Justice*, Nueva York: Basic Books;
- . 2001. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Zebadúa, Emilio. 2004. *El voto de los mexicanos en el extranjero: constitucionalidad y retos jurídicos*. Centro de Producción Editorial.

