

EL VOTO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y EL VOTO DE LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO. A PROPÓSITO DEL INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA (*)

«Si la persona está sujeta a la autoridad del Estado “debe dársele voz, y en última instancia una voz igualitaria, respecto de lo que la autoridad haga... otra cosa no es libertad comunitaria sino opresión”» (Michael WALZER).

«Una cuestión muy importante para determinar si una sociedad es decente es la de si rechaza considerar como miembros suyos a quienes supuestamente pertenecen a ella» (Avishai MARGALIT).

I. PRESENTACIÓN.—II. LA INCLUSIÓN EN EL PUEBLO SOBERANO CON CRITERIOS AJENOS A LA NACIONALIDAD: EL VOTO DE LOS EXTRANJEROS.—III. ¿DEBEN FORMAR PARTE DEL PUEBLO SOBERANO LOS NACIONALES QUE RESIDEN EN EL EXTRANJERO?—IV. EPÍLOGO.

I. PRESENTACIÓN

Como es conocido, el 27 de junio de 2008 el Gobierno encomendó al Consejo de Estado la elaboración de un Informe sobre las principales propuestas de reforma del régimen electoral general que han sido 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:

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, presno@uniovi.es; blog jurídico: <http://presnolinera.wordpress.com>; página <http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno.htm>.

Este trabajo se integra en el Proyecto de Investigación «Derechos de la ciudadanía, libertad de establecimiento y circulación de servicios en la Unión Europea» (referencia: DER2009-08579, subprograma JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. El autor forma parte de dicho Proyecto, del que es investigador principal el profesor Vicenç Aguado.

«... 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, contribuyan a incrementar la calidad democrática del sistema político y a facilitar el ejercicio del derecho al sufragio por los ciudadanos...» (1).

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» (art. 2.3). Y encontramos precedentes al Informe que nos ocupa en el relativo a las modificaciones de la Constitución española, de 16 de febrero de 2006 (2), y en el realizado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008 (3).

No obedece a la casualidad que estos dos Informes, junto con el que aquí se comenta, versen sobre asuntos de extraordinaria relevancia constitucional y política y, sobre todo, 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.

Puesto que el Gobierno considera «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», parece que

(1) Se ha consultado en la versión disponible en la página del Consejo de Estado: <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf>.

(2) <http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf>.

(3) <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>.

el Informe que se pide al Consejo de Estado debe ser un importante elemento para la selección, dentro del conjunto de las propuestas políticas, legislativas y académicas ya existentes, de aquellas que «contribuyan a incrementar la calidad democrática del sistema político y a facilitar el ejercicio del derecho al sufragio por los ciudadanos».

En este sentido, el Informe del Consejo de Estado tendría que aportar el rigor técnico y la neutralidad política que enriquecieran los trabajos de la Subcomisión creada con el respaldo de todos los Grupos Parlamentarios al principio de la IX Legislatura, en el seno de la Comisión Constitucional, para estudiar y evaluar las cuestiones relacionadas con la mejora del régimen electoral general (4).

Pero si tenemos en cuenta las nulas consecuencias jurídicas que han tenido hasta la fecha los anteriores Informes, en particular el relativo a las reformas constitucionales, que data ya de hace casi cuatro años, y el poco entusiasmo que parece mostrar un año después de su creación la citada Subcomisión, no encontramos muchos argumentos para el optimismo normativo, máxime cuando algunas cuestiones de las sometidas a la consideración del Consejo de Estado afectan a la esencia misma de la lucha por el poder y, en España, el régimen electoral ha sido hasta la fecha especialmente refractario a las modificaciones sustanciales.

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; en segundo lugar, en los Estatutos de Autonomía; luego arraigará en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, finalmente, 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 todo caso, y atendiendo a la petición del Gobierno, la Comisión de Estudios del Consejo de Estado (5), en sesión celebrada el día 24 de febrero de 2009,

(4) http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL_024.PDF#page=51. En el momento de cerrar estas páginas (17 de septiembre de 2009) la Comisión Constitucional ha acordado (en su reunión de 16 de septiembre) solicitar al Pleno la prórroga de los trabajos.

(5) Con asistencia de los señores Rubio Llorente, Presidente; Lavilla Alsina, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Carnicer Díez, De Fuentes Bardají, Cruz Villalón, Valcárcel Bernardo de Quirós, Biglino Campos y Martín Oviedo, Secretario General.

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».

Entre estas otras cuestiones no se estudia una eventual rebaja de la mayoría de edad electoral, similar a la que se produjo en Austria en el año 2008 y que ha permitido el ejercicio del sufragio a partir de los dieciséis años, cosa que también ocurre en Brasil y Ecuador. 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, se incluyó, al menos, en los programas electorales de Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya-Verds para los comicios del año 2004 y también ha sido tratada académica e institucionalmente (6). La sorpresa es mayor, o quizá no, 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 dieciséis años respecto a su salud, al aborto y los tratamientos médicos a recibir.

En principio el objeto de las páginas siguientes era el derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales, pero se ha considerado conveniente incluir también el análisis del voto de los españoles residentes en el exterior por entender que al estudiar estos dos puntos hay que traer al primer plano una idea clave: la progresiva disociación entre nacionalidad y ciudadanía, y es que, como pone de relieve el Informe del Consejo de Estado (pág. 44), «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» (7).

(6) Nos ocupamos de la reducción de la edad electoral en *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2003, págs. 135 y sigs. También lo hacen Javier PÉREZ ROYO y Manuel CARRASCO DURÁN en el «Informe sobre la posibilidad de extender el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los ciudadanos cuya edad se encuentre en los 16 y 18 años», solicitado por el Ayuntamiento de Sevilla y disponible (en septiembre de 2009) en http://www.sevilla.org/html/portal/com/bin/contenidos/el_ayuntamiento/Organizacion_municipal/el_alcalde/articulos/1165222913570_voto_16_axos_informe_ja_marina.pdf.

(7) Sobre estas cuestiones pueden verse en la doctrina constitucional española las contribuciones de Benito ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Madrid, CEPC-Tribunal Constitucional, 2006; Enrique ARNALDO ALCUBILLA,

El contenido del Informe no puede ser juzgado sin recordar dos condicionamientos previos: *a)* el análisis de las propuestas políticas y legislativas y, en coherencia con ellas, también las doctrinales, se ciñe temporalmente a las formuladas en los últimos cinco años; *b)* como se acaba de apuntar más arriba, el Consejo estudiará las que, «siendo compatibles con la Constitución, contribuyan a incrementar la calidad democrática del sistema político y a facilitar el ejercicio del derecho al sufragio por los ciudadanos».

Y ambas limitaciones, pero en particular la de que las propuestas a examen sean compatibles con la Constitución, revisten una extraordinaria importancia respecto a los dos puntos que analizaremos aquí; sobre todo a propósito del sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales. Si la compatibilidad con la Constitución significa, como entiende el Consejo de Estado (pág. 6), la exclusión «*a priori* de todas aquellas que no puedan ser acogidas sin reformar el texto constitucional», entonces parte importante de las propuestas quedan ya descartadas y se mantienen, al menos a nuestro juicio, la mayoría de los obstáculos para «incrementar la calidad democrática del sistema político y facilitar el ejercicio del derecho al sufragio por los ciudadanos».

El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995; Eliseo AJA y Laura DíEZ, *La participación política de los inmigrantes*, disponible en <http://www.revistalafactoria.eu/articulo.php?id=141>; Eliseo AJA, «Los derechos políticos y en particular el derecho de sufragio», en Eliseo AJA (ed.), *Los derechos de los inmigrantes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009; Laura DíEZ BUESO, «La incorporación de la participación política de los inmigrantes al ordenamiento jurídico español», *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 18, 2008, págs. 125-139; Sonia GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 205 y sigs.; Marcos Francisco MASSÓ GARROTE, *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, 1997; Miguel Á. PRESNO LINERA, *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2003; Juan RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997; Pablo SANTOLAYA y Miguel REVENGA, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Madrid, CEPC, 2007; Pablo SANTOLAYA y María DíAZ CREGO, *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de derecho comparado*, Madrid, CEPC, 2008.

Desde una perspectiva más iusfilosófica es muy ilustrativo el trabajo colectivo (DE LUCAS MARTÍN, AÑÓN ROIG, GALIANA SAURA, GARCÍA AÑÓN, MESTRE I MESTRE, MIRAVET BERGÓN, RUIZ SANZ, SIMÓ NOGUERA, SOLANES CORELLA y TORRES PÉREZ) *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, disponible en http://www.fbbva.es/TLFU/dat/informe_derechos_participacion.pdf; también el estudio de Ángeles SOLANES CORELLA, «La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate», *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 18, 2008, págs. 67-96. Para una aproximación desde la ciencia política, véanse los diversos trabajos de Ricard ZAPATA-BARRERO, como *Multiculturalidad e inmigración*, Madrid, Síntesis, 2004, y, con Jonathan ZARAGOZA, *Political rights of immigrants in Spain*, 2009, http://www.upf.edu/gri-tim/_pdf/griip-emilie_wp5.pdf.

Los límites impuestos por la consulta confirman, por si fuera necesario, el temor atávico de nuestros gobernantes a modificar la Norma Fundamental, como ya se evidenció en 1992, precisamente a propósito del sufragio (pasivo) de los extranjeros en las elecciones municipales: como se recordará, la única reforma constitucional en treinta años de democracia se realizó «a pesar» del Gobierno, que, con el indisimulado propósito de «evitar la reforma constitucional», en sus alegaciones ante el Tribunal Constitucional se decantó por la «posibilidad de salvar la eventual contradicción entre el Tratado para la Unión Europea y la Constitución por la vía que ofrece el artículo 93 de esta última, entendiéndose que aquél es un Tratado en el que se atribuye a una institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (Declaración de 1 de julio de 1992).

Puesto que, como sostiene el Gobierno en su solicitud al Consejo de Estado, «cualquier reforma de la legislación electoral sólo puede abordarse desde el máximo consenso entre todas las fuerzas políticas», podría haber sido más ambicioso y abogar por una reforma constitucional, ya que ese «máximo consenso», como se ha apuntado, tampoco será fácil de alcanzar para la mera modificación de la legislación electoral si con ella se produce una alteración sustancial de la normativa vigente.

II. LA INCLUSIÓN EN EL PUEBLO SOBERANO CON CRITERIOS AJENOS A LA NACIONALIDAD: EL VOTO DE LOS EXTRANJEROS

Suele creerse que la historia del derecho de sufragio consiste en una constante e imparable extensión, pero lo cierto es que está jalonada de avances y retrocesos, de 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 dieciocho años) (8), en el caso de los extranjeros su derecho al sufragio fue reconocido en las Constituciones de numerosos Estados durante

(8) Sobre este proceso, véanse los estudios pormenorizados de Alexander KEYSSAR, *The Right to vote. The contested history of democracy in the United States*, Nueva York, Basic Books, 2000, y Ron HAYDUK, *Democracy for All. Restoring Immigrants Voting Rights in the United States*, Nueva York, Routledge, 2006; una versión reducida de este último trabajo, con el mismo título, puede leerse en *New Political Science*, vol. 26, núm. 4, diciembre de 2004, disponible en <http://www.immigrantvoting.org/Articles/Haydukessay.pdf>.

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 (9).

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 Estado. En la actualidad no se ha conseguido superar esta prevención y, salvo algunos casos (Chile, Uruguay, Nueva Zelanda, Ecuador), como mucho la abstracción de la condición de extranjero se ha admitido 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 (10). Determinados Estados van algo más allá, al permitir la participación de los extranjeros en elecciones de ámbito regional (11).

(9) 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 —*Pope v. Williams*, 193 U.S. 621, 632 (1904)—, <http://laws.findlaw.com/us/193/621.html>; 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 (1943): «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...»; véase en <http://laws.findlaw.com/us/321/1.html>. Sobre este proceso véanse los trabajos, ya citados, de KEYSSAR, *ob. cit.*, págs. 32 y 33, 136 a 138 y la tabla A12 en págs. 371 a 372, y HAYDUK, *op. cit.*; también en *New Political Science*, vol. 26, núm. 4, diciembre de 2004, <http://www.immigrantvoting.org/Articles/Haydukessay.pdf>.

Sobre estas cuestiones se extienden, en la doctrina española, Ruth RUBIO MARÍN, *Inmigration as a Democratic Challenge: Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University Press, 2000, y en «La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales», *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, págs. 11 y sigs., y Mónica MÉNDEZ LAGO, «Los derechos políticos de los inmigrantes», en PEDREÑO CÁNOVAS y HERNÁNDEZ PEDREÑO (coords.), *La condición inmigrante: exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*, Universidad de Murcia, 2005, págs. 125 y sigs.

(10) 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), de Harald WALDRAUCH, *Electoral rights for foreign nationals: a comparative overview*, presentada en ESF/LESC-SCSS Exploratory Workshop «Citizens, non-citizens and voting rights in Europe», University of Edimburgh, 2-5 de junio de 2005, disponible (en septiembre de 2009) en la página <http://homepage.univie.ac.at/dilek.cinar/Waldrauch%202005%20electoral%20rights.pdf>.

(11) Como sucede con la Constitución Bolivariana de Venezuela, que extiende el sufragio a las elecciones al Poder Legislativo de cada Estado (art. 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 esta-

En el caso español, no ofrece dudas que la Constitución ha limitado la intervención política de los extranjeros a las elecciones municipales y por tanto el Informe del Consejo de Estado (pág. 32) se limitará a analizar «una eventual extensión del derecho de sufragio, activo y pasivo, a los extranjeros residentes en España, en relación con las elecciones municipales. Por otra parte, también se limita la cuestión a los extranjeros 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 municipales del Estado en el que residan (art. 19 del TCE); no obstante, será útil tener en cuenta el régimen del sufragio de estos últimos por la analogía de problemas que puede plantear su articulación respecto del sufragio de los extranjeros no comunitarios».

En su Informe, el Consejo de Estado hace una exposición pormenorizada del sufragio activo y pasivo de los extranjeros en la normativa legal vigente, tanto electoral (arts. 176 y 177 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, LOREG) como de extranjería (art. 6 de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, LOE), así como de la situación actual de los tratados firmados por España en la materia, que ha sido potenciada por el Gobierno en los últimos meses.

En este punto, más que añadir algo a lo que mencionado con detalle en el Informe, procede actualizar las cifras que maneja el Consejo de Estado y que evidencian que el reconocimiento del derecho de sufragio activo a extranjeros residentes en España es, todavía, limitado: así, a título de ejemplo, y conforme a los datos que facilita el Ministerio de Trabajo e Inmigración a finales de marzo de 2009, los residentes legales de Marruecos en España no son ya 681.829, sino 729.672, y los de China han pasado de 131.427 a 143.273. Todas las personas mayores de edad incluidas en los anteriores colectivos están excluidas del derecho de sufragio ante la inexistencia de convenios con sus respectivos países, poco probables por lo demás mientras se mantengan sus actuales sistemas político-constitucionales.

A continuación el Informe va entrando 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

blecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política».

de la dignidad humana y «la progresiva disociación entre nacionalidad y ciudadanía» (12).

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 número 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*)...

Finalmente, el Consejo incluye una diversidad de ejemplos de Derecho comparado, «que van desde la reserva a los nacionales del derecho de sufragio hasta el reconocimiento del sufragio de los extranjeros en el ámbito de las elecciones generales; es más frecuente, sin embargo, que este reconocimiento se limite a las elecciones locales y, en particular, al sufragio activo» (págs. 51 y sigs).

El resultado de esta exposición 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» (pág. 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 fre-

(12) En esta materia es de obligada lectura el trabajo, ya citado, de Benito ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?...*, cuyas conclusiones, en varios aspectos no compartidas por quien escribe estas líneas, contienen una reflexión rigurosa y coherente de los significados constitucional-democráticos de los conceptos de nacionalidad, ciudadanía y democracia.

cuencia, se requiere también un período previo de residencia que suele oscilar entre los dos y los cinco años, a veces ininterrumpida o continuada».

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, Rumanía, Malta y República Checa.

En cuanto a los períodos de residencia previa exigidos, oscilan entre los cinco años (Bélgica, Estonia, Lituania, Luxemburgo u Holanda) y los tres años (Dinamarca o Suecia), aunque en algunos casos no se exige residencia previa (Hungría, Irlanda), o se establecen períodos variables en función del Estado de origen y del sufragio activo o pasivo (Portugal, Reino Unido, 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 nuestro 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 (13); en suma, una caracterización de la ciudadanía más dinámica y abierta, tanto en el ámbito personal de sus beneficiarios como en el ámbito material de su contenido.

No entra el Consejo de Estado en estas consideraciones por entender que su Informe no es el lugar adecuado para examinar el concepto de democracia o la ecuación que vincula la democracia a la ciudadanía y ésta a la nacionalidad (pág. 40), aunque alude al objetivo de favorecer la integración de los extranjeros a través del sufragio.

Pero siendo ese fin loable y necesario no excluye, más bien al contrario, acudir a los conceptos de democracia y ciudadanía: 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

(13) Nos hemos ocupado de esta cuestión en «La participación política como forma de integración», Miguel Á. PRESNO LINERA (ed.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 19 y sigs., y *El derecho de voto...*, págs. 93 y sigs.

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 (14). Y esta democracia basada en la igualdad formal, en tanto permite 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 y, en general, en otros ámbitos del ordenamiento (15). 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 determinar 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 (16).

Debe recordarse que el ordenamiento, entendido desde una perspectiva normativa (17), 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 determi-

(14) La teoría de los *status* mantiene en esencia los rasgos dibujados por JELLINEK en su *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Esta obra se ha consultado en la versión ofrecida por la segunda reimpression de la segunda edición (Tubinga, 1919), publicada por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, en 1979. Para un análisis pormenorizado de la teoría de los *status* de JELLINEK en relación con los derechos fundamentales, véase Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985, págs. 229 y sigs.

(15) 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*, Cambridge University Press, 1950.

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

(17) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre...*, págs. 81 y sigs. y 137 y sigs.

nado 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, 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 (18), pues en democracia el individuo además de poder actuar por cuenta del Estado obra, sobre todo, por cuenta propia.

Como recuerda el Consejo de Estado, 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 o la Unión Europea.

Por lo que al Consejo de Europa se refiere, y como colofón de un proceso iniciado veinte años antes, 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». En este texto,

«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 las posibilidades de participación en los asuntos públicos locales»,

se dispone (art. 6) que

«cada 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

(18) 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 *op. cit.*, págs. 136 y sigs.

a los ciudadanos y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado en cuestión durante los cinco años anteriores a las elecciones».

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».

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» se incluyen (arts. 39 y 40) 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 preten-

sión 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 ciudadanos, de personas que intervienen en la formación de la voluntad política del Estado (19).

(19) Alude al carácter novedoso de la conexión entre libertad de circulación y ejercicio de los derechos políticos Marco CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadi-*

En esta línea se mueven las Directivas europeas:

Así, de conformidad con la que regula las elecciones al Parlamento Europeo (art. 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» (la cursiva es nuestra). «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» (art. 5).

De acuerdo con la Directiva relativa a las elecciones locales (arts. 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 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» (las cursivas son nuestras).

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

no nella costituzione italiana, Padua, Cedam, 1997, págs. 249 y sigs. y 518 y sigs.; en la libertad de circulación también fundamenta Luigi FERRAJOLI su concepción de la ciudadanía y de los derechos a ella inherentes, «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en DANILO ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2.ª ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, págs. 263 y sigs.; este trabajo puede leerse también en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 97 y sigs.

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

Es decir, que 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. Estamos, 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» (20); en pocas palabras, ante una «democracia sin homogeneidad» (21), 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 28.1.2.^a de la Constitución («En los *Länder*, Distritos y Municipios, el pueblo deberá

(20) Así, Francisco BASTIDA FREIJEDO, «La soberanía borrosa: la democracia», en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (Soberanía y Constitución)*, núm. 1, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1998, pág. 419. Puede consultarse la edición electrónica en <http://www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/primero/index.html>.

(21) Véase Gustavo GOZZI, «Cittadinanza e democrazia. Elementi per una teoria costituzionale della democrazia contemporanea», en Gustavo GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bolonia, Il Mulino, 1997, págs. 199 y sigs.; en especial, págs. 209 y sigs.

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 28.1.2.^a 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] (22).

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) (23).

Una cuestión a la que el Informe dedica un tratamiento pormenorizado es la de la reciprocidad, que el Consejo de Estado, en un esfuerzo quizá innecesario, comienza analizando en términos generales. Lo que interesa a los efectos que

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

(23) En la Ley de Hamburgo 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.

nos ocupan es su significado en el artículo 13.2, al que se atiende a partir de la página 69 del Informe.

En este ámbito, como bien señala el Consejo, se trata de la reciprocidad respecto al derecho de sufragio, no en relación con el conjunto del sistema o del procedimiento electoral que pueda haber en el Estado extranjero de que se trate.

En segundo lugar, la reciprocidad puede darse en muy distintos grados, de forma que son admisibles diversas interpretaciones, en particular sobre el grado de similitud de los supuestos de hecho a que se refiere la reciprocidad: bien se podría exigir una reciprocidad completa («una rigurosa identidad de las condiciones en que se produce tal reconocimiento») pero también podría considerarse suficiente una reciprocidad general, más laxa, y apreciar la existencia de reciprocidad en relación con los países que reconozcan a los españoles la posibilidad de acceder al derecho de sufragio en sus elecciones locales.

En tercer lugar, y como se sostiene en el Informe, no es la reciprocidad —el régimen de los españoles en el extranjero— la que determina el régimen de los extranjeros en España, sino que tal decisión compete directamente a la ley o al tratado, y así lo dispone la Constitución. 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, el Consejo concluye con buen criterio que 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.

A continuación, el Consejo contempla las posibilidades de desarrollo normativo que ofrece el artículo 13.2 de la Constitución y concluye que la «vía más clara de desarrollo consiste en que cada una de las salvedades que se establezcan por tratado o por ley responda a la aplicación del principio de reciprocidad. De este modo, el reconocimiento del derecho de sufragio beneficiaría a los nacionales de Estados que reconozcan el derecho de sufragio a los españoles residentes en su territorio. En cambio, se negaría el reconocimiento del derecho

de sufragio a los nacionales de Estados que reserven a sus propios nacionales el derecho de sufragio en las elecciones locales».

A nuestro juicio, no se trata de la «vía más clara», sino de la única constitucionalmente posible, cosa que no le parece tan obvia al Consejo, pues se refiere a ella como la que tiene «más nítido encaje constitucional». Pero si el artículo 13.2 impone, como hace, que el reconocimiento del sufragio de los extranjeros no cabe «salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley...», podrá elegirse una reciprocidad más estricta o más laxa, pero 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.

Ése es el problema —un problema que afecta al principio democrático— que plantea la reciprocidad, pero la manera de solventarlo no es eludir el mandato claro de nuestra Norma Fundamental, sino reformar dicho precepto para eliminar la reciprocidad. No compartimos por ello la afirmación del Consejo (pág. 74) según la cual la mención de la ley abre «posibilidades diferentes». Desde luego, no parece que esa vía se compatible con las propias conclusiones del Informe cuando analiza el sentido general de la reciprocidad en las páginas precedentes, con mención expresa de la doctrina del Tribunal Constitucional. Tampoco con las propuestas normativas que realiza el Consejo en sus consideraciones finales sobre este punto.

El Consejo apunta 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 [art. 23 del Código Civil, apartado *a*)]. No lo dice el Informe, pero 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 (24).

El Consejo hace notar que a los nacionales de países iberoamericanos o de otros que tienen una particular vinculación con España les bastan dos años de residencia para acceder a la nacionalidad española, lo que entraña el reconocimiento de plenos derechos políticos (sufragio activo y pasivo en todo tipo de elecciones); y que, incluso, pueden adquirir la nacionalidad española sin pérdida de la suya propia [art. 23 del Código Civil, apartado *b*)] y sin exigencia alguna de reciprocidad. En cambio, para un reconocimiento más limitado —de-

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

recho 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).

Dicho lo anterior, el Consejo sugiere con tibieza que también debe explorarse esta posibilidad: «todo ello puede apoyar un trato especial, también en este ámbito del reconocimiento del derecho de sufragio, para los nacionales de los Estados contemplados en el artículo 11.3 de la Constitución».

En nuestra opinión, es necesario, en primer lugar, que se favorezca, reduciendo plazos y requisitos, la adquisición de la nacionalidad a los extranjeros procedentes de países sin esas presuntas vinculaciones históricas con España. Y decimos presuntas porque en el año 2009 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, continuada e inmediatamente anterior a la petición resultan excesivos (25).

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 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 (26). En definitiva, si la persona, nacional o extranjera, está sujeta de manera continuada a la autoridad del Estado, éste

(25) 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 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...».

(26) De la misma opinión, WALDRAUCH, *Electoral rights for foreign nationals: a comparative overview...*, pág. 5.

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» (27).

Una vez analizadas todas las cuestiones anteriores, el Consejo expone las diferentes posibilidades que permitirían la extensión del sufragio a los extranjeros en las elecciones locales: la primera decisión es optar —aunque los fórmulas son complementarias— entre la vía de los tratados o la de la ley, siendo más ágil y expansiva la segunda, que se concretaría en una reforma de la LOREG.

Caso de optar por la vía legislativa debe precisarse la exigencia de reciprocidad y si de lo que se trata es de favorecer la extensión del derecho, la reciprocidad no debe ser absoluta, bastando unas reglas mínimas, cuyo control, según el Consejo, debe corresponder al Gobierno. Nos permitimos añadir que podría ser oportuna la intervención consultiva de la Junta Electoral Central, como órgano especializado y permanente de la Administración electoral.

No compartimos la decidida opción del Consejo de Estado por extender el derecho de sufragio exclusivamente al activo, excluyendo el pasivo. En primer lugar, porque se debe partir, como se hace para el sufragio activo, de la promoción del ejercicio de los derechos por parte de los extranjeros; en segundo término, los argumentos de Derecho internacional y europeo que esgrime no son convincentes y desde luego obvian algo tan evidente como que en el ámbito de la Unión Europea la extensión se ha producido también al sufragio pasivo. ¿Qué fundamento jurídico, político o sociológico justifica que puedan ser alcaldes y concejales en España los finlandeses, los búlgaros o los lituanos y no los argentinos, colombianos o chilenos?

Respecto a los requisitos subjetivos sí nos parece acertado que se trate de personas con permiso de residencia y que éste tenga una duración mínima, pero, frente a otras opiniones (28), sin necesidad de que sean residentes «permanentes». Aunque en el caso de los nacionales de la Unión Europea es sabido que no se exige plazo alguno no parece mala solución fijarlo en el término de un man-

(27) Michael WALZER, *Spheres of Justice*, Nueva York, Basic Books, 1983, págs. 61 y 62; en la versión castellana, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, págs. 73 y 74.

(28) Tomas HAMAR sostiene que el problema de la extensión de los derechos políticos, núcleo de la ciudadanía, a los extranjeros se plantea sustancialmente en relación con los «denizens» (en la terminología de John LOCKE); en suma, con los extranjeros residentes de manera permanente en otro Estado, cuya sujeción a las Leyes del Estado y la ausencia de una correlativa capacidad de participación en su elaboración cuestionan la legitimidad democrática del ordenamiento; véase *Democracy and the Nation State: aliens, denizens and citizens in a world of international migration*, Aldershot, 1990, págs. 12 y sigs.

dato municipal (cuatro años), pudiendo considerarse suficiente un plazo menor (dos años), especialmente si no hay barreras idiomáticas ni socioculturales.

III. ¿DEBEN FORMAR PARTE DEL PUEBLO SOBERANO LOS NACIONALES QUE RESIDEN EN EL EXTRANJERO?

Este interrogante alude al 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, 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 nacionales emigrantes fuera de su territorio (se ha hablado de cerca de 10.000.000 de personas), que, además, se concentran en un porcentaje altísimo en un único país, Estados Unidos (29).

En alguno textos constitucionales [arts. 171 y 176 de la Constitución colombiana (30), 68.5.2 de la española (31), 14 de la portuguesa (32), 48 de la

(29) Véase al respecto el estudio, centrado en el Derecho mexicano, pero con amplias referencias comparadas, de Jorge CARPIZO y Diego VALADÉS, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, México, UNAM, 1998; del profesor VALADÉS véase también «Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 112, 2005, págs. 365-403, y http://www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/bolmex112/BMD11210.pdf.

(30) 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».

(31) «La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España» (art. 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 (art. 140) ni 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.

(32) «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 (33), 63 de la ecuatoriana (34)] 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 (35).

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 (36) y por el potencial número de personas

(33) Con la Ley Constitucional núm. 1/2000, de 17 de enero, se ha introducido una reforma en los artículos 48, 56 y 57 de la Constitución al 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, seis se elegirán por los residentes en el extranjero. El desarrollo normativo de estas disposiciones está en la Ley núm. 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.

(34) 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.

(35) http://www.unhcr.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 aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate» (art. 4).

(36) Polémica que también se suscitó en Italia: las diferentes tesis doctrinales y político-constitucionales pueden consultarse en Temistocle MARTINES, «Artículos 56-58», en *Comentario*

beneficiadas (37), 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, Ecuador y Perú.

En el Informe del Consejo de Estado las referencias al Derecho comparado se centran en Francia, Italia, Portugal, Países Bajos, Suecia, Finlandia, Estados Unidos, Canadá y Colombia. Esta selección «obedece no solamente a la proximidad de sus tradiciones jurídicas con la española sino sobre todo a la disparidad de sus regulaciones del sufragio de los nacionales residentes en el extranjero, de modo que esta exposición abarque los diferentes modelos por los que se ha optado en el Derecho comparado» (pág. 99).

Previamente, en el Informe se menciona la importancia que históricamente ha tenido en España la emigración y su traducción constitucional (arts. 42 y 68.5) y legislativa (Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior).

También se analizan las distintas formas de ejercicio del sufragio previstas en la LOREG: una para las elecciones municipales (art. 190 LOREG) y otra para los restantes comicios (art. 75): «las diferencias entre ambos procedimientos radican básicamente, por un lado, en la remisión de la documentación electoral, que tiene lugar a petición del interesado en las elecciones municipales y de oficio en las demás, y, por otro, en la previsión del depósito consular como alternativa al voto por correspondencia en las elecciones a las Cortes Generales, Parlamento Europeo y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, alternativa con la que no cuentan los electores en los comicios locales» (pág. 95).

Volviendo al Derecho comparado, y aunque el Consejo de Estado no lo menciona, 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, si bien se han citado otros argumentos en relación con determinadas ca-

della Costituzione, Le Camere, t. I, Zanichelli-II Foro, 1984, págs. 59 y 60; Fulco LANCHESTER, «Il voto degli italiani all'estero: un esercizio difficile», en Fulco LANCHESTER (a cura di), *Il voto degli italiani* Roma, 1988; VVAA, *Esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero*, Roma, Ministero degli Affari Esteri-CNEL, 1988.

(37) Véase el estudio de VALADÉS, *op. cit.* La cuestión del número de posibles electores también es objeto de controversia: según estimaciones de un estudio del Colegio de la Frontera Norte, elaborado para el Grupo de Trabajo del Voto de los Mexicanos en el Exterior del Instituto Federal Electoral, para las elecciones de 2006 habría cerca de 9,9 millones de mexicanos en el extranjero con edad para votar, de los que el 98 por 100 estaría en Estados Unidos (con el 23 por 100 en California y Texas); por su parte, el demógrafo Rodolfo Tuirán calculó en 8,5 millones los mexicanos residentes en Estados Unidos que podrían votar en las elecciones de 2006.

tegorías de nacionales (militares, marinos, diplomáticos) o respecto a 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, como forma de compensar sus aportaciones a la economía nacional) (38).

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, Honduras y México). En estos supuestos no se requiere una determinada conexión con una concreta parte del territorio nacional, como, por ejemplo, la última residencia.

En otros ordenamientos, como el portugués (39) y el italiano (40), 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, en tercer lugar, otros sistemas constitucionales, como el argentino, el español, el colombiano para las elecciones al Senado, el canadiense, el peruano, el venezolano o 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 los efectos político-electorales a esa persona se le sigue considerando residente y, por lo tanto, con capacidad para intervenir en la adopción de las decisiones

(38) Se extiende sobre estos argumentos CARPIZO, *op. cit.*, págs. 75 y sigs.

(39) Conforme a lo dispuesto en la Ley Electoral (art. 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.

(40) 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.

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 vinculado y con la que, en cierta medida, se identifica.

Esta exigencia demuestra que el problema del reconocimiento del derecho de sufragio no encuentra la solución acudiendo a meros criterios de nacionalidad, sino teniendo en cuenta la «vecindad política». Por tanto, la «residencia-ausencia» se presume como una situación de cambio geográfico, con las obvias consecuencias económicas, sociales, 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.

Una vez expuesto lo que existe tanto en el Derecho español como en el comparado, el Consejo entra en el fondo del asunto y las posibles reformas, partiendo siempre de los condicionamientos constitucionales.

La primera cuestión a resolver es si la Norma Fundamental impone el sufragio de los españoles residentes en el extranjero en las elecciones municipales y, añadimos nosotros, en las elecciones al Senado, a las Asambleas Legislativas autonómicas y al Parlamento Europeo.

La respuesta del Consejo es clara y, a nuestro juicio, acertada: 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.

El Informe es crítico, y con razón, con la forma artificiosa en la que se ha regulado la conexión de los nacionales residentes en el exterior con un concreto municipio.

Finalmente, concluye que «la decisión del legislador de permitir la participación de los nacionales ausentes en las elecciones locales resulta, cuando menos, discutible, en atención a la naturaleza de los municipios como corporaciones territoriales y al carácter de estos comicios, lo que justificaría un debate sosegado sobre la posibilidad de revertir esta decisión» (pág. 124).

El que escribe estas líneas considera que permitir esa participación en esas elecciones o en cualquiera de las otras es, más que discutible, censurable: si la democracia demanda que participen en la toma de las decisiones los destinatarios de las mismas, no nos parece que se pueda considerar destinatario a una persona que, si bien conserva el vínculo de la nacionalidad con un ordenamiento, puede ocurrir que haya dejado de residir en el ámbito geográfico de aplicación de sus normas muchos años atrás, como sucede cuando se trata de nacidos en el país del que son nacionales pero llevan años residiendo en el extranjero, o, incluso, que ni siquiera hayan estado allí, como cuando se trata de nacidos fuera del territorio nacional. Bien pudiera ocurrir que lo que de 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 (41).

El Consejo utiliza como argumento adicional que la participación de los residentes en el extranjero en los comicios municipales no puede considerarse una exigencia democrática, según la Comisión de Venecia, que estima compatible con la universalidad del sufragio la imposición de un requisito de residencia a los nacionales exclusivamente en las elecciones locales o regionales.

Pero más claro todavía ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha considerado que exigir la residencia en el territorio nacional «no es en sí irrazonable o arbitrario [*Hilbe c. Liechtenstein* (dec.), núm. 31981/96, CEDH 1999-VI]» y en el asunto *Melnitchenko c. Ucrania*, de 19 de octubre de 2004 (42), 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 poder público y, por consiguiente, los fines políticos le son previsibles y comprensibles al

(41) De la misma opinión, CARPIZO, *op. cit.*, pág. 79.

(42) <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

ciudadano, y si éste, como elector, puede comunicarse con el poder público al que se haya subordinado (43), los fines políticos difícilmente le resultarán previsibles a las personas que ni pueden participar en su definición ni asistir a su expresión cotidiana.

En definitiva, a nuestro juicio, 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 y sugerida también por el Consejo, su ausencia no sea prolongada en el tiempo, lo que podría concretarse en el período 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 art. 14 de la Constitución chilena); 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, 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.

No se nos escapan, en palabras del Consejo (pág. 124), «las dificultades anudadas al cambio de la situación vigente, pues no tiene la misma trascendencia la renuncia a reconocer el derecho de sufragio de los emigrantes en las elecciones locales (como ha sucedido en otros países) que la puesta en marcha de una reforma legal para derogar este derecho ya reconocido».

A continuación el Informe analiza otra de las propuestas objeto de debate: la creación, en la línea de Portugal o Italia, de una circunscripción «exterior». El Consejo concluye, sin excesivos e innecesarios rodeos, que tal modificación sería contraria a la Constitución, pues las elecciones a Diputados y Senadores tienen como circunscripción la provincia, más allá de las excepciones insulares, Ceuta y Melilla, expresamente contempladas en la Constitución. Nada hay que añadir.

Finalmente, y de manera pormenorizada, el Consejo se extiende (págs. 130 y sigs.) sobre el ejercicio del sufragio por los ciudadanos ausentes. Analiza, en primer lugar, el voto por correspondencia como fórmula más habitual en el De-

(43) *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 sigs.) (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv069315.html>).

recho comparado para que puedan participar estas personas y cuestiona el envío de oficio de la documentación electoral en las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y Diputados del Parlamento Europeo, pues conlleva el riesgo de que, debido a las deficiencias del servicio de Correos de algunos países, no se satisfagan las garantías exigibles de identificación en la entrega de dicha documentación ni la identificación del elector que comunica su voluntad de votar por correo.

Como alternativas se ofrecen consagrar legislativamente la exigencia de que se adjunte al voto fotocopia de la documentación identificativa del elector en todos los comicios o generalizarse el modelo de voto rogado de las elecciones municipales a los demás comicios.

Respecto a la efectividad del sufragio se valora de manera positiva la posibilidad de que las Oficinas Consulares asuman la tarea de enviar la documentación electoral a los residentes en sus demarcaciones, lo que permitiría reducir el tiempo en el que se les hace llegar dicha documentación, con la consiguiente disminución de los supuestos en los que se imposibilita la participación electoral de estos ciudadanos por la tardía recepción de la correspondencia.

Para garantizar el cómputo de esos sufragios se propone adelantar la fecha de convocatoria de las elecciones dentro de los límites marcados por el artículo 68.6 de la Constitución, lo que, al permitir prolongar los plazos electorales fijados a partir de tal fecha, comportaría efectos beneficiosos, no sólo para la efectividad de los sufragios emitidos en el exterior, sino también en otros ámbitos ajenos a la cuestión analizada, como la tramitación de los recursos contra la proclamación de candidatos.

Sobre el controvertido asunto del sufragio en urna, el análisis de las ventajas e inconvenientes de su implantación desde la perspectiva de la pureza y funcionalidad del proceso electoral, y en comparación con el sistema de voto por correo, dista mucho de ofrecer un resultado claro: la votación en el Estado de residencia (que no permite prescindir de la modalidad postal) asegura la personalidad y efectividad del sufragio, pero ello se compensa con la disminución de la operatividad del sistema y la merma de la transparencia y objetividad del proceso, debido a las dificultades de la Administración electoral para desarrollar su papel.

Por lo que respecta a la falta de previsión en la LOREG de normativa reguladora de la campaña electoral para los electores ausentes, el Consejo de Estado comparte el parecer favorable a que se regulen expresamente los medios específicos de la campaña en el exterior, al objeto de garantizar la posición de igualdad entre ausentes y residentes en España a la hora de recibir la información electoral (pág. 140).

IV. EPÍLOGO

El Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general ofrece, a lo largo de casi 400 páginas, una respuesta clara, rigurosa y completa a las cuestiones que el Gobierno ha sometido a su consideración.

En lo concerniente al sufragio de los extranjeros y al voto de los españoles en el extranjero el análisis de los problemas y las soluciones que se presentan nos parecen, en líneas generales, acertados. En ambos casos la idea clave, aunque no la única, es la progresiva disociación entre nacionalidad y ciudadanía. Falta quizá una mayor insistencia en el argumento fundamental de la maximización del principio democrático, que es el que nos empuja hacia la separación entre nacionalidad y ciudadanía, tanto para el reconocimiento del sufragio a los extranjeros residentes como para la limitación del voto de los españoles ausentes.

En todo caso, compartimos las conclusiones del Informe sobre la extensión del sufragio a los extranjeros residentes y a propósito de la exclusión de los nacionales ausentes, si su ausencia es prolongada, en las elecciones municipales.

Las propuestas del Consejo, lastradas por los condicionamientos gubernamentales, son también acertadas cuando sugieren una interpretación flexible de la reciprocidad y orientada al ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros. Pero 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 y, como se ha apuntado, ése es el problema —un problema de democracia— que plantea la reciprocidad, pero la manera de solventarlo no es eludir el mandato claro de nuestra Norma Fundamental, sino reformar dicho precepto para eliminar la reciprocidad. No compartimos por ello la afirmación del Consejo según la cual la mención de la ley abre «posibilidades diferentes».

Como se ha dicho, discrepamos de la decidida opción del Consejo de Estado por extender el derecho de sufragio exclusivamente al activo, rechazando el pasivo. Respecto a los requisitos subjetivos sí compartimos la idea de que debe tratarse de personas con permiso de residencia y que éste tenga una duración mínima, que podría ser la del término de un mandato municipal (cuatro años) o menor (dos años) si no hay barreras idiomáticas ni socioculturales.

Sobre el sufragio de los españoles en el extranjero, están muy bien fundamentadas las críticas a las actuales formas de ejercicio y el rechazo, sin previa reforma constitucional, a soluciones «ingeniosas» como la circunscripción

exterior. También los condicionamientos al sufragio en urna y la eventual introducción de un plazo máximo de ausencia del territorio español para que se pueda seguir ejerciendo el sufragio.

En suma, este Informe cumple con creces el encargo recibido del Gobierno; lo que ocurre es que los propios condicionamientos gubernamentales son los que impiden que las propuestas satisfagan la pretensión de «incrementar la calidad democrática del sistema político y a facilitar el ejercicio del derecho al sufragio por los ciudadanos», pues tal aspiración pasaría por una reforma constitucional, cosa que, como bien sabe el Consejo por propia experiencia, resulta hoy quimérica. En todo caso no sería baldío el trabajo si al menos fructificasen los cambios legislativos que se proponen. Pero las discrepancias políticas en presencia, el poco entusiasmo mostrado por los principales grupos parlamentarios y los próximos escenarios electorales tampoco ofrecen aquí motivos para el optimismo.

RESUMEN

En este artículo, y a partir del Informe del Consejo de Estado de 24 de febrero de 2009 sobre las propuestas de reforma del sistema electoral general, el autor analiza 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.

ABSTRACT

This article uses as a starting point the report drafted by the Spanish State Council on the 24th of February of 2009 with the purpose to propose several amendments on the general electoral system. 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.

KEY WORDS: Electoral law. The right to vote. Nationality. Citizenship. Rights of foreigners.