



LAS GARANTÍAS EN EL DERECHO ELECTORAL Y LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO¹

MARIA LUISA BALAGUER

Catedrática de Derecho Constitucional

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SITUACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN ELECTORAL EN LA LEY ORGÁNICA 5/1985, DE RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL, ANTERIOR A SU REFORMA. III. LA LEY ORGÁNICA 2/2011, DE 19 DE 28 DE ENERO, DE REFORMA DE LA LOREG. 1. Regulación. 2. Dificultades del ejercicio del derecho de participación electoral en la regulación actual. IV. LAS LIMITACIONES DEL DERECHO DE SUFRAGIO A LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO. 1. El informe del Consejo de Estado. 2. La Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior. 3. La posición del Tribunal Constitucional. 4. El Informe de la Defensora del Pueblo. 5. La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. V. LA POSIBILIDAD DE CONSIDERAR EL DERECHO DE VOTO EN LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO EN ELECCIONES LOCALES Y MUNICIPALES. VI. CONCLUSIONES.

Palabras clave

Derecho electoral; Nacionales; Normas electorales; Derecho de igualdad; Garantías.

Resumen

Este trabajo pretende analizar las garantías de la última reforma de la LO 5/1985, de Régimen Electoral General, por la LO 2/2011, de reforma de la LOREG, y por la que se priva del derecho al voto a los españoles residentes en el extranjero en las elecciones locales y municipales. Se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a la materia y se establece como conclusión que esta restricción no está constitucionalmente justificada.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la regulación constitucional del derecho de participación política en su vertiente del derecho electoral, se encuentra constitucionalizada en el título III que

¹ Este trabajo forma parte del proyecto «Reforma electoral y derechos de participación de los extranjeros residentes en España: el derecho de sufragio en las elecciones generales, europeas, autonómicas y locales», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (referencia DER2012-34411).



regula las Cortes Generales, y en el art. 68 pf. 2 CE que determina que la ley distribuirá el número total de diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población. Esta ley ha de ser orgánica por exigencia del art. 81.1 CE.

La ley orgánica se aprueba en 1985, y desde entonces sus modificaciones han sido numerosas, sin que algunas de sus principales insuficiencias se hayan corregido, como en el caso del sistema electoral, o las fórmulas modernas de participación electoral.

Aquí se aborda uno de los aspectos más importantes de esa participación electoral, referido a algunas situaciones que se presentan en la actualidad respecto de los españoles residentes en el extranjero.

La modificación de la LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, por la LO 2/2011, de 28 de enero, en relación con determinados aspectos del proceso electoral, ha puesto de manifiesto la necesidad de una práctica sustitución de la antigua LOREG, surgida como mandato del art. 81.1 CE, y que pese a las reformas, algunas importantes, que se han llevado a cabo desde 1985, el núcleo esencial de esa regulación ha quedado obsoleto con la evolución del propio ordenamiento postconstitucional y la situación política y social del Estado².

Sin embargo hay que tener en cuenta que pese a los esfuerzos doctrinales que en el momento de pensar en la reforma legislativa se llevaron a cabo, una importante cantidad de propuestas se desecharon finalmente, y la reforma quedó reducida a aspectos poco nucleares del derecho de participación política³. El recorrido de la reforma, desde los debates académicos, hasta la aprobación final de la ley, fue perdiendo contenido y dejando tras de sí los aspectos fundamentales del derecho de participación⁴.

² Acerca de este primer período de la configuración de las fuerzas políticas al momento de su legalización, y el concepto de representación, A. RODRÍGUEZ DÍAZ, *Transición política y consolidación constitucional de los partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

³ Es llamativo, aunque se puede entender perfectamente desde el punto de vista político, que el aspecto más estudiado e importante de la reforma, que afectaba al núcleo esencial del sistema electoral, y que constituye la mayor parte del Informe del Consejo de Estado, haya quedado finalmente al margen de la reforma. En tal sentido, M. DELGADO-IRRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, «La reforma electoral en ciernes: a propósito del informe sobre la reforma electoral aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados de 30 de junio de 2010», *Corts, Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 24, Valencia, 2010, p. 61.

⁴ Ver igualmente en este sentido, el informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión constitucional sobre posibles modificaciones del régimen electoral general, y su sujeción a los aspectos a que hacemos referencia. Este informe contiene varios votos particulares. El primero, que emite el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana e Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, llama la atención acerca de que «resulta escandaloso que no se afronte una de las principales causas que impiden que la voluntad popular quede fielmente reflejada en la reforma en la composición del Congreso de los Diputados». El sistema actual de la LOREG no solo distorsiona la voluntad popular en su reflejo en la composición del Congreso de los Diputados, sino

En lo que se refiere a la regulación concreta de los españoles en el extranjero, la situación adquiere ahora una mayor importancia porque el declive económico del país ha exigido una inesperada emigración de población joven, que se ha visto obligada a buscar fuera de su entorno geográfico, una solución a la falta de posibilidades de desarrollo existencial que debería de haber tenido en su tierra. Esto hace que estas personas, que obligadamente son desalojadas por el Estado, incapaz de proporcionar un medio de vida, mantengan respecto de este unas legítimas expectativas de regreso, y no queden al margen por lo tanto de la participación política que lo haga posible.

Ahora bien, la regulación de la participación política de los españoles en el extranjero, en los procesos electorales de nuestro Estado, que era una de las modificaciones legislativas más importantes que se pretendían en la Ley, se ha resuelto de manera altamente insatisfactoria, y ha dejado los mismos problemas que ya presentaba la anterior regulación.

II. LA SITUACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN ELECTORAL EN LA LEY ORGÁNICA 5/1985, DE 19 DE JUNIO, DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL, ANTERIOR A SU REFORMA POR LA LO 2/2011, DE 18 DE ENERO

La anterior regulación se contenía en la sección 10 del cap. IV de la Ley Orgánica, que hacía referencia genérica al voto por correspondencia, y que se regula en los arts. 72 al 75.

que contradice directamente la voluntad popular al llevar a que opciones políticas con más votos obtengan menos escaños que opciones políticas con menos votos. Lo que entraría en contradicción con el art. 66 CE.

Las conclusiones de esta Subcomisión son: distorsiones referentes a la proporcionalidad del sistema electoral, e incapacidad para reflejar la distribución real del apoyo político que reciben los partidos políticos, en la distribución de escaños al congreso. Ello potencia que en las últimas elecciones celebradas al momento de redactar el Informe, la tercera fuerza política en términos de votos, fuera la sexta en fuerza parlamentaria.

Las propuestas de este grupo pasan por modificar la Constitución, y establecer como circunscripción electoral la Comunidad Autónoma y no la Provincia, pero entretanto se propone el aumento de 350 a 400 diputados y estos 50 escaños mediante la creación de una bolsa estatal de restos a nivel nacional, se repartirían de forma directamente proporcional para reducir la desproporcionalidad existente. También se reduciría a uno el número de diputados fijos por circunscripción electoral. Otras fórmulas propuestas son la biproporcionalidad, u otros índices correctores capaces de lograr un equilibrio entre los votos realmente emitidos y los resultados obtenidos en escaños.

El Grupo Parlamentario Mixto propone a través del Coalición Canaria, que no se excluya a los españoles residentes ausentes de la posibilidad de participar en las elecciones locales, y UPYD considera que es un fraude la reforma, dado que se inició para corregir la proporcionalidad, ignorando la extensión del Informe del Consejo de Estado. Las medidas que propone son coincidentes con las de IU-CV.

Finalmente, el BNG propone la plena equiparación entre el procedimiento del ejercicio del derecho de sufragio activo de los españoles residentes en el exterior y los residentes en el territorio estatal. Y hace importantes consideraciones respecto del voto electrónico.

El art. 75 obligaba en su pf. 1 a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral a que enviaran de oficio a los inscritos en el censo de residentes ausentes que vivan en el extranjero, un certificado idéntico al previsto en el art. 72 y las papeletas y sobres de la votación, así como un sobre en que debía figurar la dirección de la Junta Electoral Provincial. Además se debía adjuntar una nota explicativa con estos documentos.

El pf. 2 ordenaba que el envío se realizara por correo certificado y no más tarde del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria, en aquellas provincias donde no hubiese sido impugnada la proclamación de candidatos, y en las restantes, no más tarde del cuatragésimo segundo.

El pf. 3 ordenaba el ejercicio del derecho al voto conforme al procedimiento previsto en el art. 73 y enviar un sobre dirigido a la Junta Electoral competente para su escrutinio, por correo certificado y no más tarde del día anterior al de su elección. En las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las CC.AA. y Diputados al Parlamento Europeo, cuando en este último caso se opte por la elección en España, dichos electores podrán también ejercer su derecho no más tarde del séptimo día anterior a la elección, entregando personalmente los sobres en la Oficina Consular de la Misión Diplomática en que estén inscritos, para su remisión, mediante envío electoral, a la Oficina que a estos efectos se constituya en el Ministerio de Asuntos Exteriores, la cual procederá al envío urgente de dichos sobres a las Juntas Electorales correspondientes. En todos los supuestos regulados en el presente apartado será indispensable para la validez de estos votos que conste claramente en el sobre mencionado un matasellos u otra inscripción oficial de una Oficina de Correos del Estado en cuestión o, en su caso, de la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática correspondiente, que certifique, de modo indubitable, el cumplimiento del requisito temporal que en cada caso se contempla.

El pf. 4 regulaba el acto de la votación que tendrá lugar el mismo día del escrutinio general, y antes de este en el que la Junta Electoral competente se constituye en Mesa Electoral, a las 8 de la mañana, con los interventores designados por las candidaturas concurrentes.

El pf. 5 ordenaba que el Presidente a continuación introduzca en la urna o urnas los sobres de votación de los residentes ausentes recibidos hasta ese día y el Secretario anotaría los nombres de los votantes en la correspondiente lista. Acto seguido la Junta escrutaría los votos y los incorporaría al escrutinio general.

El pf. 6 ordenaba que el Gobierno previo informa de la Junta Electoral Central, pudiera regular los criterios y limitar los supuestos de aplicación de este artículo, así como establecer otros procedimientos para el voto de los residentes ausentes que vivan en Estados extranjeros donde no sea practicable lo dispuesto en este artículo.

Finalmente, el pf. 7 diría que las disposiciones de este artículo no son aplicables al voto en las elecciones municipales de los residentes ausentes que viven en extranjero, que se rige por disposiciones especiales de esta ley.

III. LA LEY ORGÁNICA 2/2011, DE 28 DE ENERO, DE REFORMA DE LA LOREG

1. Regulación

La finalidad de la reforma se expresa en relación con la necesidad de aumentar las garantías del proceso electoral. De este modo, se parte ya de la anterior reforma de la LO 3/1995, de 23 de marzo, en la que se regulaba la inscripción de oficio de los electores residentes en el extranjero. Así, los electores residentes en el extranjero no necesitan inscribirse en el censo electoral, sino que de oficio, la Oficina del Censo Electoral, en colaboración con los consulados han de llevar a cabo esta tarea.

Ahora el procedimiento del voto es doble, de una parte se puede efectuar directamente en urna, y de la otra se puede efectuar por correo.

La doctrina ha criticado esta regulación en atención a ciertas dificultades operativas en la tramitación del voto. Así por ejemplo, los plazos en algún caso pueden ser tan perentorios, que el voto finalmente no llegue a ser escrutado, o la redacción misma del sistema de votación, puede inducir a error, como efectivamente ha llegado a ocurrir en Asturias, en el proceso electoral del año 2012, en donde la tramitación se llevó a cabo directamente por el envío de los votos a la Junta Electoral, en lugar de ser depositados en el Consulado para su tramitación.

El censo electoral es permanente y su actualización es mensual con referencia al día primero de cada mes. En este sentido, la regulación del art. 39 LOREG obliga a los consulados igual que los ayuntamientos, a mantener un servicio de consulta de las listas electorales vigentes, durante un plazo de 8 días a partir del 6.º día posterior a la convocatoria de las elecciones.

Por lo que refiere al ejercicio del voto por personas que viven en el extranjero, el art. 75 LOREG⁵ regula en 12 párrafos las condiciones del ejercicio del voto.

El primero se refiere a la exigencia de estar censados y solicitar expresamente el ejercicio del derecho.

⁵ En las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, miembros de las Asambleas de las ciudades de Ceuta y Melilla y Diputados al Parlamento Europeo, cuando en este último caso se opte por la elección en España, los españoles inscritos en el censo de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero, deberán formular mediante impreso oficial la solicitud de voto dirigida a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, no más tarde del vigésimo día posterior a la convocatoria. Dicho impreso será remitido a los españoles inscritos en el mencionado Censo, sin perjuicio de encontrarse disponible desde el día siguiente a la convocatoria electoral en las dependencias consulares y de poder obtenerse por vía telemática. Al impreso oficial se acompañara fotocopia del pasaporte o del DNI expedidos por las autoridades españolas, o en su defecto una certificación de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula Consular expedidas por el Consulado de España en el país de residencia.

El segundo párrafo ordena que recibida la solicitud las delegaciones provinciales de la oficina del censo electoral, remitirán a la dirección de la inscripción del elector las papeletas y el sobre o sobres de la votación dos certificados de estar inscrito en el censo de residentes ausentes, uno dirigido.

El párrafo tercero exige que el envío se haga por correo certificado a más tardar el 34 día de la convocatoria.

El pf. cuarto da opción a efectuar el voto por correo, o en urna. Los que optaren por hacerlo por correo, deberán incluir en el sobre fotocopia del DNI o pasaporte, y los que depositen el voto en la urna, tendrán que hacerlo entre el 4 y 2 días anteriores a la elección entregando los sobres en las oficinas consulares en las que estén inscritos.

El pf. sexto prescribe que el elector se identificará ante el funcionario consular con DNI o certificación del consulado, y exhibirá los certificados de inscripción en el censo previamente recibidos, en el que el funcionario estampará el sello.

En el pf. séptimo se regula el acto material de la votación, llevado a cabo mediante la papeleta que se deposita en la urna y los responsables consulares deben establecer medidas para facilitar el ejercicio, guardia y custodia de las urnas y precintado de las mismas.

En los pf. 8, 9, 10, y 11 se regulan las obligaciones de los funcionarios en relación con sus obligaciones de tramitación, una vez finalizado el plazo de depósito en la urna. El funcionario consular expedirá un acta con el número de certificaciones censales recibidas e incidencias en su caso.

Finalmente, en el último párrafo, se faculta al Gobierno para un desarrollo reglamentario.

2. Dificultades del ejercicio del derecho de participación electoral en la regulación actual

La regulación que tiene lugar mediante la reforma, del art. 75 LOREG, ha sido considerada por la doctrina como obstructiva del derecho a la participación política recogido en el art. 23 CE, y por algunos autores contraria al derecho de igualdad por establecer exigencias que pueden considerarse como discriminatorias en relación con el resto del electorado⁶. Estas posiciones se sostienen sobre todo con la exigencia de la solicitud del voto, que se ha llamado el «*voto rogado*», en la medida en que exige expresamente una solicitud de voto, que no es necesaria en el resto de los votantes. Parece una regresión importante, que en una época como la actual, capaz de momentizar cualquier actuación a través de

⁶ También en la doctrina, hay importantes aportaciones sobre la reforma. Cfr. R. GARCÍA MAHAMUT, «La reforma electoral (LO 2/2011) y el voto de los españoles en el exterior (CERA). La ineffectividad del derecho de sufragio de los españoles en el exterior. Una necesaria revisión», *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012.

los medios electrónicos, (transacciones bancarias, tele compra, descargas digitales), se haga necesaria una regulación como la que establece el voto de españoles residentes en el extranjero⁷.

Por otra parte, la imposibilidad de voto en las elecciones locales para residentes ausentes, no parece una medida meditada en la reforma, que se había planteado inicialmente por parte del Gobierno y del Parlamento, como una posibilidad de avanzar en el sistema electoral, debido a las consideraciones que desde fuerzas políticas minoritarias se venía haciendo acerca de la Ley D'Hondt, considerada por algunos sectores como inconstitucional por discriminatoria con determinados partidos políticos, que ante el mismo o superior número de votos, pueden obtener un considerable número inferior de escaños.

Con independencia del análisis crítico que merece la constitucionalidad de esta reforma, validada en el recurso de inconstitucionalidad presentado por una Comunidad Autónoma, en la STC 153/2014, de 25 de septiembre, el contraste que permiten ciertos preceptos constitucionales respecto de esta reforma, arrojan un balance muy precario sobre como se ha concebido el derecho de sufragio para residentes ausentes.

Desde la denominación, perfecto oxímoron, que es el concepto de «residentes ausentes», concepto difícil de identificar en personas que no tengan un claro conocimiento del derecho electoral, y que finalmente serán los usuarios de estas normas, hasta el rocamboloso procedimiento al que se somete a ese electorado. De este modo, puede decirse que el mandato del art. 68.5, párrafo segundo, por el que se dice que «la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España», se incumple si tenemos en cuenta que este proceso es claramente disuasorio. A tal punto esto es así, que desde el exterior, y promovido por grupos de jóvenes emigrantes ha surgido un movimiento reivindicativo que tiene como finalidad la solicitud del voto por delegación a aquellas personas que no piensan ejercitar su derecho, y pudieran hacerlo en el sentido que se les solicita por quienes están fuera. Ese voto, auténticamente delegado, operaría como sustituto del residente ausente, en un ejercicio de solidaridad, pero es sobre todo una llamada de atención a la dificultad, no solamente técnica, sino económica que implica para estas personas, escasas de recursos, el doble desplazamiento a que obliga el proceso electoral para ellas.

⁷ Hay una importante doctrina acerca de la utilización de la tecnología en el proceso de votación para personas ausentes, enfermas o imposibilitadas en órganos de representación política, y en el derecho electoral. M.V. GARCÍA SORIANO, ha estudiado las garantías de estas modalidades de votación en «Una reconsideración de las garantías electorales ante las nuevas modalidades de (E-) votación», *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, 2.º semestre, 2007, S. José Costa Rica. Considera la autora que pese a las dificultades que puede ofrecer este sistema, sus ventajas, no solamente en la votación sino a lo largo del proceso electoral, recuento, identificación del elector, conocimiento de las candidaturas, etc, es de suprema utilidad.



Otro tanto cabe decir de la supresión del derecho de voto en residentes ausentes en las elecciones locales, que sin más motivo que el de la ley, se ven privados de un derecho fundamental, por una ubicación geográfica, la mayor parte de las veces obligada por las circunstancias económicas. Esta penalización es difícilmente entendible desde el contenido esencial del derecho de participación política. La necesaria expansividad del derecho, choca frontalmente con esa prohibición. El derecho al voto forma parte del contenido esencial del derecho de participación, y su supresión debe estar justificada. No parece una justificación razonable el hecho de no vivir en el lugar de origen.

IV. LAS LIMITACIONES DEL DERECHO DE SUFRAGIO A LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO

El pf 3 del art. 4 de la LOREG dice que *«En el caso de las elecciones municipales, incluidas las elecciones a Cabildos, a Consejos Insulares, al Consejo General del Valle de Arán y a Juntas Generales, es indispensable para su ejercicio figurar inscrito en el Censo de Españoles residentes en España»*.

En consecuencia, el art. 75.1 en su reforma, al regular el voto de los españoles que viven en el extranjero, lo limita a las elecciones de Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas legislativas de las CC.AA., miembros de las Asambleas de Ceuta y Melilla, y Diputados al Parlamento Europeo, no incluyendo las elecciones locales.

Esta limitación que figura finalmente en la ley, ha sido objeto de tratamiento en las fases previas a su aprobación.

1. El informe del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, al estudiar la reforma de la ley, considera que la regulación de los españoles ausentes es constitucionalmente adecuada.

La exclusión de los españoles en el extranjero en las elecciones locales, se basa en una lectura del art. 68.5 CE que dice que *«son electores y elegibles todos los españoles que estén en el pleno uso de sus derechos políticos. La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España»*.

En la medida en que la ubicación sistemática de este derecho aparece en la Constitución en el Título III que regula las Cortes Generales, no cabría en principio su extensión a otros procesos electorales.

Una importante limitación que se propone el Informe del Consejo de Estado es la de no desbordar el ámbito de la constitucionalidad de la posible reforma legislativa. No tiene que ser la posición doctrinal, que puede exceder este marco, formulando en su caso propuestas que exijan reformas constitucionales.

Siendo así, el Consejo de Estado considera como punto de partida de análisis, el hecho de que el constituyente ha considerado pertinente que la participación política de los españoles ausentes, se limite a esos procesos electorales y no a otros.

El elemento que determina en última instancia la legitimidad de esta limitación, lo encuentra en la otra cara del derecho de representación de los extranjeros en España. Si estos tienen derecho a participar en las elecciones locales por un principio de vecindad, la lógica correlación estaría en la restricción de este derecho a los españoles ausentes.

Sería interesante analizar cada una de estas situaciones, sin la pretendida relación entre ellas. No tienen por qué relacionarse el derecho de los extranjeros y el de los españoles, si partimos de otros elementos de análisis⁸. El análisis debe superar siempre el marco constitucional, aunque no siempre la conclusión será que haya que modificar la Constitución.

Otro argumento de fuerza utilizado por el Consejo de Estado sería la redacción del art. 140 CE, que establece que la elección de los concejales se hará por los vecinos del municipio. Siendo esto cierto, hay que tener en cuenta que en el momento constituyente, el nombramiento de los alcaldes todavía no era democrático, y se llevaba a cabo por los Gobernadores Civiles de la Provincia. Fue la STC de 2 de febrero de 1981, la que estimó la inconstitucionalidad de la norma por la que se nombraban los Alcaldes por designación, y derogó la norma preconstitucional.

En general, los argumentos que sustentan la idea de exclusión del derecho de participación de los españoles ausentes, se relaciona con la idea de cercanía del ciudadano a su municipio. De la cercanía de los vecinos, se deduciría otro argumento no menos inexacto, que sería el interés por la política del entorno, y el consiguiente desconocimiento de la política en la distancia espacio-física.

Sin embargo, estos argumentos, que pueden considerarse válidos en otros momentos de la Historia, hoy aparecen muy mediatizados por conceptos espaciales, en los que la cercanía o lejanía de los intereses públicos y privados, no responde a una conceptualización espacialmente definida, sino a proximidades de otros tipos de interés. El mero hecho de que las distancias entre países se acorten con las comunicaciones y la tecnología, refiere un mundo sin distancias, en el que la ausencia puede ser coyuntural e incluso relacionada con las propias políticas municipales. El exilio temporal a que se ven obligados los jóvenes en demanda de empleo, forma parte del contenido programático de los partidos políticos en sus campañas electorales. Los medios tecnológicos de participación en los debates públicos que permiten la información global, constituyen potentes canales de transmisión informativa, muy por encima de la proximidad física.

⁸ El Informe del Consejo de Estado establece sin embargo una directa correlación entre estas dos situaciones. Si el derecho de sufragio en las elecciones municipales se distancia de la nacionalidad para vincularse al de 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 su nacionalidad; pero también que los españoles residentes en el extranjero votaran en el país en el que residen, y no en España, al menos mientras no vuelvan a residir aquí.



2. La Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior

Esta ley en su art. 4.1 dice que «*Los españoles que residen en el exterior tienen derecho a ser electores y elegibles en todos y cada uno de los comicios, en las mismas condiciones que la ciudadanía residente en el estado español, en los términos previstos en la normativa de aplicación*». Es justamente este último inciso el que lleva al Tribunal Constitucional a afirmar en la STC 153/2014, que no puede hablarse de contradicción normativa con el art. 75 LOREG, dado que la propia redacción del precepto lleva a la legislación electoral específica.

En realidad el contenido de la ley responde sobre todo al reconocimiento de los derechos sociales que se considera que el Estado español debe cumplir con esa ciudadanía que ha emigrado, generalmente como consecuencia de la imposibilidad de encontrar aquí un medio de vida digna⁹.

En un cierto sentido, obedece al mandato constitucional del art. 42 CE que exige velar por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores en el extranjero, y la orientación hacia su retorno¹⁰. A estos efectos resulta especialmente significativo el pf. 2 *in fine* de la Exposición de Motivos de la Ley 40/2006, al considerar que «*la aplicación de la cláusula del Estado Social, consagrada por la Constitución de 1978, ha de extenderse a todos los españoles, también a aquellos que por sus circunstancias vitales han tenido que vivir fuera del territorio nacional*». Esta ley no sólo proclama por primera vez la relación de derechos sociales y el catálogo de prestaciones que el Estado ha de garantizar a sus emigrantes, sino también que tendrán el mismo contenido y alcance que los que dis-

⁹ Hay que tener en cuenta que esta ley regula en el art. 4 una serie de propuestas que luego fueron integradas en el art. 75 de la reforma LOREG. Tales como el fomento por parte del Estado de los Tratados Internacionales para que los residentes españoles en el exterior, vean reconocido el derecho de ser elector y elegible en las elecciones municipales de su lugar de residencia, bajo los criterios de reciprocidad que se establezcan en dichos Tratados o en la Ley. Igualmente, la promoción de las medidas necesarias para facilitar la incorporación de la ciudadanía española en el exterior en las listas electorales de las distintas opciones políticas.

En relación con el censo ordena que se arbitren las medidas necesarias para la incorporación de la ciudadanía española en el exterior, actualizando el censo potenciando los medios disponibles en los consulados para que colaboren con la Oficina del censo Electoral.

La ley ordena ya que se habiliten los medios materiales, que posibiliten la votación en urna o a través de otro medio técnico que garantice el secreto del voto y la identidad del votante, aunque detalla que esto será en lo referente a las elecciones generales, europeas y autonómicas.

¹⁰ Acerca de algunas de las condiciones sociológicas en las que se desenvuelven los residentes ausentes, así como los datos del Padrón referidos al año 2012, y porcentajes reducidos de voto en los procesos electorales más recientes, y aplicación de esta Ley, ver A.M. MARCOS DEL CANO, «Los derechos de los españoles residentes en el exterior: especial referencia a los derechos de participación», *Derechos y libertades*, núm. 27, Época II, junio, 2012.

frutan los españoles residentes en el territorio nacional¹¹. Algunas CC.AA. han legislado también acerca de la ciudadanía en el exterior de personas de sus territorios en el ámbito de sus respectivas competencias¹².

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Sobre las dificultades de aplicación del art. 75 ya se ha producido una importante Sentencia del Tribunal Constitucional, que da cuenta de la defectuosa articulación del derecho al voto en los residentes ausentes. Se trata de la STC 105/2012, de 11 de mayo, que conoce de un recurso de amparo electoral formulado por la formación política Izquierda Unida de Asturias, un candidato y el PSOE, contra la Sentencia Contencioso Administrativa que validó el acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Asturias, en la proclamación de candidatos del Foro de Ciudadanos.

La demanda obedece a un error en el envío de las votaciones, que en lugar de tramitarse por la vía consular, se dirigen directamente a la Junta Electoral. Cuando se constituye la Junta Electoral de Asturias, para introducir en las urnas los sobres de votación de residentes ausentes, Foro de Ciudadanos impugna 332 votos, cuyos sobres se habían dirigido directamente a la Junta Provincial, en lugar de al Consulado (75.4 LOREG). La Junta rechazó la impugnación y computó los votos. Recurrido el acto, confirmó su resolución por aplicación de un acuerdo de la JEC de 27 de marzo de 2012 que consideraba que esa irregularidad no era invalidante. Las consecuencias fueron que se atribuyó un escaño al PSOE.

Recurrido en el orden Contencioso Administrativo, se dictó sentencia, estimando la demanda, anulando el escrutinio de la mesa electoral del censo de electores residentes ausentes, y ordenando repetir la votación de esa mesa en un plazo de 3 meses. Estimaba la Sala que no se podían computar los votos recibidos de manera directa por la Junta sin pasar por el Consulado. La razón era que no se había seguido el procedimiento del 75.4 que era taxativo.

Los recurrentes en amparo invocan el art. 24 CE porque consideran formalismos enervantes los seguidos en ese razonamiento, e infracción igualmente del contenido esencial del derecho de participación política regulado en el art. 23.2 CE.

¹¹ Por lo que respecta a las previsiones de participación democrática, ver R. GARCÍA MAHAMUT, «El voto de los residentes ausentes y la Ley 40/2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior», *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del Informe y debates académicos*, Consejo de Estado y CEPC, Madrid, 2009.

¹² La Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces y Andaluzas en el exterior, la Ley 8/2013, de 29 de octubre, sobre ciudadanía castellana y leonesa en el exterior, la Ley 4/1983, de la Xunta de Galicia del Estatuto de la ciudadanía gallega en el exterior, o la Ley 4/2014, de la renta básica de inserción, que recoge expresamente la atención a los emigrantes retornados.

El Ministerio Fiscal se suma a la petición de amparo, invocando igualmente el derecho a una interpretación favorable al ejercicio del derecho de participación.

El Tribunal Constitucional estima el amparo. Considera que el cambio de normativa efectuado en la nueva regulación de la ley dando opción al voto en urna, ha confundido a algunos votantes, pero que la alteración del procedimiento ha de interpretarse en efecto de la manera más favorable al derecho de participación política. Es importante a este respecto la consideración que el Tribunal hace en el FJ 13 al considerar que el contenido normativo del nuevo art. 75 *«pudiera conducir a ciertas confusiones a un elector medio»*.

Ahora bien, fue la propia Junta Electoral Central la que consideró que el envío directo del voto sin mediación del consulado, fuera considerado como *«una irregularidad excepcionalmente no invalidante»*.

No obstante queda patente la irregularidad de los votos impugnados. Ahora bien hubiera sido necesario a juicio del Tribunal Constitucional que la Sala de lo Contencioso-Administrativo, hubiera hecho un juicio de relevancia sobre los efectos de esta votación irregular y la utilidad de repetir la votación. Y ello mediante la determinación estadística, de que el porcentaje de votos atribuidos a una fuerza política no alteraba el resultado. Al no hacerlo así, la Sala lesionó el derecho a la participación política de estos residentes ausentes¹³.

La sentencia estima parcialmente las demandas de amparo y declara vulnerado el derecho de sufragio de los electores residentes ausentes, así como el del proclamado diputado recurrente.

Además, la LO 2/2011, ha sido recurrida directamente de inconstitucionalidad dando lugar a la STC 153/2014, de 25 de septiembre, por la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias en relación con el artículo Único de la Ley Orgánica 2/2011, de modificación de la Ley 5/1985, del Régimen Electoral General.

El recurrente considera que la ley podría conculcar varios preceptos de la Constitución. En primer lugar, el art. 23.1, que resultaría lesionado en su contenido esencial, en relación con la supresión del derecho de participación política, en las elecciones locales, a los españoles residentes en el extranjero, al carecer de la vecindad. Y en este sentido, el Tribunal Constitucional rechaza esa interpretación del derecho de representación política, entendiendo que el art. 23.1, como derecho de configuración legal, puede ser suprimido en su ejercicio si se dan determinadas condiciones. Ciertamente, el Tribunal Constitucional procede aquí de una manera excesivamente formalista, en cuánto que efectivamente hay

¹³ Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha mantenido en este sentido, una jurisprudencia expansiva y favorable a la eliminación de formalismos, que favoreciera el derecho material de la representación política. En este sentido, la STC 26/2004, que estima el amparo de una candidatura que se presentó mediante correo, en lugar de ante la Junta presencialmente, o la STC 125/2011, que validó la moneda al aire como método de resolución de un empate en votos.

supuestos en nuestro ordenamiento de pérdida del derecho al sufragio, pero hay que tener en cuenta de que en estos casos se trata de penas accesorias reguladas en el Código Penal, y por tanto de sanciones que el sujeto ha de soportar en función de su conducta. No hay sin embargo razón subjetiva ni objetiva alguna, que pueda razonarse respecto de la limitación del derecho de sufragio por la carencia de vecindad, que no sea el apoyo que el Tribunal Constitucional busca en el art. 140 CE, tomado del Dictamen del Consejo de Estado, y que debería a nuestro juicio abarcar al menos una motivación por parte del Tribunal, en términos de justificación, más allá del tenor literal del art. 140 CE, que como es sabido, se enmarca en un contexto histórico sobre las elecciones locales, ampliamente superado en el momento actual. Como bien dice el recurrente, la mención que el art. 140 CE realiza en orden a que los concejales han de ser elegidos por sus vecinos, no puede llevar a primar, en materia del derecho de sufragio, la vecindad sobre la nacionalidad.

En segundo lugar, la invocación del Gobierno Canario acerca de la desigualdad contraria al art. 14 CE, que implica la privación del derecho de sufragio a españoles en los procesos electorales locales, tampoco se justifica por el Tribunal desde una perspectiva material que justifique la diferencia, sino negando el «*tertium comparationis*». No hay situación comparativa entre residente y no residente (FJ 3), y en todo caso, hay una justificación de la diferencia, que es la recomendación del Consejo de Estado, de unir el ejercicio del derecho de sufragio a la condición de vecino. Esta circularidad de los argumentos que rodean con frecuencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁴, tiene la virtualidad de sofisma, y finalmente lleva la pregunta un poco más lejos: ¿Está justificada la exigencia de unir elecciones locales y ciudadanía, o cabe pensar que no hay diferencias que justifiquen políticas distintas en el Estado que en los Ayuntamientos? Cabe pensar, al menos con el mismo rigor científico, que el residente emigrante que se ve obligado a salir de España para obtener un medio de vida, pueda estar al menos igualmente interesado en la política de empleo de su ciudad, incluso más que en los problemas estatales sobre los que legisla el Parlamento.

La desestimación del recurso de inconstitucionalidad a nuestro juicio sobre la construcción de un derecho de vecindad ligado al derecho electoral local, adolece de una argumentación contundente acerca de las razones que justifiquen esa relación.

4. El informe de la Defensora del Pueblo de 28 de abril de 2011

La Plataforma contra la Privación del Derecho de Voto de los Españoles en el Exterior, solicitó a la Defensora del Pueblo, que formulará un recurso contra la modificación legislativa operada en la Ley 2/2011, por entender que era contraria al art. 14 y 23.1 CE.

¹⁴ Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad, he tenido ocasión de llevar a cabo en M.L. BALAGUER, *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2010.

La Defensora del Pueblo consideró que la redacción del art. 2.3 LOREG en su modificación por la LO 2/2011¹⁵, es plenamente constitucional y en consecuencia opta por no recurrir la ley al Tribunal Constitucional.

La solicitud se razonaba en función del art. 14 y el art. 23.1 CE. En el primer caso, la discriminación vendría constituida porque al impedir el voto a los españoles en el extranjero, se produce una discriminación basada en una circunstancias social, la emigración, así como la privación del ejercicio de los derechos de participación.

Sin embargo la Defensora del Pueblo considera que el contenido del art. 23 es de configuración legal, «en los términos en que la ley lo configura», derecho de configuración legal como tiene reconocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y en consecuencia equipara la situación de la privación del derecho de los residentes ausentes, con las limitaciones establecidas en las causas de inelegibilidad o incompatibilidad de ciertos cargos, inhabilitados o menores de edad. También considera que el art. 140 abunda en el criterio de vecindad en lugar del de nacionalidad.

El Informe de la Defensora del Pueblo en su análisis del art. 23.1 CE dice que es a la ley a quién se atribuye la determinación de las personas concretas que pueden ejercitar el derecho al sufragio. Siendo esto verdad, la ley tiene como límite el ejercicio de los derechos fundamentales, que sólo se puede restringir sin dañar su contenido esencial.

La lectura del art. 140 CE y la adscripción constitucional de criterio de vecindad, le sirve a la Defensora para justificar que en las elecciones locales el constituyente no viera la necesidad de que votaran los españoles ausentes, y también como corolario de la concesión del voto a los extranjeros en España. Criterios estos que coinciden con el Informe del Consejo de Estado, y que hemos intentado rebatir.

5. La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tampoco la invocación al TEDH cuya aplicación del art. 3.1 del Protocolo 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ha de tener naturaleza de mínimos. Puede que el criterio de residencia no sea arbitrario, pero bien puede ser inconstitucional en algunos Estados en los que su norma fundamental así lo haya considerado. La STEDH de 19 de octubre de 2004, caso *Melnychenko contra Ucrania*, formula cuatro requisitos en relación con este tema: la presunción de que un ciudadano no residente está menos afectado y tiene menos conocimiento de los problemas cotidianos de su país, en algunos casos es impracticable o indeseable que los candidatos

¹⁵ El art. 2.3 dice que «en el caso de elecciones municipales, incluidas las elecciones a Cabildos, a Consejos Insulares, al Consejo General del Valle de Arán y a las Juntas Generales, es indispensable para su ejercicio figurar en el Censo de españoles Residentes en España. No pueden por tanto formar parte los inscritos en el Censo de Residentes Ausentes que viven en el extranjero».

a parlamentario presenten sus alternativas a los ciudadanos que viven en el extranjero, la influencia de los residentes en los programas electorales, y la correlación entre el derecho al voto en las elecciones al Parlamento con el interés directo por las acciones de los órganos políticos elegidos.

Ninguno de estos cuatro argumentos se sostiene. En primer lugar porque como se ha dicho, no hay correspondencia actualmente entre el grado de información-formación política y el interés político; en segundo lugar, porque la difusión del conocimiento no conoce fronteras en una sociedad del conocimiento; en tercer lugar porque el interés no se corresponde con la proximidad geográfica; y finalmente porque el grado de afectación de las políticas municipales no tiene por qué ser menor que una ley del Parlamento.

Ciertamente, desde una posición que entiende la política como participación de la ciudadanía, si se acepta el fundamento de que la participación política se justifica porque las políticas son dirigidas a la comunidad donde se radica, los residentes deben intervenir en su aprobación¹⁶. Y si esto es así, cuando los nacionales de un Estado no viven en el ámbito geográfico en el que se proyectan esas decisiones, ¿cuál podría ser la justificación del derecho a la participación política?¹⁷.

La identificación del derecho a la participación política con el núcleo de defensa de los intereses inmediatos, en relación con la localización geográfica, no agota sin embargo, el contenido del derecho a la participación¹⁸.

Hay al menos dos argumentos más, el primero iría referido a la necesidad de intervenir en la política concreta de la nación de la que se es ciudadano, que aunque se haga desde lejos geográficamente, no tiene por qué ser menos intensa, teniendo en cuenta la deslocalización actual del trabajo, de la cultura y de las posibilidades de comunicación que actualmente permite la tecnología.

En segundo lugar, la reducción del derecho de participación política a los intereses inmediatos, desconocería la potencialidad del derecho al voto, en relación con la posibilidad de modificar estos intereses, pero sobre todo de intervenir mediante la ideología en las decisiones políticas que afectan a la ciudadanía y las posibilidades de cambio político. Dicho de otra forma, en un proceso electoral no se produce solamente un núcleo de decisiones que sean aprobadas por los electores, sino fundamentalmente quizás, un momento de decisión y adscripción ideológica, acerca de la ideología de las fuerzas políticas que a ese proceso electoral concurren. Siendo así que varias fuerzas políticas pueden coincidir

¹⁶ M.A. PRESNO LINERA, *El derecho al voto*, Edit. Porrúa S.A., México, 2012.

¹⁷ Una visión del concepto de participación política en M. RAMÍREZ, *La participación política*, Tecnos, Madrid, 1985.

¹⁸ M.A. PRESNO LINERA, «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», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 87, 2009.



en un programa electoral, y aun así no es intrascendente para el votante, a cual de ellas concede su confianza, dado que con independencia del programa, estará después el condicionamiento ideológico de ese partido y sus posibilidades de transformación social en relación con la ideología de cada votante.

V. LA POSIBILIDAD DE CONSIDERAR EL DERECHO DE VOTO EN LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO EN ELECCIONES LOCALES Y MUNICIPALES

Independientemente de la justificación constitucional, que en puridad sería de inexigibilidad constitucional, es decir, no es constitucionalmente exigible la participación de los residentes ausentes en los procesos electorales locales, la justificación racional se produciría mediante la indagación de la oportunidad legal de la extensión del derecho de sufragio en estos procesos a los residentes ausentes, en función de unos criterios relacionados con principios y valores jurídicos.

A favor de la inoportunidad de esta exigencia, estaría el argumento fuerte de la carencia de intereses inmediatos con respecto a las políticas municipales, que por definición están en una posición de cercanía e inmediatez, y relacionadas con la presencia de esos electores en el ámbito territorial en que se produce el proceso electoral, y por tanto la ausencia, lo sería también de la falta de intereses para esta participación.

A este argumento se oponen varias consideraciones importantes:

- a) La primera sería sin duda la necesidad de definir el concepto de interés en la participación política, y por extensión el contenido esencial del derecho de participación. En este sentido puede ser especialmente importante el hecho de que el derecho de participación se encuentre sistemáticamente situado entre los derechos de mayor refuerzo y garantía constitucional. La lectura del art. 23 en cuanto al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o a través de sus representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, remite a su vez a la rigurosa excepcionalidad de la restricción de ese derecho en su formulación legal, con exigencia de causas de justificación para la limitación del derecho.
- b) La necesidad asimismo de analizar el concepto de interés o de intermediación de esos intereses al menos en dos aspectos que pueden ser en este sentido importantes: que se entienda por interés o por medidas de afectación a ese interés, y que se entienda por intereses en un mundo globalizado.

En cuanto a la primera cuestión, habría que tener en cuenta a su vez dos factores: la determinación del contenido competencial concreto de los entes locales, y los contenidos de los programas políticos de los partidos, mas allá de la posibilidad o no de llevarlos a cabo. En relación con la primera cuestión, habría que relacionar ese contenido con el

concepto de autonomía local constitucionalmente garantizada, y en el segundo aspecto habría que tener en cuenta que hoy ciertamente los entes locales asumen funciones que no son de estricta intermediación, sino que abarcan un número importante de prestaciones sociales, que rebasa el del Estado central en algunas ocasiones, como en educación, en formación y en asistencia social.

Pensemos a estos efectos, el interés que representa para un licenciado emigrante, la opcionalidad de un partido político en un ente local, en relación con los planes de empleo municipales, y su posibilidad de retorno a su país de origen. Este interés en este caso concreto, es para esta persona bastante más importante que la posición de su Estado respecto al conflicto árabe israelí. O las políticas de vivienda de los Ayuntamientos en la socialización de suelo urbano. Las CCAA tienen atribuidas a los Ayuntamientos competencias en materia de viviendas sociales. El interés de un emigrante para su retorno, resulta ser en este caso mucho mayor que el genérico problema del terrorismo o la monarquía.

Además de estos argumentos, que adquieren en estos años una fuerza imperativa respecto de otros momentos de la historia, hay que tener también en cuenta la relatividad del concepto de intereses políticos, en relación con la opcionalidad ideológica de los partidos políticos. Desde este punto de vista, la ciudadanía no vota solamente medidas relacionadas con intereses más o menos directos, sino que los partidos políticos representan opciones ideológicas diferentes aún a veces con programas genéricos más o menos coincidentes, y la pregunta es si es necesario proteger constitucionalmente también, el derecho de estos ausentes a ejercitar esa opción ideológica¹⁹.

Finalmente, en el plano de la posible inconstitucionalidad habría que establecer los principios, valores constitucionales y derechos fundamentales concernidos.

- a) El derecho de igualdad y no discriminación y el test de relevancia en relación con la discriminación de las personas en función de su condición personal, que en este caso sería la de emigrante. En este sentido, vale traer aquí nuevamente la comparación con el residente extranjero, como argumento de contradicción y posible exclusión. En la medida en que adoptamos como criterio el de la proximidad de intereses, convenimos en que los intereses de los residentes extranjeros en España, son más próximos que los de los residentes de los españoles en el exterior. Esto pasa por reducir el concepto de interés a un contenido inmediato y concreto, pero el interés de un español en el extranjero puede ser cualitativamente diferente en modo e intensidad.

Podría ser interesante abandonar por un momento el concepto de interés para referirse a una relación del derecho de participación con valores constituciona-

¹⁹ M.A. PRESNO, *Revista Española de Derecho Constitucional...* cit., p. 209.

les más inmediatos, como el de igualdad. La necesidad de tener en cuenta, que además de los derechos de participación política, hay un conjunto de principios y derechos constitucionales que se relacionan con este derecho de participación política, y que son igualmente, algunos de ellos, de aplicación inmediata, podría matizar de manera importante una regulación del derecho de sufragio de los españoles residentes en el extranjero, más acorde con estos.

Así, la contemplación a la luz del art. 14 CE en una interpretación amplia de este derecho, puede arrojar luz sobre si no existe una discriminación poco justificada para personas que tienen arraigo en el Estado español, pero se han visto obligadas a salir fuera de su país para encontrar un medio adecuado de vida. Si no deberían, pues, tener derecho a votar en una elecciones donde se discuten al menos prestaciones sociales y posiblemente políticas de empleo, que generan en ellas legítimas expectativas.

En relación con el art. 9.2 CE, cabría igualmente preguntarse si no será obligación de los poderes públicos, remover los obstáculos para un cumplimiento de la igualdad real y efectiva a la participación política, sin más restricciones que las basadas en un criterio de racionalidad y proporcionalidad.

Y si en consecuencia esta concreta forma de participación no podría ser que violara el 14 y el 9.2 en la medida en que dificultaba el acceso a la participación política, siendo obligación de los poderes públicos la remoción de los obstáculos. Igualmente el contenido del art. 23 CE. En tal sentido sería importante analizar la afirmación del Consejo de Estado en referencia al contenido político de las elecciones restantes en contraposición a una naturaleza no política de las elecciones locales. Y por tanto de ahí la necesidad de definir lo que es político y la importancia del derecho de participación política en la Constitución Española. Ciertamente que el art. 23 exige una ley de regulación, pero es preciso indagar si en la regulación se respeta el contenido esencial propio del derecho de representación. Así, la STC 24/1990, de 14 de febrero, dice que el análisis constitucional no puede obviarse sobre la idea de que los derechos de participación política lo sean de configuración legal, pues el art. 23 CE regula un derecho fundamental (FJ 2).

b) Redefinición de conceptos de teoría política acordes con la realidad actual.

Ciertamente que se podría mantener un concepto apolítico de las elecciones locales con otra configuración legal, pero hay que tener en cuenta que a este proceso electoral concurren los partidos políticos con sus siglas, lo que confiere de por sí naturaleza política al proceso. No hay que olvidar además que a menudo las elecciones locales prefiguran cambios políticos importantes como test para las elecciones generales. Igualmente el concepto de residencia. El hecho de que haya residentes que dividen su vecindad en períodos de tiempo prácticamente iguales cada año, y mantienen casa abierta en dos países. Dadas las condiciones de movilidad que favorece la

globalización, hoy se puede mantener que un español en el extranjero puede mantener una vinculación económica, personal cultural y familiar con su lugar de origen²⁰.

- c) La preteritoria necesidad de una modificación profunda de la normativa electoral. Hablamos de reforma de la legislación electoral, pero en realidad, la LOREG debe ser sustituida por una nueva ley que de respuesta a las insuficiencias de la ley actual, aprobada en la década de los ochenta e ignorante de los cambios sociales y políticos que han tenido lugar hasta los momentos actuales. Las exigencias de la leyes a la adecuación a la realidad social en la que se vive, es una exigencia de justicia material, pues una ley desfasada de su realidad, tiene importantes consecuencias de desajuste con la realidad que pretende regular. En este sentido, la participación política en nuestro Estado, ofrece hoy situaciones no previstas en el momento de la aprobación de la LOREG²¹. No solamente en lo que se refiere al proceso electoral, también en otros aspectos importantes, como la situación que genera hoy la incorporación de la mujer a la actividad política, con un porcentaje de representación de género del equilibrio del 60 al 40 por ciento. La modificación del art. 44 bis de la LOREG por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad entre mujeres y hombres, se llevó a cabo de manera excesivamente sucinta y dejó sin regular muchas de las situaciones que llevaba adherida esa importante modificación. La masiva incorporación de la mujer a las listas electorales, tuvo como consecuencia el importante incremento de la presencia de las mujeres en instituciones como los Parlamentos y Ayuntamientos, sin que se recogieran en la ley situaciones que afectan de manera importante a las ausencias justificadas en votaciones trascendentales, o a imperativos de conciliación de la vida familiar y la función representativa.

No se trata de modificaciones exigidas en función del género; quede constancia de que la conciliación de la vida familiar y representativa debe ser entendida desde la posición igualitaria entre hombres y mujeres, sino de que es en ese momento en el que se actualiza la necesidad de que tal conciliación se lleve a cabo, porque igualmente los hombres que ejerzan funciones representativas, deberán tener la posibilidad de ser cuidadores o educadores de sus hijos, al desarrollarse la refe-

²⁰ Aquí es muy acertada la observación de PRESNO sobre la posibilidad de exigir controles democráticos como el número de años transcurridos en el extranjero o el retorno periódico. «El derecho de voto...» *cit.* p. 86.

²¹ Sobre la relación entre esta ley y su relación con el concepto constitucional de representación, ver B. RODRÍGUEZ RUIZ y R. RUBIO MARÍN, «De paridad, igualdad y representación en el Estado democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007.

rida igualdad, cuyo efecto transformador no solamente era previsible para la vida pública sino también para la actividad privada.

En todo caso, una función debía ser considerada específica de género, en relación con la maternidad. Y en tal caso, debería ser una Ley Electoral General la llamada a regular las previsiones de sustitución de la función representativa en los casos necesarios. Situaciones como las de larga enfermedad, maternidad, necesidad de cuidados a parientes, conciliación de la vida personal, han sido sistemáticamente diferidas en las sucesivas reformas legislativas de la Ley electoral, dejando lagunas jurídicas, difícilmente interpretables en relación con los derechos de la persona representante de un cargo electo, que no admite en principio sustitución por otra persona en el ejercicio de la función representativa²².

VI. CONCLUSIONES

La nueva ley de regulación de los derechos de participación política y electoral, debería contener un capítulo dedicado en su integridad a las garantías electorales en el proceso electoral. Parece una exigencia derivada del derecho a la participación política, del que el derecho electoral es una concreción importante.

Es cierto que la LOREG en su momento ha podido cumplir una importante función en el derecho de participación política durante los años de consolidación del sistema democrático, pero hoy, a la luz del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este derecho, es necesaria la articulación de elementos que exceden del derecho al voto, y están comprometidos, como hemos visto, importantes derechos fundamentales en el derecho electoral, que han de ser tenidos en cuenta.

Así, una nueva ley electoral, o una ley de garantías electorales que complementarían la LOREG, podrían dar satisfacción a todos estos problemas que presentan las sociedades avanzadas en un mundo globalizado.

Esta regulación debería contener al menos, una garantía de defensa de los votantes, en relación con los procedimientos actuales de defensa de los partidos políticos. De tal modo que se instrumentara un procedimiento rápido y ágil para la facilitación del derecho al ejercicio de voto, teniendo en cuenta que se trata de un derecho fundamental, que no debe ser obstruido en la práctica, como ocurre ahora con una legislación bastante disuasoria del derecho. Y, con independencia del procedimiento administrativo ágil, un proceso expreso de defensa del derecho, son plazos y tramitación similares a los establecidos para otros

²² A mayor abundamiento, la referida LO 3/2007, en su disposición final 7.^a dispone que «a partir de la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno promoverá el acuerdo necesario para iniciar el proceso de modificación de la legislación vigente con el fin de posibilitar los permisos de maternidad y paternidad de las personas que ostenten cargo electo».



derechos fundamentales, como el derecho de rectificación, o reunión, que garantizaran una tramitación compatible con el derecho de tutela, capaces de permitir resoluciones judiciales rápidas y efectivas.

TITLE

GUARANTEES OF THE ELECTORAL LAW AND THE REGULATION OF POLITICAL PARTICIPATION OF SPANIARDS ABROAD.

SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. ELECTORAL PARTICIPATION UNDER THE LEY ORGÁNICA 5/1985, DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL (LOREG), PREVIOUSLY TO ITS AMENDMENT. III. THE LEY ORGÁNICA 2/2011, AMENDING THE LOREG. 1. Regulation. 2. Difficulties of the right to electoral participation under the present regulation. IV. LIMITATIONS TO THE RIGHT TO SUFFRAGE OF SPANIARDS ABROAD. 1. The Report from the Consejo de Estado. 2. The Ley 40/2006, concerning the status of Spanish Citizens Abroad. 3. The position of Constitutional Court. 4. The Report by the Ombudswoman. 5. The position of the European Court of Human Rights. V. THE POSSIBILITY OF CONSIDERATION OF THE RIGHT TO VOTE OF SPANIARDS RESIDING ABROAD IN LOCAL AND MUNICIPAL ELECTIONS. VI. CONCLUSION.

KEY WORDS

Electoral law; National; Election rules; Right to equality; Guarantees.

ABSTRACT

This paper analyzes the guarantees provided by the LO 2/2011, the latest reform of the 5/1985 electoral law. This Organic Law deprived of voting rights to Spanish nationals residing abroad in local and municipal elections. We analyze the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court (TC) on the matter and we came to the conclusion that this restriction is not constitutionally justified.

Fecha de recepción: 08/04/2016

Fecha de aceptación: 08/05/2016