



EL DERECHO AL VOTO DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES: RECIPROCIDAD, CIUDADANÍA Y CONDICIONES DE EJERCICIO DEL DERECHO

RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Málaga*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL LEGISLADOR DE LA RECIPROCIDAD. 1. De la interpretación de la reciprocidad. 2. A la interpretación de la cláusula. III. EL LEGISLADOR DE LA CIUDADANÍA. IV. EL LEGISLADOR DE LAS CONDICIONES DE EJERCICIO DEL DERECHO. 1. La difícil inserción del derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales en el marco de la teoría de los derechos fundamentales de los extranjeros en España. 2. Sobre el requisito de instancia de parte para la inscripción del extranjero en el censo electoral. V. REFLEXIONES FINALES.

Palabras clave

Derechos fundamentales; Derecho al voto de los extranjeros; Reciprocidad; Ciudadanía; Censo electoral.

Resumen

Las posibilidades de extensión del derecho al voto de los extranjeros no comunitarios en las elecciones municipales parecen haber llegado a su límite máximo. Sin embargo, la situación actual dista mucho de ser la óptima, especialmente desde el punto de vista del principio democrático. Este trabajo propone nuevas líneas en el estudio del tema que, dentro de los márgenes permitidos por la literalidad del texto constitucional, permitirían alcanzar dicho óptimo. En este sentido, se defienden una nueva comprensión de la cláusula de reciprocidad, el reconocimiento de la condición de ciudadano al extranjero titular del derecho, y una revisión de las pautas que deben servir para controlar el desarrollo normativo de sus condiciones de ejercicio.

I. INTRODUCCIÓN¹

Si la IX Legislatura (2008-2011) supuso un gran avance en el reconocimiento del derecho al voto de los extranjeros no comunitarios en las elecciones municipales, gracias

¹ Este trabajo se inserta dentro del proyecto de investigación «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).

a la entrada en vigor de numerosos tratados internacionales concluidos por España sobre la materia tras una intensa labor diplomática², desde las elecciones municipales de 2011 una cierta sensación de estancamiento se ha extendido sobre la cuestión. Por un lado, la situación de crisis económica vivida en los últimos años, gestionada por un Gobierno del Partido Popular apoyado por una aplastante mayoría absoluta en el Congreso, no ha sido un marco idóneo para avances en las políticas de integración de los extranjeros en España. A ello se añade que la doctrina ha llegado al convencimiento de que, en el contexto internacional actual, el desarrollo normativo del art. 13.2 CE ha podido alcanzar su límite máximo. La exigencia constitucional de reciprocidad para el reconocimiento de este derecho es considerada un obstáculo insalvable y la reforma de la Constitución se antoja, entonces, la única solución posible a la situación generada.

Aunque compartimos la idea de la conveniencia de una reforma constitucional en la materia, el objeto de este trabajo es, sin embargo, proponer nuevas líneas de comprensión del art. 13.2 CE que, dentro del marco constitucional vigente, ayuden a superar el *statu quo* alcanzado en torno al derecho al voto de los extranjeros no comunitarios en las elecciones municipales. No se pretende realizar, por tanto, un estudio completo del citado precepto constitucional, si bien lógicamente se hará referencia al estado de la doctrina sobre los distintos aspectos abordados.

Como es sabido, el precepto mencionado dispone que «(s)olamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». De su lectura conjunta con el art. 23 CE resulta que el legislador encargado de su desarrollo —entendido el término «legislador» en un sentido amplio— va a actuar sobre tres aspectos distintos, aunque íntimamente relacionados. Por una parte, nos encontramos con el legislador de la reciprocidad, encargado de dotar de contenido esta cláusula constitucional, de vital importancia en nuestro objeto de estudio. Por otro lado, la norma de desarrollo actúa también como «legislador de la ciudadanía», toda vez que, como veremos, la atribución del derecho al voto en las elecciones municipales convierte a los extranjeros, en este ámbito, en ciudadanos. Finalmente, el «legislador de las condiciones de ejercicio» define en qué medida pueden estas ser distintas de las establecidas para su ejercicio por los nacionales. Los apartados siguientes van a centrarse, pues, en cada uno de estos tres aspectos: reciprocidad, ciudadanía y condiciones de ejercicio del derecho.

² Véase al respecto nota 16.

II. EL LEGISLADOR DE LA RECIPROCIDAD

1. De la interpretación de la reciprocidad

El art. 13.2 CE permite, como hemos visto, que por ley o por tratado se otorgue a los extranjeros la titularidad del derecho de sufragio activo y/o pasivo en las elecciones municipales «*atendiendo a criterios de reciprocidad*». La reciprocidad se ha venido a considerar así por la doctrina un requisito imprescindible para el reconocimiento de dicho derecho. En este sentido, únicamente se podría atribuir este derecho en nuestro país a los nacionales de un Estado que hace lo propio a los españoles³.

Aceptada esta premisa, la atención de la doctrina se ha centrado en aspectos distintos del propio sentido constitucional de la cláusula indicada. Se ha discutido, por ejemplo, sobre la mayor o menor escrupulosidad con la que debía ser interpretada la exigencia de reciprocidad⁴. Si bien nada impide al respecto deducir de ella, incluso, la necesidad de una completa identidad en los términos y condiciones de ejercicio del derecho⁵, se ha optado en la doctrina por lo general por dotarla de un alcance más flexible⁶. A modo de principio,

³ Así, de forma expresa, se pronuncian sobre la inconstitucionalidad de cualquier tratado o ley que otorgara el derecho de sufragio a los extranjeros sin reciprocidad, E. AJA, L. DÍEZ BUESO, «La participación política de los inmigrantes», *Revista Bimensual de Pensamiento Social. La factoría*, núm. 10, p. 6 (disponible en <http://www.revistalafactoria.eu/articulo.php?id=141>; última visita: 15/05/2014); L. MORENO BLESA, «Artículo 6. Participación política», en J.M. CAMPO CABAL (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Civitas, Madrid, p. 74; M.ª V. GARCÍA SORIANO, «Sobre la viabilidad de la participación política de los extranjeros en las elecciones municipales», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 60-61, p. 264. Vacas Fernández, por su parte, afirma que, de acuerdo con la interpretación generalizada del criterio, «no resulta sencillo defender una interpretación tan laxa del principio de reciprocidad que evite excluir a nacionales de algunos Estados» (F. VACAS FERNÁNDEZ, *El reconocimiento del derecho al sufragio de los extranjeros en España: un análisis desde el Derecho Internacional*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos II de Madrid/ Dykinson, Madrid, p. 90). El Consejo de Estado, por su parte, sostiene en su Informe sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general, de 24 de febrero de 2009 que este condicionamiento «*impide una extensión generalizada del reconocimiento de ese derecho fundamental a los extranjeros*» (en lo sucesivo, nos referiremos a él como el «informe» del Consejo de Estado, citado por su reproducción en VV.AA., *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 49).

⁴ Un desglose de las distintas acepciones del término «reciprocidad» puede verse en el informe del Consejo de Estado, en VV.AA., *El informe... cit.*, pp. 50-51. Sobre el concepto y alcance general del principio de reciprocidad, F. Vacas Fernández, *El reconocimiento... cit.*, p. 56 ss.

⁵ Optan por una interpretación estricta del criterio de reciprocidad R.M.ª FERRER PEÑA, *Los derechos de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 78, y J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria/Civitas, Madrid, 1997, p. 332.

⁶ Entre otros, F. VACAS FERNÁNDEZ, *El reconocimiento... cit.*, p. 88; P. SANTOLAYA MACHETTI, «Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio», en P. SANTOLAYA MACHETTI y M. REVENGA SÁNCHEZ, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 42-43; E. AJA y D. MOYA, «El derecho de sufragio de los extranjeros residentes», 2008, pp. 17-18 (disponible en:

bastaría entonces para apreciar la concurrencia de reciprocidad con que en el otro país los españoles tuvieran reconocido el derecho de sufragio activo y/o pasivo en sus elecciones municipales o equivalentes, siempre que estas se desarrollen de acuerdo con unos estándares democráticos internacionalmente aceptados, y no se sometiera el reconocimiento del derecho a condiciones discriminatorias, lesivas de derechos fundamentales o abusivas⁷.

Otro punto de atención ha girado en torno al instrumento normativo en el que se debía concretar el alcance o efectos del criterio de reciprocidad. La reciprocidad no es una condición de cuyo cumplimiento haga derivar directamente la Constitución el reconocimiento del derecho. De este modo, el mero hecho de que en las elecciones municipales de un país los españoles puedan ejercer el derecho de sufragio no convierte al nacional de dicho Estado en titular, en España, del derecho al sufragio en dichos comicios. Se hace necesaria en todo caso la intermediación de una ley o de un tratado internacional que hagan efectiva dicha atribución, sin la que esta persona no podría reclamar derecho alguno por vía administrativa ni judicial⁸.

La posibilidad abierta por el art. 13.2 CE puede —y debe— ser concretada, por tanto, mediante ley o a través de tratados internacionales, ya sean bilaterales o multilaterales. La opción por la vía legal supondría la inclusión en la LOREG de las condiciones que deberían cumplirse para reconocer a un extranjero la titularidad del derecho al sufragio activo y/o pasivo en las elecciones municipales⁹. Entre ellas tendría que figurar, claro está, la

http://idpbarcelona.net/docs/blog/der_sufragio.pdf; última visita 14/03/2016); I. LASAGABASTER HERRARTE, «Reciprocidad y derechos fundamentales: en especial el derecho de voto de los extranjeros», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 85, 2009, p. 74; D. MOYA, «Regulación del derecho de sufragio de los extranjeros en España y los mecanismos alternativos de participación política», en D. MOYA MALAPEIRA y A. VIÑAS FERRER (eds.), *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2010, pp. 465-466, 469; A. ORTEGA GIMÉNEZ, *El derecho al voto de los ciudadanos extracomunitarios en las próximas elecciones municipales españolas de 2011*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011, pp. 19-20 (disponible en <http://www.almendron.com/politica/pdf/2011/9187.pdf>; última visita 14/03/2016); M.ª R. PÉREZ ALBERDI, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2013, pp. 99-100.

⁷ Cfr. entre otros P. SANTOLAYA MACHETTI, «Nacionalidad...» *cit.*, p. 43.

⁸ Sobre la insuficiencia de una reciprocidad material, en ausencia de tratado o ley que reconozca el derecho de sufragio, M.A. PRESNO LINERA, *El derecho al voto*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 166; D. MOYA, «Regulación del derecho...» *cit.*, p. 468. En el mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado en su informe (VV.AA., *El informe... cit.*, pp. 27 y 55). En contra, P. SANTOLAYA MACHETTI, «Nacionalidad...» *cit.*, p. 45; A. IBÁÑEZ MACÍAS, *El derecho de sufragio de los extranjeros*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2009, p. 68.

⁹ Proponen que la LOREG defina los requisitos que debe reunir el tratamiento normativo del sufragio de los españoles en el extranjero para satisfacer el criterio de reciprocidad con carácter previo a la celebración de un tratado, P. SANTOLAYA MACHETTI, «Nacionalidad...» *cit.*, p. 45; P. SANTOLAYA y M.ª DÍAZ CREGO, *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 121; E. AJA y D. MOYA, «El derecho de sufragio...» *cit.*, pp. 19-20; D. MOYA, «Regulación del derecho...» *cit.*, pp. 469-470.

reciprocidad, cuyo alcance debería venir fijado entonces por la propia ley. La norma podría completarse con una remisión al Gobierno para la tarea de apreciación de los Estados que cumplen los requisitos marcados, así como con la previsión, en caso de exclusión, de los correspondientes recursos por la vía administrativa y judicial.

Dentro de la comprensión dominante del papel del criterio de reciprocidad, antes descrita, la vía legal presenta algunas ventajas frente a la convencional de cara al objetivo de lograr la máxima extensión posible del derecho de sufragio. Así, es capaz de abarcar mediante una regulación general todos los supuestos en los que este requisito se ve satisfecho, sin necesidad de hacer depender en cada caso el reconocimiento del derecho de la voluntad negociadora de otro Estado o, incluso, eventualmente, del nuestro mismo. Por otra parte, la generalidad de la norma reduciría al mínimo las posibilidades de establecimiento de un régimen desigual entre los extranjeros de diferentes nacionalidades, al margen, claro está, de los efectos excluyentes que se derivan necesariamente de la propia reciprocidad, así entendida¹⁰.

La vía legal ha quedado cerrada, sin embargo, hasta el momento, por la LOREG al establecer ella misma, en su art. 176.1 que «(...) gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado»¹¹. La propia ley ha remitido, pues, al tratado los supuestos y las condiciones en las que se va a reconocer el derecho al sufragio al extranjero¹². Este condicionante tiene, sin embargo, naturaleza

¹⁰ Críticos con las desigualdades que genera la aplicación de la reciprocidad vía tratados internacionales, entre otros en F. VACAS FERNÁNDEZ, *El reconocimiento...* cit., pp. 80 y 86; D. MOYA, «Regulación del derecho...» cit., p. 470; A. ORTEGA JIMÉNEZ/A. LÓPEZ ÁLVAREZ/M.J. CANO ESQUIBEL «A vueltas con la integración del inmigrante: la extensión del derecho al voto de los ciudadanos extranjeros en España», comunicación presentada a «Los actores de las políticas sociales en contextos de transformación. III Congreso anual de la REPS», 2011, p. 13, (disponible en: http://www.unavarra.es/digitalAssets/149/149682_1000003.1_Ortega_DerechoVotoExtranjeros.pdf; última visita: 14/03/2016).

¹¹ Entiende que el art. 176 LOREG realiza una interpretación amplia del concepto de reciprocidad, M. CARRASCO DURÁN, «El derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales. Nuevas realidades», *Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local*, febrero, I, 2010, p. 156. En relación con la exigencia de tratado contenida en el art. 176 LOREG, Lasagabaster Herrarte sostiene que «si se interpretase literalmente sería contrario a la regulación constitucional. La reciprocidad puede estar establecida en un Tratado o en una ley, sin que pueda entenderse que su regulación está reservada al primer tipo de norma» (I. LASAGABASTER HERRARTE, «Reciprocidad y derechos...» cit., p. 72). Defiende la inconstitucionalidad por este motivo de este precepto, M.^a R. PÉREZ ALBERDI, *El derecho fundamental...* cit., p. 99.

¹² Defienden que los tratados son el terreno más lógico de la reciprocidad, R.M.^a FERRER PEÑA, *Los derechos...* cit., p. 79; J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos...* cit., p. 333; A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Los sistemas electorales españoles: evaluación y propuestas de mejora*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 125.

legal, no constitucional, de manera que nada impediría la derogación de esta norma y su sustitución por otra que regulara directamente la materia¹³.

En definitiva, la atribución a los extranjeros extracomunitarios del derecho de sufragio activo en nuestras elecciones municipales se ha hecho depender de la ratificación con este fin del correspondiente tratado internacional. En este contexto, la ratificación del Convenio Europeo sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública a Nivel Local, hecho en Estrasburgo el 5 de febrero de 1992 (en adelante, el Convenio Europeo) hubiera permitido un reconocimiento generalizado del derecho de sufragio a los extranjeros, cualquiera que fuera su nacionalidad, una vez cumplido por estos un período máximo de cinco años de residencia. Sin embargo, en la medida en que los destinatarios del Convenio Europeo no son únicamente los nacionales de los Estados parte, la reciprocidad se ha erigido en un obstáculo definitivo para su ratificación, dada la incompatibilidad existente con sus disposiciones¹⁴. Así pues, el medio elegido para la implementación del derecho en nuestro ordenamiento ha sido el tratado bilateral¹⁵. España ha concluido hasta la fecha

¹³ Siempre que se mantuviera el derecho al voto allí reconocido, esta operación no plantearía conflicto alguno con los tratados en vigor, puesto que en ellos las partes se reservan el derecho a modificar las leyes y condiciones de ejercicio del derecho de sufragio, con la obligación de notificar por vía diplomática dichos cambios.

¹⁴ En este sentido, J.L. LOZANO GARCÍA, *Derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales. Memoria monográfica del curso selectivo de formación de secretarios de Embajada (1990-1991)*, Escuela Diplomática, Madrid, 1991, p. 106; E. AJA y L. Díez BUESO, «La participación política...» *cit.*, p. 6; E. SAGARRA TRÍAS, *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002, p. 331; B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Tribunal Constitucional, Madrid, 2006, p. 247; M.^a V. GARCÍA SORIANO, «Sobre la viabilidad...» *cit.*, p. 264; A. IBÁÑEZ MACÍAS, *El derecho de sufragio... cit.*, p. 66; A.G. CHUECA SANCHO y P. AGUELO NAVARRO, *El derecho de voto de los extranjeros en España en perspectiva europea*, Documentos Cidob, Migraciones, 19, 2009, pp. 28 y 40 (disponible en <http://www.pensamientocritico.org/cheagu0909.pdf>; última visita 14/03/2016); C. ARCE JIMÉNEZ, *Los derechos políticos de los residentes extranjeros: la ciudadanía inclusiva*, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2012, p. 285, (disponible en: http://participacionydiversidad.civiliter.es/documentos/Carlos%20Arce_Los%20derechos%20politicos%20de%20los%20residentes%20extranjeros.pdf; última visita 14/03/2016). Para Santolaya, la ausencia de mención a la reciprocidad en el Convenio sobre participación de los extranjeros en la vida pública local «no impediría que España lo aplicara de forma coherente con su propio texto constitucional, es decir, sólo a los Estados que reconocieran en las mismas condiciones el sufragio de nuestros nacionales» (P. SANTOLAYA MACHETTI, «Nacionalidad...» *cit.*, p. 78).

¹⁵ Sobre el modo en que se ha concretado la exigencia de reciprocidad en los acuerdos internacionales ratificados por España, P. SANTOLAYA MACHETTI, «Los Acuerdos sobre voto en las elecciones municipales de la IX Legislatura», en F.J. MATIA PORTILLA (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 27 ss. Argumenta contra el uso de los tratados bilaterales, D. MOYA, «Regulación del derecho...» *cit.*, pp. 471-472.

doce acuerdos internacionales para el mutuo reconocimiento a sus respectivos nacionales del derecho de sufragio, en su vertiente activa, en las elecciones municipales¹⁶.

Existe un claro acuerdo en la doctrina acerca de que la exigencia de reciprocidad es el principal obstáculo jurídico al que se enfrenta el reconocimiento a los extranjeros del derecho de sufragio en las elecciones municipales¹⁷. No es de extrañar, por tanto, que las críticas a la cláusula de reciprocidad hayan sido una constante¹⁸. Así, se ha puesto de manifiesto que su imposición como requisito viene ligada a la situación sociológica propia de la época en la que se aprobó la Constitución. En este sentido, se recuerda, España era en la década de los setenta un país de emigrantes, de manera que mediante la inclusión de la cláusula de reciprocidad se pretendía favorecer el reconocimiento a los españoles en el exterior del derecho al sufragio en las elecciones municipales del país de acogida y, con ello, su integración en dicha sociedad¹⁹. La cláusula, sin embargo, podría haber perdido sentido con el cambio de los flujos migratorios, que han convertido a España en un país netamente receptor. La nueva situación parece requerir más bien que se favorezca, o se reconozca, la integración del extranjero en la vida local de nuestros municipios, objetivo para el que la exigencia de reciprocidad viene a ser una importante rémora.

¹⁶ Hasta la fecha, se han concluido tratados con Noruega (1990), Bolivia (2009), Colombia (2009), Cabo Verde (2009), Chile (2009), Ecuador (2009), Islandia (2009), Nueva Zelanda (2009), Paraguay (2009), Perú (2009), República de Trinidad y Tobago (2009) y Corea (2011)

¹⁷ En este sentido, M. REVENGA SÁNCHEZ, «El reto de la normalización del inmigrante», en P. SANTOLAYA MACHETTI y M. REVENGA SÁNCHEZ, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 88; E. AJA y L. Díez BUESO, «La participación política...» *cit.*, p. 6; M.ª V. GARCÍA SORIANO, «Sobre la viabilidad...» *cit.*, p. 264; I. LASAGABASTER HERRARTE, «Reciprocidad y derechos...» *cit.*, p. 61.

¹⁸ Críticos con el principio de reciprocidad, entre otros, J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos... cit.*, p. 338; S. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 248-249; E. AJA y D. MOYA, «El derecho de sufragio...» *cit.*, pp. 20-21; A. ORTEGA GIMÉNEZ, *El derecho al voto... cit.*, pp. 37 ss.

¹⁹ Sobre la finalidad perseguida por el constituyente, véanse, entre otros, E. AJA y L. Díez BUESO, «La participación política...» *cit.*, p. 5; P. SANTOLAYA MACHETTI, «Nacionalidad...» *cit.*, pp. 38-39; E. AJA y D. MOYA, «El derecho de sufragio...» *cit.*, p. 12; D. MOYA, «Regulación del derecho...» *cit.*, p. 462; E. AJA, *Inmigración y democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, pp. 419-420. Al respecto, sin embargo, se ha afirmado que el objetivo manejado en el proceso constituyente de proteger a nuestros nacionales en el extranjero «no parece justificativo y es poco verosímil. Si hay muchos emigrantes españoles en un Estado determinado, pero pocos originarios de ese Estado en el Estado español, plantear la reciprocidad no tiene mucho sentido» (I. LASAGABASTER HERRARTE, «Reciprocidad y derechos...» *cit.*, p. 71). Pérez Vera y Abarca Junco realizan una valoración positiva del criterio de reciprocidad, en la medida en que «puede contribuir, a medio y largo plazo, a facilitar la vida diaria, en países democráticos, de numerosos emigrantes españoles» (E. PÉREZ VERA y P. ÁBARCA JUNCO, «Artículo 13.2», en O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales/EDERSA, Madrid, 1997, p. 206).

Del mismo modo, se ha destacado que la exigencia de reciprocidad genera, por sí misma, situaciones injustas, en la medida en que impide reconocer el derecho en cuestión por circunstancias tan ajenas a la voluntad del extranjero como que proceda de países no democráticos²⁰, de Estados donde no existan elecciones en un nivel equiparable al municipal, o en los que las competencias para la regulación de esta materia se encuentren descentralizadas²¹. Finalmente, se ha señalado que la reciprocidad es un principio que tiene un papel importante en el ámbito del Derecho internacional, esto es, en las relaciones entre Estados, pero que resulta extraño al espíritu que debe guiar el reconocimiento de derechos fundamentales en una sociedad democrática²².

Lo cierto es que, pese al notable esfuerzo realizado en la IX Legislatura para extender el derecho de sufragio en las elecciones municipales por vía de tratados bilaterales, los resultados son, sin embargo, desalentadores²³. Países con un elevado número de nacionales residentes en nuestro país (Marruecos, China, Ucrania, Pakistán, etc.) carecen de acuerdo en este sentido²⁴, lo que deja a su población fuera del principal de los canales de representación democrática en la vida municipal. Todo ello sin que se espere, por lo demás, ninguna modificación de la situación actual a corto plazo²⁵.

Las evidentes limitaciones que ha impuesto a la implementación del art. 13.2 CE el cumplimiento del criterio de reciprocidad, respecto del objetivo de extender el derecho de sufragio en las elecciones municipales a los extranjeros, han provocado que buena

²⁰ Critican la exclusión de los nacionales de países no democráticos, entre otros, L. MORENO BLESÁ, «Artículo 6...» *cit.*, p. 71; P. SANTOLAYA MACHETTI, «Nacionalidad...» *cit.*, p. 39; M. REVENGA SÁNCHEZ, «El reto de la normalización...» *cit.*, p. 88; I. LASAGABASTER HERRARTE, «Reciprocidad y derechos...» *cit.*, pp. 77-78; P. SANTOLAYA MACHETTI, «Los Acuerdos sobre voto...» *cit.*, p. 21; E. AJA, *Inmigración y democracia*, *cit.*, pp. 421-422. También crítico en este punto, el informe del Consejo de Estado (VV.AA., *El informe... cit.*, pp. 49-50). Una visión alternativa sobre esta cuestión, I. LASAGABASTER HERRARTE, «Reciprocidad y derechos...» *cit.*, p. 77.

²¹ Así sucede en el caso de Argentina, donde las competencias sobre la materia corresponden a cada una de las provincias. Al respecto, véase P. SANTOLAYA MACHETTI, «Nacionalidad...» *cit.*, pp. 60-61; P. SANTOLAYA/M.^a DÍAZ CREGO, *El sufragio de los extranjeros... cit.*, pp. 108 ss. Una interpretación distinta, en el informe del Consejo de Estado (VV.AA., *El informe... cit.*, p. 61).

²² Acerca del carácter extraño del criterio de reciprocidad a la materia de derechos y libertades, J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos... cit.*, pp. 33-38; F. VACAS FERNÁNDEZ, *El reconocimiento... cit.*, p. 60; P. SANTOLAYA MACHETTI, «Nacionalidad...» *cit.*, p. 38; I. LASAGABASTER HERRARTE, «Reciprocidad y derechos...» *cit.*, p. 64; P. SANTOLAYA MACHETTI, «Los Acuerdos sobre voto...» *cit.*, p. 21; E. AJA, *Inmigración y democracia*, *cit.*, pp. 420-421.

²³ En este sentido, F. VACAS FERNÁNDEZ, *El reconocimiento... cit.*, pp. 86, 94.

²⁴ Al respecto, P. SANTOLAYA MACHETTI, «Los Acuerdos sobre voto...» *cit.*, p. 32.

²⁵ En este sentido, afirma Santolaya Machetti que los acuerdos internacionales ratificados por España en la materia «han prácticamente agotado las posibilidades de actuar mediante la vía del art. 13.2 para reconocer el derecho de sufragio a los extranjeros residentes en nuestro país» (*ibidem*).

parte de la doctrina haya pedido su supresión por medio de una reforma constitucional²⁶. Aun admitiendo que esta pudiera ser la solución óptima, las dificultades de naturaleza política a las que se enfrenta en nuestro país cualquier intento de reforma constitucional no forzada por la pertenencia a la Unión Europea, hacen que el pronóstico al respecto no sea muy optimista.

Sin embargo, la norma constitucional contenida en el art. 13.2 permite aún, a nuestro juicio, una interpretación distinta de la cláusula de reciprocidad, que conduciría, como veremos, a resultados, si no óptimos, sí manifiestamente mejores que los logrados a través de la práctica actual. A esta posibilidad vamos a dedicar el siguiente apartado.

2. A la interpretación de la cláusula

La opción interpretativa que aquí se defiende desplaza el foco de atención, del mayor o menor alcance que pudiera tener la exigencia de reciprocidad, a lo que pudiera significar «atender» al mismo. Al respecto, resultan interesantes las reflexiones realizadas por el Consejo de Estado en su Informe sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general, de 24 de febrero de 2009. El órgano consultivo, al plantearse si el legislador español está o no obligado por la Constitución a no conceder a los residentes extranjeros el derecho al sufragio por el hecho de que se les deniegue tal derecho a los españoles en el Estado extranjero que se trate, señala:

«(e)n todo caso, la ley española debe tener en cuenta o tomar en consideración («atender») el régimen de reconocimiento o denegación del derecho de sufragio a los españoles en ese Estado extranjero. Esto lo que la Constitución exige y no la sujeción del legislador a una estricta aplicación del principio de reciprocidad; así se desprende de la literalidad del art. 13.2 que no exige la aplicación de tal principio, sino que se atienda a criterios de reciprocidad»²⁷.

²⁶ Solicitan la supresión del criterio de reciprocidad mediante una reforma constitucional, entre otros, J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos...* cit., p. 350; E. AJA y L. Díez BUESO, «La participación política...» cit., p. 6; F. VACAS FERNÁNDEZ, *El reconocimiento...* cit., p. 96; P. SANTOLAYA MACHETTI, «Nacionalidad...» cit., p. 81; M.^a V. GARCÍA SORIANO, «Sobre la viabilidad...» cit., p. 265; E. AJA/D. MOYA, «El derecho de sufragio...» cit., pp. 25 y 27; M.^a C. VIDAL FUEYO, «La conveniencia de ampliar la reforma constitucional más allá de los cuatro bloques de materias propuestos por el Gobierno», en J.M. VERA SANTOS y F.J. DÍAZ REVORIO (coords.), *La reforma estatutaria y constitucional*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 779 y 787; P. SANTOLAYA MACHETTI, «El derecho de sufragio de los extranjeros», en VV.AA., *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 522; A. G. CHUECA SANCHO y P. AGUELO NAVARRO, *El derecho de voto...* cit., p. 41; I. LASAGABASTER HERRARTE, «Reciprocidad y derechos...» cit., p. 78; D. MOYA, «Regulación del derecho...» cit., pp. 475 y 496; A. ORTEGA JIMÉNEZ/A. LÓPEZ ÁLVAREZ/M.J. CANO ESQUIBEL «A vueltas con la integración...» cit., pp. 12, 14, 15; P. SANTOLAYA MACHETTI, «Los Acuerdos sobre voto...» cit., pp. 32-33; E. AJA, *Inmigración y democracia*, cit., pp. 423 ss.

²⁷ *Ibidem*, p. 56.

A ello hay que añadir que según el Consejo de Estado, la exigencia de reciprocidad a cada supuesto concreto es solo «(l) a vía más clara de desarrollo» del criterio, pero, a su juicio

«(c) abrían otros posibles desarrollos si se parte de que el tratado o la ley pueden establecer una regulación que incorpore salvedades a la reserva del derecho de sufragio a los españoles, y que es esa regulación general (y no cada reconocimiento) la que ha de atender a criterios de reciprocidad (sin perjuicio de que éstos pudieran combinarse con otros diversos). En suma, los criterios de reciprocidad se predicarían de la «regulación» que estableciera las salvedades y no de cada una de ellas».

Para el Consejo de Estado la primera posibilidad solo «tiene la ventaja de su más nítido encaje constitucional», afirma, sin descartar el encaje de otras soluciones²⁸.

Aunque en su informe el Consejo de Estado se limita, al menos en su tenor literal, a utilizar estos argumentos en apoyo de un régimen de reciprocidad general, lo cierto es que sirven igualmente para sostener otro planteamiento²⁹. La Constitución, como hemos visto, lo que exige es que la ley o el tratado que regule este asunto «atiendan» a criterios de reciprocidad. Deducir de aquí que en ausencia de reciprocidad un extranjero no puede ser titular del citado derecho es el resultado de una interpretación restrictiva, sin duda posible, pero no necesaria, del precepto constitucional.

En este sentido, lo que aquí se sostiene es que la cláusula de reciprocidad prevista en el art. 13.2 CE admite una lectura distinta a la generalmente realizada. Así, a nuestro juicio, cumpliría también con el requisito constitucional de «atender» (tener en cuenta o tomar en consideración) al criterio de reciprocidad una ley en la que este se utilizara para graduar el plazo de residencia exigible al extranjero de cara al reconocimiento del derecho³⁰.

Se podría argumentar, en contra, que la exigencia de reciprocidad contenida en el art. 13.2 CE debe ser interpretada de acuerdo con la que se prevé también en el apartado tercero del mismo precepto³¹. En este se dispone, como es sabido, que «(l) a extradición sólo

²⁸ *Ibidem*, p. 57.

²⁹ Así lo ve también Martínez-Pujalte, quien sin embargo se muestra crítico con la propuesta (A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Los sistemas electorales... cit.*, pp. 123, 124). Crítico también con la ambigüedad del Consejo de Estado en este punto, 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, p. 201.

³⁰ Esta interpretación no es extravagante. Existen supuestos en diversas ramas del ordenamiento jurídico que permiten ilustrarla. Así sucede, por ejemplo, con el instituto de la usucapión. La regulación que se hace de él en el Código Civil (arts. 1950, 1957 y 1959) «atiende» al criterio, en este caso, de buena fe. Esto no significa que en todos los supuestos la norma haya exigido, para que se produzca la adquisición del dominio, buena fe en la posesión. La buena fe se tiene en cuenta como un criterio regulador del plazo requerido para que la adquisición del dominio tenga lugar, de manera que este es más reducido cuando el poseedor ha actuado de buena fe y mayor en caso contrario.

³¹ Propone una comprensión idéntica de la cláusula de reciprocidad en los dos apartados del art. 13 CE, A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Los sistemas electorales... cit.*, p. 124.

se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad». Sin embargo, mientras que el art. 13.3 CE somete la extradición misma al principio de reciprocidad, el apartado segundo del citado artículo se limita a pedir que el tratado o la ley que atribuya la titularidad del derecho al extranjero «atienda» a «criterios —en plural— de reciprocidad», esto es, que tenga en cuenta dicho criterio, exigencia que se satisface con nuestra propuesta. Por lo demás, la naturaleza jurídica de la extradición es distinta a la del reconocimiento del derecho al sufragio, lo que justifica que el tratamiento normativo de la reciprocidad pueda diferir en ambos institutos³².

Por otra parte, el hecho de que el art. 13.2 CE se refiera expresamente a la reciprocidad no anula la virtualidad en este asunto de otros principios constitucionales de mayor alcance, que pueden ser así utilizados para la propia interpretación de la cláusula. En este sentido, la propuesta de interpretación que aquí se formula es mucho más favorable a la eficacia del derecho fundamental del art. 23 CE, en la medida en que permite el acceso al mismo de todos los extranjeros, cualquiera que sea su procedencia. Por este mismo motivo, encuentra también apoyo en el principio democrático, pues es, de todas las que se han propuesto hasta el momento por la doctrina, la que en mayor medida permite, sin mediar reforma constitucional, salvar el escalón que existe en la actualidad entre la población sujeta al ordenamiento local y la que tiene derecho a participar en los asuntos públicos en dicho nivel por medio del sufragio³³.

Asimismo, también habla a favor de esta tesis la necesidad de realizar una interpretación de la norma constitucional de acuerdo con la realidad social del tiempo en que debe ser aplicada³⁴. En efecto, si, como hemos visto, el objetivo que perseguía el constituyente español ha perdido en buena medida su vigencia en la sociedad española actual³⁵; si esta

³² Para Lasagabaster Herrarte «(a)tender al principio de reciprocidad para conceder una extradición o para reconocer un derecho no puede querer decir la misma cosa», (I. LASAGABASTER HERRARTE, «Reciprocidad y derechos...» *cit.*, pp. 60-61).

³³ Para Vacas Fernández, una interpretación sistemática del criterio, a partir de la dignidad humana y los derechos fundamentales obliga a realizar una interpretación muy restrictiva del criterio de reciprocidad, en tanto que condición limitadora del principio genera (*El reconocimiento... cit.*, p. 88). Sobre la importancia de realizar una interpretación del criterio de reciprocidad favorable al principio democrático y a los derechos fundamentales, aun llegando a una conclusión distinta de la que aquí se sostiene, I. LASAGABASTER HERRARTE, «Reciprocidad y derechos...» *cit.*, pp. 78-79.

³⁴ Sobre la necesidad de una interpretación evolutiva de la Constitución, véase la STC 198/2012, FJ 9. No se puede olvidar que, para el TC, los debates parlamentarios «son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen» (SSTC 5/1981, FJ 9; 108/1986, FJ 13).

³⁵ Al respecto, M. REVENGA SÁNCHEZ, «El reto de la normalización...» *cit.*, p. 87. Como señala Balaguer Callejón, «Si la sociedad no es la misma, la Constitución, tampoco es insensible a esos cambios, luego el objeto de la interpretación es de manera evidente otro, tanto porque el contenido semántico varía, como porque la sociedad sobre la que se vierte la interpretación no es tampoco la misma» (M.^a L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 83).

se ha convertido, dentro de los flujos migratorios, en una sociedad receptora, mantener una interpretación de la cláusula de reciprocidad cuyo objetivo principal es favorecer al emigrante español en el extranjero no puede sino provocar importantes disfuncionalidades en nuestro ordenamiento, especialmente desde el punto de vista de la vigencia del principio democrático y de la eficacia de los derechos fundamentales³⁶.

Finalmente, un desarrollo normativo del art. 13.2 CE en el sentido que aquí se propone permitiría a España ratificar el Convenio Europeo anteriormente mencionado con tal que el plazo máximo de residencia legal que se estableciera, a falta de reciprocidad, se mantuviera dentro del límite de cinco años por él exigido para el reconocimiento del derecho de sufragio³⁷.

Esta interpretación de la cláusula de reciprocidad del art. 13.2 CE daría, por lo demás, respuesta, al menos en el ámbito local, a las voces que solicitan el reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones municipales como herramienta para favorecer la integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida³⁸.

En conclusión, nuestro texto constitucional admite una interpretación de la cláusula del art. 13.2 CE alejada de la que se ha venido haciendo hasta el momento, que impide totalmente la extensión al extranjero del derecho al voto en las elecciones municipales a falta de reciprocidad. Desde este punto de vista alternativo, el deber de consideración al criterio estudiado se cumpliría mediante un sistema legal de plazos que, en caso de concurrencia de reciprocidad, permitiera la atribución del derecho con períodos de residencia más reducidos, o incluso sin plazo alguno.

³⁶ Como afirma Aja, si bien para justificar la procedencia de una reforma constitucional en la materia, en esta materia «se ha producido un cambio sustancial de la realidad social que ocasiona la inadaptación de la norma» (E. AJA, *Inmigración y democracia*, cit., p. 423). Al respecto, véase también E. AJA y D. MOYA, «El derecho de sufragio...» cit., p. 24. El cambio de sentido de la norma con la inversión de las corrientes migratorias, en P. SANTOLAYA MACHETTI, «Los Acuerdos sobre voto...» cit., p. 21. Apunta a la disfuncionalidad del criterio de reciprocidad en el nuevo contexto, M.^a C. VIDAL FUEYO, «La conveniencia de ampliar...», cit., pp. 786-787. De hecho, como se ha afirmado, en el último proceso que desembocó en la ratificación de un buen número de acuerdos internacionales relativos a la materia, España no trataba ya «de intentar favorecer a sus nacionales residentes en otros países (...) sino que el proceso se abre (...) con el objetivo de reconocer en España el derecho de sufragio en las elecciones municipales a los extranjeros aquí residentes» (F. VACAS FERNÁNDEZ, *El reconocimiento... cit.*, p. 68).

³⁷ Asimismo, abriría las puertas a una eventual normativa comunitaria que extendiera el derecho de sufragio activo y/o pasivo a los residentes extranjeros que no sean ciudadanos de la Unión Europea. Al respecto, consideran que iría en contra de la cláusula de reciprocidad la extensión mediante una directiva comunitaria del derecho de sufragio a todos los extranjeros residentes en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, A.G. CHUECA SANCHO y P. AGUELO NAVARRO, *El derecho de voto... cit.*, pp. 39-40. Para Moya, se trataría de una medida que estaría situada al margen de las competencias comunitarias (D. MOYA, «Regulación del derecho...» cit., p. 467).

³⁸ Así, denuncia Santolaya Machetti que el criterio de reciprocidad «imposibilita la puesta en funcionamiento del poderoso mecanismo de integración que significa el sufragio para importantes colectivos procedentes de países con los que no es posible la reciprocidad» (P. SANTOLAYA MACHETTI, «El derecho de sufragio de los extranjeros», cit., p. 513).

III. EL LEGISLADOR DE LA CIUDADANÍA

Hemos dedicado el apartado anterior al «*legislador de la reciprocidad*», esto es, a las posibilidades de desarrollo normativo de la cláusula que obliga a «*atender*» a dicho criterio a la hora de regular la atribución a los extranjeros del derecho al sufragio en las elecciones municipales. En este epígrafe abordaremos el papel de la ley, o el tratado internacional, como «*legislador de la ciudadanía*».

Como es sabido, nuestra Constitución no maneja un concepto unívoco del término «*ciudadano*». Aunque en ocasiones es utilizado como sinónimo de «*nacionales*», otras veces, sin embargo, se extiende más allá de este significado³⁹. De cara a una delimitación del derecho, la interpretación del art. 23.1 CE exige definir el sentido que allí adquiere la expresión. Se trata, entonces, de decidir si los «*ciudadanos*» a los que se refiere el citado precepto son, en todo caso, los españoles y, por tanto, la ley o el tratado que atribuye al extranjero el derecho al sufragio en las elecciones municipales se limita a ampliar el ámbito subjetivo de delimitación del citado derecho a personas que, por su nacionalidad, carecen del atributo de la ciudadanía, o si, por el contrario, esta norma incide en el significado mismo que se ha de dar al citado término, incluyendo en él al extranjero beneficiario de la medida. La primera de las soluciones refleja una visión clásica del concepto de ciudadanía ligada a la nacionalidad⁴⁰, y podría apoyarse sobre una interpretación conjunta del art. 23.1 de acuerdo con el primer inciso del art. 13.2 CE («*Solamente los españoles...*»). Sin embargo, esta opción ignora indebidamente el último inciso del citado precepto constitucional, que impone en este punto una importantísima excepción al principio general que sostiene. Una interpretación sistemática del art. 23.1 CE obliga a tener en cuenta el art. 13.2 CE en toda su extensión, de manera que, a los efectos de dicha disposición, ha de entenderse por «*ciudadanos*» los españoles, salvo que, para el caso del derecho sufragio activo y/o pasivo en las elecciones municipales, la ley o los tratados dispusieran otra cosa mediante su atribución a los extranjeros⁴¹.

³⁹ Las características de este trabajo impiden tratar este argumento con profundidad. Al respecto, pueden verse M.^a C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 69; B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía...* cit., p. 231; A. IBÁÑEZ MACÍAS, *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, pp. 141 ss.; E. SAGARRA TRÍAS, *La legislación sobre extranjería...* cit., pp. 61-62 y 105.

⁴⁰ Puede encontrarse esta concepción, por ejemplo, en J.L. LOZANO GARCÍA, *Derecho de sufragio...* cit., pp. 93-94 y M.^a C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería...* cit. p. 69, nota 63.

⁴¹ En este sentido, para el Consejo de Estado el art. 13.2 CE es reflejo de una «*apertura hacia la disociación entre nacionalidad y ciudadanía, concebida esta como capacidad de participación en la gestión de los asuntos públicos*» (VV.AA., *El informe...* cit., p. 35). Del mismo modo, Massó Garrote sostiene que «el art. 13.2 de la CE no tiene precedentes en toda nuestra historia constitucional, rompiendo esa concepción dialéctica de identidad

La apertura del término «*ciudadanos*» utilizado en el art. 23 CE a los extranjeros se puede deducir también de la jurisprudencia del TC. En efecto, este ha sostenido que

«no es el art. 23 el precepto que en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales. En nuestra Constitución dicha norma, atinente a este requisito de la capacidad, no es el art. 23, sino el art. 13, en cuyo primer párrafo se procede a extender a los extranjeros el ejercicio de todas las libertades públicas reconocidas en el Título I de la C.E. en los términos que establezcan los tratados y la ley. Esta extensión se ve exceptuada por la cláusula del art. 13.2, que excluye de ella determinados derechos reconocidos en el art. 23, restringidos, en consecuencia, únicamente a los españoles. Pero esa exclusión no deriva, por tanto, de las previsiones del art. 23, que por sí mismo no prohíbe que los derechos allí reconocidos puedan extenderse, por ley o tratado, a los ciudadanos de la Unión Europea» [Declaración 1/1992, FJ 3.B)]⁴².

Del citado pasaje se deduce que, si «*los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad*» del derecho fundamental del art. 23 del texto constitucional vienen establecidos en el art. 13 CE, y este, a su vez, permite expresamente extenderla a los extranjeros para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, aquellos a los que les es reconocido este derecho por ley o tratado deben ser considerados, a los meros efectos que se trata, ciudadanos. Nada se opone a admitir la existencia de una pluralidad de significados del término «*ciudadanos*» en el mismo art. 23.1 CE, no solo porque es un mero reflejo de la pluralidad de vertientes que presenta el derecho⁴³, sino, además y principalmente, porque viene expresamente autorizada por el art. 13.2 CE⁴⁴. Más bien carecería de sentido reconocer al extranjero el derecho al voto en el ámbito municipal y negarle allí mismo la condición de ciudadano a la que el propio art. 23.1 CE viene a anudar la titularidad de este derecho⁴⁵.

producida entre derechos políticos y ciudadano nacional, aunque solo sea en una parcela restrictiva del derecho al limitarse solamente a las elecciones locales» (M.F. MASSÓ GARROTE, *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997, p. 128). Por su parte, para Revenga Sánchez el art. 13.2 CE «parece estar avalando la posibilidad de fragmentaciones o estatutos de ciudadanía (o semi-ciudadanía) diferenciados» (M. REVENGA SÁNCHEZ, «El reto de la normalización...» *cit.*, p. 86). En el mismo sentido, P. SANTOLAYA y M.^a DÍAZ CREGO, *El sufragio de los extranjeros... cit.*, pp. 14-15; A. IBÁÑEZ MACÍAS, *El derecho de sufragio... cit.*, p. 15.

⁴² Para IBÁÑEZ MACÍAS, «De ser cierta esta tesis, el art. 23 (interpretado por el TC) hubiera producido una mutación revolucionaria del concepto de ciudadanía, produciendo ese mismo precepto, y con carácter general, una ruptura de la vinculación entre nacionalidad y ciudadanía (...). De modo que ciudadano, en el art. 23, sería toda persona física, nacional o extranjero» (A. IBÁÑEZ MACÍAS, *El derecho constitucional a participar... cit.*, p. 135).

⁴³ En este sentido, aunque llegando a conclusiones distintas, IBÁÑEZ MACÍAS (*ibidem*, p. 147).

⁴⁴ En contra, parece mostrarse IBÁÑEZ MACÍAS (*ibidem*, pp. 138-139).

⁴⁵ En palabras de Aláez Corral, «se puede hablar de ciudadanía allí donde haya un poder jurídico que contemple a sus súbditos —nacionales o extranjeros, hombres o mujeres, residentes o ausentes, mayores o menores— como sujetos de derechos y no como meros objetos de la regulación jurídica, esto es, donde les confiera ciertas capacidades de participación en el proceso comunicativo, incluyéndoles dentro del mismo. Que

La extensión de la titularidad del derecho al sufragio en las elecciones municipales a los extranjeros implica, entonces, una operación de delimitación del ámbito subjetivo del derecho citado. Como tal, no puede pasar por alto el contenido normativo que conlleva el propio término «*ciudadano*». Esto conlleva la concurrencia de unos rasgos mínimos de vinculación razonablemente necesarios para que se pueda presumir el interés de la persona en el gobierno de los asuntos públicos gestionados en el correspondiente nivel, así como el interés constitucional, generado a partir del principio democrático, de contar con su participación en la definición de las políticas de las que posteriormente va a ser destinatario. En este orden de cosas, resultan perfectamente acordes con el texto constitucional tanto la exigencia por la ley o el tratado internacional del requisito de residencia⁴⁶ como el de la conformidad de esta con la ley⁴⁷ o, en su caso, su previa extensión durante un plazo determinado.

El requisito de la residencia, además de tener su fundamento en diversos preceptos legales⁴⁸, ha sido desarrollado por los tratados bilaterales ratificados hasta el momento. Estos han exigido para el reconocimiento del derecho que el extranjero se encuentre en

inicialmente esta inclusión sólo se diese respecto de un conjunto de individuos predeterminado a través del instrumento excluyente de la nacionalidad, no es más que un accidente histórico, pero no es ni funcional ni conceptualmente constitutivo de la moderna función jurídica de la ciudadanía que (...) tiende en un Estado democrático a desvincularse, por lo menos parcialmente, de la nacionalidad» (B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía... cit.*, pp. 199-200).

⁴⁶ Véase el informe del Consejo de Estado en VV.AA., *El informe... cit.*, p. 63. En el mismo sentido, M.A. PRESNO LINERA, *El derecho al voto, cit.*, pp. 172-173. En general, por una reformulación del concepto de ciudadanía en torno a la residencia, entre otros muchos, J. DE LUCAS, «La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2006, especialmente pp. 33 ss. (disponible en <http://www.uv.es/cefd/13/delucas.pdf>; última visita: 13/03/2016); M.A. PRESNO LINERA, *El derecho al voto... cit.*, pp. 97-98; R. DE ASÍS ROIG, «La participación política de los inmigrantes. Hacia una nueva generalización de los derechos», en VV.AA., *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 216; J. DE LUCAS y L. DÍEZ BUESO, *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 36; B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía... cit.*, pp. 290-291, entre otras; S. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... cit.*, p. 226; M.^a V. GARCÍA SORIANO, «Sobre la viabilidad...» *cit.*, p. 261; M.A. PRESNO LINERA, «El voto de los extranjeros...» *cit.*, pp. 193-194; A.G. CHUECA SANCHO/P. AGUELO NAVARRO, *El derecho de voto... cit.*, p. 39; M. CARRASCO DURÁN, «El derecho de voto...» *cit.*, p. 149; C. ARCE JIMÉNEZ, *Los derechos políticos... cit.*, p. 354, entre otras.

⁴⁷ Véase el informe del Consejo de Estado en VV.AA., *El informe... cit.*, p. 63; B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía... cit.*, pp. 297-298; A. IBÁÑEZ MACÍAS, *El derecho de sufragio... cit.*, pp. 61-62.

⁴⁸ Al requisito de residencia se refiere, como vimos, el mismo art. 176.1 LOREG antes citado. En su apartado segundo, además, este precepto vuelve a mencionarlo en los siguientes términos: «(e)l Gobierno comunicará a la Oficina del censo Electoral la relación de Estados extranjeros cuyos nacionales, residentes en España, deban ser inscritos en el censo». La misma condición puede verse en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: «(l)os extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso, y en la Ley».

posesión del correspondiente permiso o autorización de residencia, así como que haya residido en España, legal e ininterrumpidamente, más de tres años (en el caso de Noruega) o durante, al menos, los cinco años anteriores a su inscripción en el censo electoral (en el resto de casos). Los tratados han tenido en cuenta por tanto el vínculo del extranjero con el Estado en su conjunto, esto es, con el total del territorio nacional, y no exclusivamente con el municipio en cuestión. No se requiere, pues, una residencia legal y estable durante tres o cinco años en el municipio mismo en el que se va a ejercer el derecho al voto.

La exigencia de un determinado período de residencia legal en España no es, sin embargo, suficiente para que un extranjero pueda ejercer el derecho al voto en las elecciones municipales. La configuración de este derecho ha de atender, además, al art. 140 CE, que dispone que «(l)os Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos». Este precepto refuerza la imagen constitucional de una ciudadanía vinculada en el ámbito local a la residencia, al tiempo que obliga a que el extranjero pueda ser considerado vecino del municipio en el que va a ejercer el derecho al voto. Por este motivo, los tratados bilaterales ratificados en la materia disponen que los extranjeros ejerzan el derecho al voto en su municipio de residencia habitual, en cuyo padrón municipal deben figurar inscritos⁴⁹. A diferencia de otros supuestos en los que la residencia ha actuado como requisito del ejercicio por extranjeros de un derecho constitucional⁵⁰, aquí el establecimiento de tal exigencia no puede ser entendida como una «condición adicional» impuesta por el legislador como consecuencia de su mayor margen de actuación en relación con los derechos de los extranjeros, sino que deriva, más bien, de una consecuencia de la propia configuración constitucional del derecho⁵¹. En un plano legal, esta vinculación entre residencia-vecindad y el derecho en las elecciones municipales viene confirmada por la supresión en dichos comicios del derecho al voto de los españoles residentes en el extranjero, a consecuencia de la reforma del art. 75 LOREG mediante la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero.

En otro orden de cosas, cabría preguntarse si los tratados internacionales, o la ley en su caso, pueden exigir distintos períodos de residencia a los extranjeros en función de su nacionalidad. En este sentido, parece razonable entender que si la Constitución otorga un trato privilegiado, a los efectos de concertar tratados de doble nacionalidad, a los países iberoamericanos o a aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España, este mismo criterio puede amparar la imposición de un plazo de residencia

⁴⁹ En este sentido, es de interés el art. 18.2 LBRL, que establece que «(l)a inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España». Así pues, la inscripción en el padrón municipal es prueba de residencia en el municipio (art. 16 LBRL), pero no de su legalidad.

⁵⁰ Véase, al respecto, por ejemplo, la STC 107/1984, FJ 4.

⁵¹ Cfr. A. IBÁÑEZ MACÍAS, *El derecho de sufragio... cit.*, p. 63.

inferior a los nacionales de estos países a los efectos del reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones locales⁵², e incluso, en casos justificados, la exención del cumplimiento de plazo alguno, como sucede con los países de la Unión Europea⁵³.

A la hora de concretar los plazos, el criterio anterior se podría combinar incluso con el que resulta de la cláusula de reciprocidad, tal y como aquí ha sido interpretada. En este sentido, por ejemplo, se podría prever un plazo especialmente reducido, o incluso excepcionalmente la ausencia de plazo, para los extranjeros procedentes de países con una vinculación histórica con el nuestro si mediase reciprocidad, y uno algo más amplio en caso contrario; este último plazo, a su vez podría ser el mismo exigido a los nacionales del resto de Estados, si concurre el requisito de reciprocidad, quedando reservado a los demás sujetos un plazo mayor, que en todo caso sería conveniente que fuera inferior al requerido por el Código Civil para la adquisición por ellos de la nacionalidad⁵⁴.

En conclusión, la atribución a los extranjeros del derecho de sufragio en las elecciones municipales significa su conversión a estos efectos en ciudadanos, desde el punto de vista del art. 23.1 CE. Es por ello que el legislador de la ciudadanía está habilitado para imponer determinados requisitos que muestren la vinculación de la persona con el Estado tales como una residencia legal prolongada, en su caso, durante un determinado período de tiempo.

IV. EL LEGISLADOR DE LAS CONDICIONES DE EJERCICIO DEL DERECHO

1. La difícil inserción del derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales en el marco de la teoría de los derechos fundamentales de los extranjeros en España

Una vez abordados los aspectos relativos al legislador de la reciprocidad y al legislador de la ciudadanía, nos centraremos ahora en cuáles son los márgenes dentro de los que debe

⁵² Sobre la posibilidad de requerir plazos distintos en función del vínculo del Estado correspondiente con España, el informe del Consejo de Estado en VV.AA., *El informe... cit.*, pp. 37 y 64; P. SANTOLAYA MACHETTI, «El derecho de sufragio de los extranjeros» *cit.*, p. 519; A. ORTEGA GIMÉNEZ, *El derecho al voto... cit.*, p. 21. Partidarios, por el contrario, de exigir el mismo plazo en todos los casos, E. AJA/D. MOYA, «El derecho de sufragio...» *cit.*, p. 19; A. IBÁÑEZ MACÍAS, *El derecho de sufragio... cit.*, pp. 62-63; M. CARRASCO DURÁN, «El derecho de voto...» *cit.*, p. 160. Apunta a la dificultad de encaje de esta variedad de plazos con el art. 14 CE, C. ARCE JIMÉNEZ, *Los derechos políticos... cit.*, pp. 273-274.

⁵³ Véase al respecto el informe del Consejo de Estado en VV.AA., *El informe... cit.*, pp. 63-64.

⁵⁴ En la doctrina se ha señalado la incoherencia que supone exigir un plazo de residencia para el ejercicio del derecho de sufragio activo a los nacionales de países de América Latina mayor que el que les es exigido para la concesión de la nacionalidad (dos años), cuando este último supone el reconocimiento de todos los derechos de la ciudadanía. Así, entre otros, F. VACAS FERNÁNDEZ, *El reconocimiento... cit.*, p. 77; A. ORTEGA JIMÉNEZ/A. LÓPEZ ÁLVAREZ/M.J. CANO ESQUIBEL «A vueltas con la integración...» *cit.*, p. 14.

actuar el tercero de los legisladores que, en un sentido figurado, participa en el desarrollo del art. 13.2 CE: el legislador de las condiciones de ejercicio del derecho.

En contra de lo que el TC ha parecido dar a entender en alguna afirmación *obiter dicta*⁵⁵, y a diferencia de lo que ocurre con el art. 13.1 CE, el apartado segundo del citado precepto constitucional es una norma relativa exclusivamente a la titularidad de un derecho fundamental, el del art. 23 CE, no a su régimen jurídico⁵⁶. Falta aquí una remisión a la ley o los tratados de los términos y las condiciones en las que esto pueda suceder. En ausencia de una construcción dogmática específica en torno al ejercicio por extranjeros del derecho que nos ocupa en la jurisprudencia del TC, procede plantearse en qué medida son aplicables a este derecho las consideraciones formuladas por el alto Tribunal en torno al art. 13.1 CE. ¿Cuál es el marco en el que debe realizarse el desarrollo normativo del ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales? ¿Es de ayuda, en este punto, la conocida clasificación que de los derechos fundamentales realiza el Tribunal Constitucional en función de su apertura a la titularidad por extranjeros?

En este sentido, debemos descartar, de entrada, que este derecho pueda ser considerado en la actualidad como especialmente vinculado a la dignidad de la persona. El criterio que sirve de guía a la inclusión de un derecho fundamental en la primera de las categorías es el de que se trate de «derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» (STC 107/1984, FJ 3; 236/2007, FJ 3). Pues bien, el derecho al sufragio activo y pasivo se vincula expresamente por el texto constitucional, como hemos visto, precisamente a tal condición de ciudadano; no es reconocido a la persona en cuanto tal⁵⁷. Tampoco está, por

⁵⁵ Nos referimos a la STC 112/1991, FJ 2, donde se afirma, tras referirse al art. 13.1 CE, que «(l)a propia Constitución, en el apartado 2.º de ese mismo precepto, deja abierta la posibilidad a la participación de los extranjeros en las elecciones municipales sometiéndola a dos condiciones: Al régimen jurídico que establezcan los Tratados o la Ley y a la existencia de reciprocidad» (STC 112/1991, FJ 2).

⁵⁶ En línea con lo que aquí se sostiene, el Consejo de Estado afirmó en su dictamen 421/92, de 9 de abril, con cita de su anterior dictamen 850/91, de 20 de julio, en relación con el problema de si la reforma del art. 13.2 CE afectaba o no al art. 23 CE, que «el art. 13.2 no se refiere al contenido esencial de los derechos que reconoce el art. 23, sino al círculo de sujetos titulares de tales derechos, círculo que el apartado 2 del art. 13 restringe por un principio de organización política y no por razones inherentes al régimen de los derechos en cuestión, que queda intacto en sede del art. 23».

⁵⁷ A la misma conclusión cabe llegar si tomamos como referencia otro de los criterios que utiliza el TC para incluir un derecho fundamental en este grupo: su tratamiento por la Declaración universal de derechos humanos y otros tratados internacionales ratificados por España en la materia (art. 10.2 CE) (SSTC 91/2000, FJ 7; 237/2007, FJ 3). Un análisis de estas normas no arroja lugar a dudas: en la actualidad, ninguna de ellas reconoce el derecho al sufragio activo y pasivo a los extranjeros. Sobre el tratamiento del derecho al sufragio de los extranjeros en las normas de Derecho Internacional Público puede verse P. SANTOLAYA y M.^a DÍAZ CREGO, *El sufragio de los extranjeros...* cit., pp. 25 ss.; R. DURÁN MUÑOZ y M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La integración política de los inmigrantes: la vía del sufragio*, Comares, Granada, 2008, pp. 90 ss.; A.G. CHUECA SANCHO/P. AGUELO NAVARRO, *El derecho de voto...* cit., pp. 17-21; F. VACAS FERNÁNDEZ, *El reconocimiento...* cit., pp. 35 ss.

razones obvias, entre los derechos que «*la Constitución reconoce directamente a los extranjeros*» (STC 115/1987, FJ 2; 236/2007, FJ 4).

El derecho al voto en las elecciones municipales sí cumple el presupuesto de la última de las categorías definidas por el TC: la de «*aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales "aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles"*» (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3)» (STC 236/2007, FJ 4)⁵⁸. A diferencia del tipo anterior, concurre el presupuesto de su inclusión. Sin embargo, las peculiaridades del tratamiento constitucional del derecho que estudiamos dificultan que se pueda referir al mismo la plena libertad de configuración normativa que en ocasiones se ha vinculado a esta categoría⁵⁹. El propio TC parece conceder al legislador, en relación con estos derechos, el mayor margen de libertad reconocido en la regulación de sus condiciones de ejercicio. Así, recuerda en la STC 236/2007 (FJ 4) que estos «*serán titulares de tales derechos en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes*» (STC 107/1984, FJ 4); que el legislador puede extenderlos a los extranjeros «*aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles*» (STC 94/1993, FJ 3); y que está autorizado a imponerles «*restricciones y limitaciones*» a tales derechos (STC 242/1994, FJ 4)⁶⁰.

En relación con el tratamiento normativo del derecho que nos ocupa se debe distinguir entre su reconocimiento y su configuración jurídica, aunque hasta el momento ambas facetas se han desarrollado en unidad de acto. El reconocimiento tiene como fundamento el art. 13.2 CE y como efecto la atribución al extranjero de la misma condición de ciudadano que permite al nacional su ejercicio. De este modo, extranjeros y nacionales se funden en la categoría unitaria de «*ciudadanos*». La imagen jurídicamente acuñada de la ciudadanía se caracteriza por la igual condición de todos los que la integran⁶¹, sin perjuicio, claro está, de la introducción de elementos diferenciadores que se encuentren justificados objetiva y razonablemente⁶². Por ello, en este caso, la ley o el tratado pueden

⁵⁸ Allí mismo son citados como ejemplos de derechos pertenecientes a esta categoría el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a percibir una prestación de desempleo y también, «*con matizaciones*», el derecho de residencia y desplazamiento en España. La STC 72/2005 (FJ 5) parece, de hecho, incluir el derecho al sufragio en esta categoría, si bien en unos términos desafortunadamente genéricos.

⁵⁹ Véase como ejemplo en la doctrina M.^a C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería... cit.* p. 108.

⁶⁰ En ello, el legislador se encuentra, sin embargo con una serie de límites, también citados por el TC: la imposibilidad de afectar a derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona o al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por España.

⁶¹ Véase al respecto C. CLOSA, «*Citizenship of the Union and nationality of member States*», *Common Market Law Review*, vol. 32, núm. 2, 1995, p. 490; P. SANTOLAYA MACHETTI, «*Nacionalidad...*» *cit.*, p. 31; M.A. PRESNO LINERA, *El derecho al voto... cit.*, pp. 97-98. Sobre la necesidad de que el derecho de participación sea igual para todo tipo de ciudadanos, A. IBÁÑEZ MACÍAS, *El derecho de sufragio... cit.*, p. 33.

⁶² M.F. MASSÓ GARROTE, *Los derechos políticos de los extranjeros... cit.*, p. 63.

extender a los extranjeros la titularidad del derecho al sufragio en las elecciones municipales y, así otorgarles la condición de ciudadano en dicho ámbito, pero se encuentran, sin embargo, con limitaciones para establecer con total libertad el régimen jurídico de este derecho, en contra de lo que pudiera parecer lógico si, haciendo abstracción de todo lo dicho, atendiéramos exclusivamente al hecho de que la Constitución deja en sus manos la atribución misma de su titularidad.

No se trata, entiéndase bien, de impedir que la ley o el tratado impongan para el reconocimiento del derecho el cumplimiento de condiciones que sean conformes a la imagen constitucional de la ciudadanía, como es el caso de un plazo determinado de residencia legal que muestre la vinculación del extranjero con el Estado, ni tampoco de condiciones de ejercicio que pudieran venir amparadas por la garantía de otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos, siempre que respeten las exigencias del principio de proporcionalidad y el contenido esencial del derecho. Lo que no pueden es decidir libremente los términos de dicho reconocimiento, imponiendo requisitos exorbitantes, no justificados suficientemente por dicha imagen constitucional, o que no cumplan las condiciones de proporcionalidad y respeto al contenido esencial que el propio TC ha requerido en alguna ocasión incluso respecto de los derechos de esta categoría⁶³.

Desde las pautas anteriores nos proponemos examinar en el siguiente apartado la exigencia, impuesta a los extranjeros por los tratados bilaterales ratificados por España, de instancia de parte en cada elección para la inscripción en el censo electoral de extranjeros residentes en España (CERE).

2. Sobre el requisito de instancia de parte para la inscripción del extranjero en el censo electoral

En los tratados internacionales ratificados por España en la materia se prevé que la inscripción en el censo electoral de extranjeros residentes en España, como requisito indispensable para poder ejercer el derecho al sufragio activo en las elecciones municipales, se haga a instancia de parte. Esta instancia se ha de presentar, dicen los tratados, en el Ayuntamiento en cuyo padrón municipal se figure inscrito, dentro de un plazo que se fija para cada elección municipal. Este requisito ha sido considerado como uno de los obstáculos principales para el ejercicio del derecho por los extranjeros⁶⁴. En este epígrafe se analizará su conformidad con la Constitución, de acuerdo con las pautas vistas anteriormente.

⁶³ Véase en este sentido STC 236/2007, FJ 4; doctrina repetida en la STC 17/2013, FJ 2.

⁶⁴ Moya califica este requisito de «elemento disuasorio» (D. MOYA, «Regulación del derecho...» *cit.*, p. 475). Se ha llegado a afirmar que esta condición, junto con el resto, convierte el ejercicio del derecho en «*misión imposible*» (A. ORTEGA JIMÉNEZ/A. LÓPEZ ÁLVAREZ/M.J. CANO ESQUIBEL «A vueltas con la integración...» *cit.*, p. 14; cursiva también en el original). Un estudio crítico del equivalente a este requisito en relación con los

Para llegar a alguna conclusión sobre la legitimidad constitucional del requisito examinado es necesario dilucidar el objetivo que persigue. En este sentido, podría haberse entendido que la solicitud por el extranjero de su inscripción en el censo implicaría una previa declaración de su voluntad de votar, que vendría a confirmar su vinculación efectiva al municipio⁶⁵. La norma sería entonces una manifestación del «*legislador de la ciudadanía*», al utilizarse para identificar cuándo un extranjero puede ser considerado «*ciudadano*», a los efectos del art. 23 CE.

Este planteamiento, sin embargo, resulta exorbitante en relación con una imagen constitucional de la ciudadanía vinculada en el ámbito municipal a la mera residencia. Esta permite exigir a los extranjeros una vinculación con nuestro ordenamiento equiparable a la de los españoles. En ausencia del requisito de nacionalidad, se puede requerir que dicho vínculo se exprese a través de la residencia continuada durante un determinado plazo. Nada justifica, sin embargo, en este punto, la imposición a los extranjeros de un ligamen mayor que el que es exigible a los nacionales. Entre ciudadanía y derecho al voto, en el ámbito municipal, existe una relación tal que una no puede darse sin la otra: el ciudadano es titular del derecho al voto y el titular del derecho al voto es ciudadano. Por el contrario, la voluntad de votar no desempeña el mismo papel en nuestra cultura jurídica; solo puede entrar en juego conceptualmente en un momento posterior, es decir, una vez que ya se es considerado ciudadano y, por ello, titular del derecho, y siempre como manifestación de su ejercicio, no como requisito a su reconocimiento. Por otra parte, en un ordenamiento como el nuestro, en el que el voto no es obligatorio, la exigencia de una previa declaración de la voluntad de votar, aun indirecta, se queda como una condición hueca, vacía y sin sentido, en la medida en que no se puede exigir posteriormente el voto mismo.

Finalmente, si la previa declaración de voluntad de votar, efectuada por cada proceso electoral, debe ser abordada como una condición para la adquisición de la ciudadanía, y así también del derecho, se llega entonces al esperpéntico resultado de que un extranjero, habiendo mantenido incluso legalmente su residencia en el mismo municipio, puede ser considerado ciudadano en un proceso electoral y perder tal condición en el siguiente, si, por la causa que fuere, no solicitara entonces su inscripción en el censo.

No siendo, pues, el requisito examinado un elemento impuesto por el legislador de la ciudadanía para delimitar el alcance subjetivo del derecho, esto es, su titularidad, solo

ciudadanos comunitarios en A. RODRÍGUEZ, «Los electores comunitarios en España: dificultades de registro y propuestas de reforma en el procedimiento de inscripción en el censo electoral de los ciudadanos de la Unión Europea», en P. BIGLINO CAMPOS (coord.), *Nuevas expectativas democráticas y elecciones*, Iustel, Madrid, 2008.

⁶⁵ Dan este significado a la eventual exigencia de una previa declaración de la voluntad de votar el Consejo de Estado en su informe (VV.AA., *El informe... cit.*, p. 63) y A. ORTEGA GIMÉNEZ, *El derecho al voto... cit.*, p. 21.

puede ser abordado como una condición adicional de su ejercicio⁶⁶. Desde este punto de vista, podría haberse utilizado la inscripción en el censo para controlar el cumplimiento por cada extranjero de los demás requisitos exigidos para poder votar. Si así fuera, podríamos concluir que estamos ante una condición desproporcionada por innecesaria. En efecto, nada impide materialmente una inscripción de oficio en el censo electoral de todos los ciudadanos extranjeros que cumplan de manera contrastada los requisitos dispuestos en los respectivos acuerdos internacionales⁶⁷. De hecho, la comunicación que con este fin remite la Oficina del Censo Electoral a los interesados antes de la celebración del proceso electoral parte de una comprobación del cumplimiento de dichos requisitos a partir del Registro Central de Extranjeros y del padrón municipal. En ella los datos personales y de residencia figuran preimpresos. Únicamente en el caso en el que la Oficina del Censo Electoral no haya podido comprobar el cumplimiento de la vigencia del permiso de residencia se le pide que aporte un documento en vigor que justifique la autorización de residencia en España. Tampoco parece necesario en estos casos que la inscripción en el censo se realice específicamente para cada proceso electoral⁶⁸, especialmente en el caso de los extranjeros que disfrutan de un permiso de residencia permanente. La correspondencia del padrón con la realidad debería considerarse suficientemente asegurada por la necesidad de renovación periódica de la inscripción cada dos años, en el caso de los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente (art. 16.1, párrafo segundo LBRL) y la caducidad automática, transcurrido este plazo, de las inscripciones no renovadas (párrafo tercero del citado precepto). Por otra parte, no se puede olvidar que los Ayuntamientos deben realizar «*las actuaciones y operaciones necesarias para mantener actualizados sus Padrones de modo que los datos contenidos en estos concuerden con la realidad*» (art. 17.2 LBRL).

Inscritos entonces de oficio en el censo electoral los extranjeros respecto de los que constara el cumplimiento de los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho al voto, bastaría para cumplir el objetivo perseguido con que los excluidos pudieran reclamar su inscripción de acuerdo con el art. 38 LOREG o en los plazos que se establecieran legalmente antes del proceso electoral.

Entendido también como condición adicional del ejercicio del derecho, dos han sido los argumentos que se han manejado por la doctrina para justificarlo. Por un lado,

⁶⁶ En este sentido, Moya señala que «en puridad, este ya no es un condicionante respecto de la titularidad del derecho, sino sólo de su ejercicio» (D. MOYA, «Regulación del derecho...» *cit.*, p. 475).

⁶⁷ C. ARCE JIMÉNEZ, *Los derechos políticos... cit.*, p. 415. En este sentido, se ha considerado dicho requisito como «innecesario» (A. MARÍN LÓPEZ, «Los derechos políticos de los extranjeros en España», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, núm. 2, 1991, p. 366).

⁶⁸ Para SANTOLAYA MACHETTI, «se trata de una exigencia irrazonable y probablemente desproporcionada», (P. SANTOLAYA MACHETTI, *Procedimiento y garantías electorales*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 81).

se ha vinculado al carácter voluntario e individual del ejercicio del derecho al sufragio⁶⁹. Por otro, se ha visto en él una herramienta para evitar la duplicidad de voto del residente extranjero⁷⁰. Ninguno de ellos resulta, tampoco, convincente. La inscripción obligatoria de oficio en el censo no afecta en nada al carácter voluntario e individual del sufragio, toda vez que, como hemos visto, no obliga al extranjero a ejercer su derecho fundamental⁷¹. Del mismo modo, como ha destacado el Consejo de Estado en su informe, la proscripción del doble voto «*excluye que una misma persona pueda votar más de una vez en las mismas elecciones, lo que aquí, en rigor, no sucedería (se trataría del mismo tipo de elecciones, pero no de las mismas elecciones, por lo que no quedaría afectada la igualdad del voto)*»⁷².

Todos estos argumentos permiten concluir que tanto la norma que prevé la inscripción a instancia de parte de todos los extranjeros no comunitarios en el censo, como la exigencia de que esta se haga para cada proceso electoral en el ámbito municipal carecen de una justificación constitucional suficiente y son desproporcionadas por innecesarias.

V. REFLEXIONES FINALES

El derecho al voto de los extranjeros extracomunitarios no puede ser considerado un asunto liquidado. Nuestra Constitución da cobertura a líneas interpretativas que permiten expandir el alcance de este derecho bastante más allá del límite que actualmente se ha impuesto como infranqueable. Aquí hemos sostenido la constitucionalidad de una ley que atienda al criterio de reciprocidad, no para excluir como titulares del derecho a los extranjeros nacionales de países respecto de los que dicha reciprocidad no existe, sino para ponderar el plazo de residencia legal que se va a exigir al extranjero para reconocerle el derecho. De esta forma, todo extranjero podría llegar a ser titular del derecho al voto en las elecciones municipales con independencia de cuáles fueran las circunstancias del país de procedencia, con el transcurso de un plazo de residencia variable. Este extranjero sería además, a estos efectos, un ciudadano más, en tanto que titular del derecho fundamental del art. 23 CE, con lo que las condiciones de ejercicio del derecho no pueden diferir de las propias de los nacionales, salvo que concurra alguna circunstancia que justifique razonablemente un trato diferenciado.

⁶⁹ Así, J.L. LOZANO GARCÍA, *Derecho de sufragio... cit.*, p. 111.

⁷⁰ En este sentido, M.F. MASSÓ GARROTE, *Los derechos políticos de los extranjeros... cit.*, p. 143.

⁷¹ *Ibidem*, p. 142.

⁷² Informe del Consejo de Estado en VV.AA., *El informe... cit.*, pp. 35-36 (cursiva también en el original). Allí destaca, en el mismo sentido, que la propia Directiva comunitaria que desarrolla este derecho para los ciudadanos de la Unión Europea recoge este requisito como una mera posibilidad, a diferencia de lo que sucede en el caso de las elecciones al Parlamento Europeo, precisamente por no existir en el caso de las elecciones municipales la necesidad de evitar el doble voto.

La función interpretativa de los principios, también de los constitucionales, obliga a interpretar el art. 13.2 CE, en toda su extensión, de acuerdo con los que rigen la materia. La cláusula de reciprocidad, en tanto que conduce a consecuencias opuestas a las que rigen estos principios, debe ser interpretada de manera restrictiva, en lugar de, como se ha venido haciendo, reconocerle un papel absolutamente condicionante de los limitados resultados obtenidos en la materia. A su vez, el propio significado de la cláusula no puede quedar ajeno a la influencia de los restantes principios constitucionales. Así, el efecto del principio democrático sobre la decisión normativa consiste en cerrar la brecha que pueda existir entre el ámbito de personas sujetas a un ordenamiento y el de las que pueden participar en su construcción en la mayor medida posible. El principio de eficacia de los derechos fundamentales, por su parte, constituye un obstáculo para interpretaciones injustificadamente restrictivas de su alcance. Por último, la dignidad de la persona, en tanto que valor subyacente al reconocimiento de todos los derechos fundamentales⁷³, apoya cualquier desarrollo normativo de los derechos fundamentales tendente a otorgarles mayor eficacia, dentro del respeto a la literalidad del precepto constitucional. La persona no puede ser concebida por el Derecho como un ente abstracto, sino como sujeto que entra en contacto, con mayor o menor intensidad, con el Estado. Esa mayor o menor intensidad debe determinar el reconocimiento por el ordenamiento estatal de unos u otros derechos, pero no, en realidad, por falta de vinculación del sentido del derecho a la dignidad de la persona, sino por una eventual ausencia de pertinencia del reconocimiento del derecho ante las circunstancias que rodean el ligamen surgido entre la persona y el Estado.

No sería razonable reconocer a un extranjero que viene a pasar unos días a nuestro país el derecho a participar en las elecciones del municipio donde va a alojarse. En tales condiciones, la falta de atribución de este derecho no desconoce su dignidad como persona. No ocurre lo mismo, sin embargo, con quienes, siendo extranjeros, mantienen su residencia de manera estable y legal en España. Estas personas se encuentran tan sujetas a nuestro ordenamiento jurídico como cualquier nacional y, sin embargo, no se les reconoce su capacidad de influir en la vida política de la comunidad en la que se ha integrado a través de la más reconocida expresión del principio democrático en los países occidentales, que es el derecho al sufragio. Sí, como el propio TC ha reconocido, es inherente a la idea de dignidad el derecho a no ser discriminado por cualquier circunstancia personal (STC 236/2007, FJ 3), resulta obligado, al menos, reconocer la falta de una total coherencia con el principio que inspira este derecho de la privación a una persona del derecho al sufragio en las elecciones municipales por el hecho de no ser nacional español.

En definitiva, el art. 13.2 CE, interpretado de acuerdo con los principios constitucionales más importantes en la materia, permite un desarrollo normativo del derecho al

⁷³ En la jurisprudencia del TC esta idea puede verse en la STC 236/2007, FJ 3.

voto de los extranjeros mucho más generoso que el que hasta el momento se ha realizado, e incluso que el que se ha venido sosteniendo mayoritariamente por la doctrina. De este modo, los obstáculos a la extensión del derecho al voto en las elecciones municipales a todos los extranjeros, dentro de las condiciones aquí expuestas, se deben más a una falta de voluntad política que a restricciones reales ineludiblemente deducibles del tenor literal del precepto constitucional.

TITLE

THE RIGHT TO VOTE OF NON- EU FOREIGNERS IN MUNICIPAL ELECTIONS: RECIPROCI-
TY, CITIZENSHIP AND CONDITIONS FOR THE EXERCISE OF THE RIGHT

SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. THE REGULATORY DEVELOPMENT OF THE REFERENCE TO RECIPROCI-
TY IN ARTICLE 13.2 OF THE SPANISH CONSTITUTION. 1. From the interpretation of the notion of reciprocity. 2. To
the interpretation of the reciprocity clause. III. THE REGULATORY DEVELOPMENT OF THE CITIZENSHIP.
IV. THE REGULATORY DEVELOPMENT OF THE CONDITIONS FOR THE EXERCISE OF THE RIGHT. 1. The
difficult insertion of the right to vote of non-EU nationals in municipal elections in the framework of the
theory of fundamental rights of foreigners in Spain. 2. The requirement of registration in the electoral
census by personal application. V. FINAL THOUGHTS.

KEY WORDS

Fundamental rights; Foreigners' right to vote; Reciprocity; Citizenship; Electoral census.

ABSTRACT

*The possibility of expanding on the existing right of non-EU nationals in municipal elections appears to have
reached a ceiling. However, the present situation remains far from ideal particularly from the point of view of
democratic principle. This paper presents new lines of argument for the study of this topic which would make it
possible to achieve the ideal within the permitted framework of the letter of the Constitution. To this end, the author
puts forward fresh views on the «reciprocity clause», and the grant of citizenship to foreign rightsholders with a
review of the criteria applicable to its monitoring and regulation.*

Fecha de recepción: 08/04/2016

Fecha de aceptación: 08/05/2016