



EL SUFRAGIO DE LOS EXTRANJEROS RESIDENTES EN LAS ELECCIONES GENERALES COMO EXIGENCIA DE UNA CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA¹

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA²

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo*

Se tiene por perfectamente natural el privilegio sobre el que se erige el instituto de la nacionalidad, porque se considera —un error que procede precisamente de la tendencia a la limitación de los derechos políticos— que es una institución conceptualmente esencial para el Estado. Con todo, la experiencia política más reciente demuestra que los derechos políticos no tienen que estar necesariamente vinculados a la nacionalidad.

HANS Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*

La nación de ciudadanos encuentra su identidad no en rasgos comunes de tipo étnico-cultural, sino en la praxis de ciudadanos que ejercen activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación.

JÜRGEN HABERMAS, *Facticidad y validez*

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). Me he ocupado de estas cuestiones, entre otros sitios, en «Democracia ciudadana y ciudadanía democrática», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Junta General del Principado, núm. 7; *El pueblo del Estado. Nacionalidad y ciudadanía en el Estado constitucional-democrático*, Oviedo, 2012, pp. 243 ss., y en «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, pp. 183-214.

Agradezco muy sinceramente las observaciones, comentarios y sugerencias de las personas que han evaluado la primera versión de este trabajo.

² Correo electrónico: presnolinera@gmail.com; blog jurídico: <http://presnolinera.wordpress.com>; página web académica: <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTADO LIBERAL, SOBERANÍA NACIONAL, LEGITIMIDAD RACIONAL Y DISTINCIÓN ENTRE CIUDADANOS «ACTIVOS» Y «PASIVOS». III. ESTADO DEMOCRÁTICO, SOBERANÍA POPULAR, LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y DESAPARICIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE CIUDADANOS «ACTIVOS» Y «PASIVOS». IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

Palabras clave

Derecho electoral; Derecho de voto; Nacionalidad; Ciudadanía; Derechos de los extranjeros.

Resumen

Este estudio analiza los requisitos establecidos en el Derecho español —Constitución y ley electoral— para la determinación de la titularidad del derecho de voto, entendido como derecho esencial para la democracia. El autor concluye que la clave está en considerar la residencia, y no la nacionalidad, como la base para la atribución del derecho de participación política. Por este motivo, el estudio sostiene que el derecho de voto tendría que reconocerse en las elecciones generales a los extranjeros residentes.

I. INTRODUCCIÓN

En el Prólogo al libro de Benito Aláez Corral, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*³, el profesor Francisco Bastida recuerda la pregunta que se hizo Grozio: «¿en virtud de qué un pueblo es pueblo?». La respuesta es: «en virtud de lo que diga la Constitución».

En estas páginas se analizará lo que debería decir la Constitución si, como proclama el Preámbulo de la Norma Fundamental española de 1978, se pretende «establecer una sociedad democrática avanzada» o, en los términos filosófico-políticos de Avishai Margalit, una «sociedad decente»⁴, entendida como aquella en la que no hay ciudadanos de segunda clase, personas gobernadas en tanto sujetas a la Constitución pero que no pueden actuar como gobernantes pues no les pertenece la Constitución. O, por emplear una categoría defendida por Axel Honneth⁵, se tratará de analizar en el terreno del derecho de sufragio «la lucha por el reconocimiento» de los extranjeros⁶.

³ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006. También, de manera más breve, en P. COSTA y B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad y ciudadanía*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 49 ss.

⁴ Este concepto es desarrollado a lo largo de su libro *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997.

⁵ Véanse sus trabajos *La lucha por el reconocimiento*, Crítica, Barcelona, 1997, y *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, Katz, Madrid, 2015.

⁶ Sobre las cuestiones que aquí se tratarán, y además de las obras citadas, cabe recordar, en la doctrina española, las de E. ARNALDO ALCUBILLA, *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*, CEC, Madrid, 1995; E. AJA, «Los derechos políticos y en particular el derecho de sufragio», en *Los derechos de los inmigrantes*, E. AJA (editor), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; L. Díez BUESO, «La incorporación de la participación política de los inmigrantes al ordenamiento jurídico español», *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 18, 2008, pp. 125-139; M.F. MASSÓ GARROTE, *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y de derecho de acceso a funciones públicas*,

Es conocido que la pregunta de Grozio se formula hoy en un contexto político, social, cultural y económico en el que los ordenamientos estatales se aplican a un número cada vez mayor de personas que no ostentan la nacionalidad del Estado en cuyo territorio residen. Este fenómeno se advierte con especial intensidad en espacios geopolíticos como el Consejo de Europa y, en especial, en la Unión Europea, donde, según cifras de Eurostat⁷, el número de personas no comunitarias que residían a 1 de enero de 2014 en un Estado miembro de la UE era de 19,6 millones, lo que representa el 3,9 % de la población de la UE-28. Por otra parte, 14,3 millones de personas que vivían en uno de los Estados miembros de la UE eran nacionales de otro Estado miembro de la UE. En términos absolutos, el número más elevado de no nacionales que vivían en la UE a 1 de enero de 2014 se hallaba en Alemania (7,0 millones de personas), Reino Unido (5,0 millones), Italia (4,9 millones), España (4,7 millones) y Francia (4,2 millones). Los no nacionales en estos cinco Estados miembros representaban conjuntamente el 76 % del número total de no nacionales que residían en el conjunto de Estados miembros de la UE, mientras que a estos mismos cinco Estados miembros les correspondía un porcentaje del 63% de la población de la UE. En términos relativos, el Estado miembro de la UE con el mayor porcentaje de no nacionales fue Luxemburgo, donde los no nacionales representaban el 45% de la población total. En la mayor parte de los Estados miembros la mayoría de los no nacionales eran ciudadanos de países no miembros de la UE.

Colex, Madrid, 1997; J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997; P. SANTOLAYA y M. REVENGA, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, CEPC, Madrid, 2007; P. SANTOLAYA y M. DÍAZ CREGO, *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de derecho comparado*, CEPC, Madrid, 2008; B. RODRÍGUEZ RUÍZ: «Participación y ciudadanía más allá del sufragio. Los derechos de participación de las personas extranjeras», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 169, 2015, pp. 45-74.

Desde una perspectiva más iusfilosófica es muy ilustrativo el trabajo colectivo (DE LUCAS, MARTÍN, AÑÓN ROIG, GALIANA SAURA, GARCÍA AÑÓN, MESTRE I MESTRE, MIRAVET BERGÓN, RUIZ SANZ, SIMÓ NOGUERA, SOLANES CORELLA y TORRES PÉREZ), *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008; también el estudio de Á. SOLANES CORELLA, «La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate», *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 18, 2008, pp. 67-96. Para una aproximación desde la ciencia política, véanse los diversos trabajos de R. ZAPATA-BARRERO, como *Multiculturalidad e inmigración*, Síntesis, Madrid, 2004.

⁷ http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/es#Poblaci.C3.B3n_migrante (a 20 de marzo de 2016).

	Total immigrants			Nationals		Non-nationals					
	(thousands)	(thousands)	(%)	Total		Citizens of other EU Member States		Citizens of non-member countries		Stateless	
				(thousands)	(%)	(thousands)	(%)	(thousands)	(%)	(thousands)	(%)
Belgium	118.3	17.5	14.8	100.5	85.0	62.0	52.4	38.4	32.5	0.0	0.0
Bulgaria	18.6	4.7	25.2	13.8	74.3	1.6	8.8	12.0	64.5	0.2	1.0
Czech Republic	30.1	5.3	17.7	24.8	82.3	14.0	46.5	10.8	35.8	0.0	0.0
Denmark	60.3	19.0	31.5	41.3	68.5	21.3	35.3	19.6	32.5	0.4	0.7
Germany	692.7	83.2	12.0	606.8	87.6	354.0	51.1	252.1	36.4	0.7	0.1
Estonia	4.1	2.5	60.2	1.6	39.8	0.1	3.6	1.5	36.3	0.0	0.0
Ireland	59.3	12.7	21.4	46.6	78.6	23.3	39.4	23.2	39.1	0.1	0.1
Greece	47.1	21.6	46.0	25.4	54.0	12.2	25.9	13.2	28.2	0.0	0.0
Spain	280.8	32.4	11.5	248.4	88.5	90.4	32.2	157.8	56.2	0.1	0.0
France	332.6	115.4	34.7	217.2	65.3	90.6	27.2	126.6	38.1	0.0	0.0
Croatia	10.4	5.1	49.0	5.3	50.9	1.8	17.8	3.4	33.1	0.0	0.0
Italy	307.5	28.4	9.2	279.0	90.8	77.5	25.2	201.5	65.5	0.0	0.0
Cyprus	13.1	1.5	11.7	11.5	87.5	6.7	50.7	4.8	36.8	0.0	0.0
Lithuania	8.3	4.8	57.5	3.5	42.5	0.9	11.0	2.6	31.4	0.0	0.1
Latvia	22.0	19.0	86.2	3.0	13.8	0.7	3.0	2.4	10.7	0.0	0.0
Luxembourg	21.1	1.3	6.2	19.7	93.5	15.5	73.5	4.2	20.1	0.0	0.0
Hungary	39.0	17.7	45.5	21.3	54.5	10.4	26.8	10.8	27.7	0.0	0.0
Malta	8.4	1.8	21.6	6.6	78.4	3.1	37.3	3.5	41.0	0.0	0.0
Netherlands	129.4	36.3	28.1	93.1	71.9	52.2	40.3	40.8	31.6	0.1	0.0
Austria	101.9	9.2	9.1	92.6	90.9	60.2	59.1	32.2	31.7	0.1	0.1
Poland	220.3	131.4	59.7	88.7	40.3	29.6	13.4	59.0	26.8	0.1	0.0
Portugal	17.6	12.2	69.2	5.4	30.8	1.7	9.5	3.7	21.3	0.0	0.0
Romania	153.6	138.9	90.4	14.7	9.6	1.0	0.7	13.7	8.9	0.0	0.0
Slovenia	13.9	2.3	16.2	11.6	83.8	3.3	23.6	8.3	60.1	0.0	0.0
Slovakia	5.1	2.7	51.9	2.5	48.1	2.0	38.2	0.5	9.8	0.0	0.0
Finland	31.9	8.1	25.3	23.4	73.2	10.2	31.8	13.2	41.3	0.1	0.2
Sweden	115.8	20.5	17.7	94.9	81.9	26.4	22.8	64.2	55.4	4.3	3.7
United Kingdom	526.0	76.1	14.5	449.9	85.5	201.4	38.3	248.5	47.2	0.0	0.0
Cyprus	6.4	2.8	43.7	3.6	56.3	2.8	43.0	0.8	12.9	0.0	0.3
Czech Republic	0.7	0.2	23.7	0.5	76.3	0.3	48.8	0.2	29.5	0.0	0.0
Ireland	68.3	7.0	10.3	61.3	89.7	36.4	53.3	24.5	35.8	0.4	0.6
Switzerland	160.2	26.1	16.3	134.1	83.7	96.8	60.5	37.2	23.3	0.0	0.0

^{*)} The values for the different categories of citizenship may not sum to the total due to rounding and the exclusion of the category 'unknown citizenship' from the table.
Source: Eurostat (online data code: migr_imm1ctz)

Por lo que respecta a España, y de acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a fecha 31 de diciembre de 2015⁸, el número de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor es de 4.982.183. Considerando el régimen jurídico de aplicación, 2.873.554 (57,7%) extranjeros se incluyen en Régimen de Libre Circulación UE y 2.108.629 (42,3%) en Régimen General.

Los extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor con mayor presencia en España son nacionales de Rumanía, Marruecos, Reino Unido, Italia o China. Conjuntamente representan el 49,4% del total de extranjeros

⁸ http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201512/Residentes_Principales_Resultados_31122015.pdf (a 5 de mayo de 2016).

Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia
en vigor a 31-12-2015. Principales nacionalidades

	31-12-2015	% Mujeres	Edad Media	Variación semestral respecto a 30-06-2015	Variación interanual respecto a 31-12-2014
Total	4.982.183	47,3%	36,8	1,0%	1,2%
Rumanía	979.245	46,8%	34,8	1,2%	2,7%
Marruecos	766.622	42,2%	30,4	0,4%	-0,5%
Reino Unido	286.012	49,9%	52,0	2,0%	3,7%
Italia	234.274	42,2%	38,8	4,0%	7,7%
China	196.648	47,9%	31,1	1,5%	2,9%
Bulgaria	186.837	46,7%	37,6	0,9%	1,9%
Ecuador	175.350	46,1%	35,0	-2,7%	-8,9%
Alemania	153.381	51,9%	46,6	1,8%	3,2%
Portugal	148.028	35,5%	40,5	1,5%	3,0%
Francia	132.046	50,3%	41,4	3,2%	6,4%
Colombia	128.766	54,9%	37,5	-2,7%	-8,0%
Bolivia	106.223	58,4%	33,8	-2,9%	-7,8%
Polonia	93.119	51,3%	36,2	1,3%	2,5%
Ucrania	83.489	56,3%	38,5	1,4%	1,7%
Pakistán	71.093	29,0%	31,3	1,4%	-0,1%

Y en este contexto, debe recordarse que el art. 45.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido en el Título V (Ciudadanía), reconoce que «*todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*». Además, el apartado 2 dice que «*podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro*»⁹.

⁹ En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 25 de julio de 2008, en el asunto C-127/08 (*Metock*), dicho órgano concluyó que «*el Legislador comunitario es competente para regular, como lo hizo mediante la Directiva 2004/38, la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro en el que éste haya ejercido su derecho a la libre circulación, incluso cuando los miembros de la familia no residan ya legalmente en otro Estado miembro... (que) la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión debe interpretarse como el derecho de abandonar cualquier Estado miembro, y en particular el Estado miembro del que el ciudadano de la Unión tenga la nacionalidad, para establecerse, en las mismas condiciones, en cualquier Estado miembro, distinto del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión tenga la nacionalidad... (que) la Directiva 2004/38 concede a cualquier nacional de un país tercero, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión... que acompaña o se reúne con ese ciudadano de la Unión en un Estado miembro distinto del Estado miembro del que tiene la nacionalidad, derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida, independientemente de que ese nacional de un Estado tercero ya haya residido legalmente o no en otro Estado miembro... (que) es irrelevante que los nacionales de un país tercero, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, entren en el Estado miembro de acogida antes o después de pasar a ser miembros de la familia de ese ciudadano de la Unión, habida cuenta de que la negativa del Estado miembro de acogida a otorgarles el derecho de residencia puede disuadir a ese ciudadano de la Unión de continuar residiendo ese Estado miembro... y que el nacional de un país tercero, cónyuge*».

En el ámbito interno español, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone, en su art. 32, que

«1. La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

2. Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente. A los efectos de obtener la residencia de larga duración computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul de la UE. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por periodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente.

3. Los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, o por otros fines, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente (...).

Así pues, los nacionales de cualquiera de los países de la Unión Europea y sus familiares tienen derecho a residir de manera indefinida en los demás Estados miembros, y los extranjeros no comunitarios con permiso de larga duración tienen ese mismo derecho en España y también en otros países. De esta manera, y con detalles que luego se irán precisando, la posición de los extranjeros, aunque con distinto fundamento normativo, se aproxima mucho a la que tienen los nacionales en su «*casa constitucional*» pero hasta ahora son estos últimos los únicos con plena capacidad para decidir qué normas son las que gobiernan lo que es ya una casa común¹⁰.

En todo caso, y siendo evidente esa composición cada vez más heterogénea de las sociedades actuales, la cuestión no es tanto cuantitativa —el número importante de personas no nacionales que residen en los Estados— como cualitativa: ¿por qué un extranjero, al margen de su mayor o menor integración en un país, del tiempo que lleve residiendo, de su voluntad real de participar en la vida política, (...), es considerado un súbdito —Pietro Costa habla de *meteco*— y no un ciudadano?

En otras palabras: ¿es aceptable en términos democráticos mantener indefinidamente a unas personas como integrantes del pueblo gobernado pero sin que puedan ser pueblo gobernante? En mi opinión, no: las personas, nacionales o extranjeras, sujetas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la Constitución española, CE)

de un ciudadano de la Unión que reside en un Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, que acompaña a ese ciudadano de la Unión o se reúne con él puede acogerse a las disposiciones de esa Directiva, independientemente del lugar o del momento en que hayan contraído matrimonio, o de las circunstancias en que ese nacional de un país tercero haya entrado en el Estado miembro de acogida».

¹⁰ P. COSTA sostiene que después de Maastricht el patrón estatal-nacional de la pertenencia deja sitio a un nuevo patrón: el constitucional-europeo; en *Nacionalidad y ciudadanía... cit.*, pp. 40-41.

de manera indefinida en el tiempo —pueblo gobernado—, deben poder autogobernarse políticamente sin necesidad de cambiar de nacionalidad o adquirir la del lugar de residencia, pues una frontera infranqueable entre ciudadanía y extranjería no es compatible con una configuración plenamente democrática de la Constitución¹¹.

Y es que si nuestro sistema responde a una concepción democrática que adopta como valores superiores «*la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*» (art. 1.1 CE), este norte constitucional tiene su punto de partida en el postulado de que «*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*» (art. 10.1 CE). El concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo (Sentencia del Tribunal Constitucional, STC, 181/2000, FJ 9), plasmadas en aquellos valores superiores del ordenamiento jurídico tal cual los establece el art. 1.1 CE y que se materializan en los derechos fundamentales del Título I¹².

Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 implica que (STC 53/1985, FJ 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que toda relación jurídica —también la ciudadanía— debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.

Y en cierta medida este camino ya se inició hace tiempo y es el motivo que explica la atribución, en determinados sistemas jurídicos, de la titularidad de derechos —civiles en el Estado de Derecho y económico-sociales y culturales en el Estado social de Derecho—, de modo indiferenciado a todos los sometidos a un mismo ordenamiento. Así, ni la nacionalidad ni contar con un determinado patrimonio económico o cultural son requisitos imprescindibles, en el primer caso, para el reconocimiento a una persona de derechos como la libertad personal o la propiedad; ni en el segundo para el disfrute del derecho a la educación, a la sanidad o a la cultura.

Si en el Estado liberal o en el Estado social de derecho las cosas podían mantenerse así, un Estado democrático no debe aceptar que persistan otras limitaciones indefinidas y

¹¹ Sobre la ciudadanía y la función integradora de su vinculación al ejercicio del derecho de sufragio, J. SHKLAR, *American citizenship. The Quest for inclusion*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 1991.

¹² En extenso sobre la función de la dignidad humana en nuestra Constitución, F. BASTIDA en BASTIDA y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 38 ss., e I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 73 ss.; en relación con los extranjeros sin permiso de residencia en España, pp. 173 ss., y, más recientemente, el estudio colectivo dirigido por RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ, *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC, Madrid, 2015.

excluyentes al disfrute de derechos que son esenciales a la persona, como el de participar en la toma de las decisiones políticas de la comunidad, porque también ese derecho, calificado ya en mayo de 1886 por el Tribunal Supremo de Estados Unidos como «*el derecho político fundamental porque garantiza todos los demás derechos*»¹³, es inherente a la dignidad e igualdad de la persona.

En este proceso evolutivo se inserta la propia Constitución española cuando, como se recuerda en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, dispone (art. 13.1): «*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley*», y el segundo apartado matiza que: «*Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales*».

En el mismo fundamento jurídico (3), se reitera que la remisión a la ley no supone una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros, puesto que el Legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los «*términos*» en los que gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del art. 10.

En todo caso, si el reconocimiento de derechos a las personas extranjeras depende del grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad de la persona, difícilmente se podrá justificar que el derecho de participación política no está vinculado a la dignidad humana. Y buena prueba de ello es que derechos de índole política, como la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), o vinculados a la participación en el Estado democrático, como los derechos de reunión y asociación (STC 115/1987, FJ 2), son derechos de todas las personas, nacionales o extranjeras, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad.

En esta línea, y una vez se ha admitido que el derecho constitucional a no ser discriminado también ampara a los extranjeros (STC 137/2000, FJ 1), sería más coherente

¹³ Asunto *Yick Wo v. Hopkins*; varias décadas después el Tribunal Supremo recordó que «*en un país libre ningún derecho es más importante que el de poder hacerse oír en la elección de los que aprobarán las leyes bajo las que debemos vivir como buenos ciudadanos. Los demás derechos, incluso los más esenciales, resultarán ilusorios si el derecho de voto se ve menoscabado*» (*Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, de 15 de junio de 1964).

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto *Hirst c. Reino Unido* (nº 2), de 6 de octubre de 2005, es crucial «*para el establecimiento y la conservación de los fundamentos de una democracia auténtica regida por el Estado de derecho*»; en suma, como declara el Tribunal Supremo de Canadá (*Sauvé c. Canada —Chief Electoral Officer—*), de 31 de octubre de 2002, «*los derechos garantizados por la Carta no son una cuestión de privilegio o de mérito, sino de pertenencia a la sociedad canadiense que no puede ser obviada a la ligera, lo que es particularmente cierto en el derecho de voto, piedra angular de la democracia (...)*».

con lo previsto en el Preámbulo y en un buen número de preceptos de nuestra Norma Fundamental que la condición de no nacional no sirviera para que en todo caso subsista en el derecho de participación política en los asuntos públicos «una diferenciación jurídica de la diferencia», en palabras de Luigi Ferrajoli¹⁴; es decir, que una identidad determinada por una diferencia valorizada —la nacionalidad española— se asuma como fuente de ese derecho mientras que otra —la extranjería— se configure como un estatus excluyente.

Si la prohibición de discriminación es una norma ello implica que los *diferentes* deben ser tratados y respetados como iguales y esa regla tendría que extenderse en su plenitud a los derechos de participación política. O, lo que es lo mismo, la capacidad de intervenir en el gobierno de los asuntos locales, admitida en nuestro ordenamiento para los extranjeros, tendría que extenderse, mediante la reforma de la Norma Fundamental, al gobierno de los asuntos autonómicos y estatales. Como explica Pietro Costa, la ciudadanía debe ser un punto de encuentro de demandas variadas y complejas, que alcanzan a la identidad jurídico-política del sujeto, a las modalidades de participación política y a toda su dotación de derechos y deberes¹⁵. La íntima relación entre derechos fundamentales y persona impide que se pueda justificar una existencia sin libertad y dignidad¹⁶, y tal cosa se está haciendo si se rechaza la plena equiparación política entre personas que están igualmente afectadas por el proceso de toma de decisiones.

En suma, la igualdad jurídica debe ser igualdad en derechos, también, entre otras cosas, para participar con plenitud en todo tipo de procesos democráticos. Si, como sostiene Massimo La Torre, «la ciudadanía no es el punto de llegada de la integración, sino el punto de partida que permite que se lleve a la práctica»¹⁷, debemos superar de manera definitiva los restos de liberalismo que anidan en nuestro sistema y que avalan la diferenciación entre ciudadanos activos y pasivos, y asumir que en democracia no puede haber súbditos, ciudadanos de segunda. La cuestión no es por qué se han de reconocer derechos a los extranjeros, sino ¿por qué no?¹⁸.

¹⁴ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 73-96. FERRAJOLI fundamenta en la libertad de circulación su concepción de la ciudadanía y de los derechos a ella inherentes, como se puede leer en «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti* (a cura di Danilo Zolo), Laterza, Roma-Bari, 1999 (2.ª edición), pp. 263 ss.; este trabajo de FERRAJOLI puede leerse también en *Derechos y garantías. La ley del más débil... cit.*, pp. 97 ss.

¹⁵ *Storia della cittadinanza in Europa. I. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma/Bari, 1999-2001, p. VII. Véase también su contribución en este mismo monográfico.

¹⁶ S. РОДОТÀ, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010, p. 57.

¹⁷ *Cittadinanza e ordine político. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Turín, 2004, p. 265

¹⁸ Defiende la expansión de la ciudadanía R. BAUBÖCK, «Expansive Citizenship: Voting beyond Territory and Membership», *Political Science and Politics*, Vol. 38, núm. 4, 2005, pp. 683-687; sobre la

II. ESTADO LIBERAL, SOBERANÍA NACIONAL, LEGITIMIDAD RACIONAL Y DISTINCIÓN ENTRE CIUDADANOS «ACTIVOS» Y «PASIVOS»

La atribución de la soberanía a la Nación¹⁹, como forma de proporcionar seguridad y protección a la sociedad dotada de Constitución²⁰, no es un presupuesto ontológico a la tesis de la soberanía nacional, sino que es la consecuencia de entender que puesto que «*los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*» (art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, DDHC), «*el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión*» (art. 2 DDHC).

Como se ha dicho de forma gráfica, la protección de los derechos y la afirmación de la soberanía nacional son hijas del mismo proceso histórico. La concentración de «*imperium*» en el Legislador intérprete de la voluntad general aparece como máxima garantía de que nadie podrá ejercer poder y coacción sobre los individuos sino en nombre de la ley general y abstracta. Así se lucha contra un pasado en el que la estructura estamental de la sociedad, de los derechos y de los poderes impedía, al mismo tiempo y en la misma medida, la afirmación de los derechos individuales y un poder público unitario²¹.

Lo cierto es que de manera paulatina se pasa de una legitimidad tradicional a una legitimidad racional como consecuencia del considerable aumento de la complejidad del poder²², y es que cuando se llega a cierto grado de complejidad social en la comunicación la legitimación del poder político no puede ser ya de carácter «*natural*», sino que ha de ser elaborada por el propio sistema político. Resulta necesario garantizar que las decisiones vinculantes serán aceptadas como premisas de comportamiento, sin que se tenga que especificar de antemano qué decisiones concretas se adoptarán. La legitimidad mediante el procedimiento, y a través de la igualdad de posibilidades de obtener decisiones satisfac-

cuestión de la atribución del derecho de voto, véase el análisis de BLAIS, MASSICOTTE y YOSHINAKA, «Deciding who has the right to vote: A comparative analysis of election laws», *Electoral studies*, núm. 20, 2001, pp. 42-62.

¹⁹ «*El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella*», art. 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano; en adelante, DDHC.

²⁰ «*Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución*», art. 16 DDHC.

²¹ Así, M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apunte de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996, p. 58.

²² Véanse M. WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974 (2.ª edición), Tomo I, pp. 170 ss., y Tomo II, pp. 706 ss.; y M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Westdeutscher, Opladen, 1990 (4. Auflage), p. 320.

torias, pasa a ocupar el lugar de las antiguas motivaciones iusnaturalistas o de los métodos de creación de consenso basados en el intercambio²³.

Y el procedimiento que otorga legitimidad, que garantiza la aceptación social de las decisiones futuras, es el legislativo, lo que a su vez reposa en la confianza sobre la labor que llevará a cabo el Legislador. La racionalidad que debe caracterizar ahora al proceso de legitimación, y que se enmarca en un proceso de más amplio calado, la Ilustración²⁴, descansa, como es sabido, en el sometimiento del poder a los dictados de la Razón, que tiene que presidir la adopción de las decisiones en la institución parlamentaria, donde se discute y aprueba lo que ha de constituir el interés general.

Pero en lo que a los individuos se refiere, lo que les preocupa no es tanto intervenir en el gobierno del Estado, como asegurar la libertad de la sociedad, por lo que se propugna una neta separación entre estos ámbitos que les permita a ellos dedicarse a sus actividades privadas. Es éste, como dirá más adelante Benjamín Constant, el rasgo que caracteriza a la «libertad de los modernos» frente a la «de los antiguos»²⁵.

Por esta razón, el nombramiento de representantes persigue que se ocupen del ámbito de lo público, sin que se perturben las actividades sociales, dispensando así al resto de los ciudadanos de cualquier preocupación por el funcionamiento de los poderes del Estado, y al mismo tiempo estableciendo mecanismos de seguridad frente a los propios poderes del Estado, pues la elección periódica de los que han de articular y dar forma a la voluntad estatal evita que se institucionalicen los abusos. Este último es el objetivo ínsito en la teoría política utilitarista, en particular en la obra, de raigambre ya liberal-democrática, de Bentham²⁶, lo que ha a su vez ha impulsado a Macpherson a englobar esta forma de entender la articulación del Estado bajo la rúbrica de «democracia como protección para el hombre de mercado»²⁷.

²³ N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Darmstadt/Neuwied, 1978 (3. Auflage), p. 30; siguiendo a este autor, cabe hablar de legitimidad para referirse a la disponibilidad generalizada para aceptar, dentro de determinados límites de tolerancia, decisiones todavía indeterminadas en su contenido; *cit.*, p. 28; también en *Die Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, pp. 147 ss.

²⁴ Véase ERHARD, KANT y otros: *¿Qué es Ilustración?*, Estudio preliminar de AGAPITO MAESTRE, Tecnos, Madrid, 1989.

²⁵ *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 269 ss.

²⁶ J. BENTHAM desarrolla las cautelas necesarias para evitar el abuso de poder por parte de los parlamentarios en su «Código constitucional», donde pone de manifiesto la conveniencia de limitar la duración del mandato, impedir la reelección inmediata de los representantes y habla incluso de la posibilidad de revocar a un parlamentario si lo solicita la cuarta parte de los electores y éstos lo deciden por mayoría; véase al respecto *Constitutional Code. Volume I*, (edited by F. ROSEN and J. H. BURNS), Clarendon Press, Oxford, 1991, (reprinted), pp. 117 ss.

²⁷ *La democracia liberal y su época*, Alianza, Madrid, 1981, pp. 35 ss.

Los derechos «*naturales, inalienables y sagrados del hombre*» (Preámbulo DDHC) son los que Constant calificaría de «*libertad de los modernos*»; es decir, «*la seguridad en los disfrutes privados*»²⁸. Para garantizar dicho disfrute y, en consecuencia, el cumplimiento del objetivo de toda organización política, se confiere a unos determinados individuos, los «*ciudadanos activos*», la misión de elegir a otros, los «*electores*», que, a su vez, nombrarán a los «*representantes de la Nación*», quienes ejercerán por delegación de ésta el poder legislativo.

La razón que explica la asignación de esa tarea a los «*ciudadanos activos*» y la confianza en que desarrollarán de manera correcta su labor, reposa en la certeza de que son los que están capacitados para llevar a cabo una elección dirigida en exclusiva a conseguir que la ley será «*la expresión de la voluntad general*» (art. 6 DDHC) y, en consecuencia, el instrumento adecuado para establecer los únicos límites admisibles a la libertad de las personas («*la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley*» (art. 4 DDHC).

En definitiva, el objetivo de la institución representativa se centra en la búsqueda del interés general de la Nación, no en la tutela de intereses concretos y particulares, cuya realización se confía directamente a los propios mecanismos sociales; se trata, y esto es lo importante, de dotar a la representación de un contenido político, abstracto, en lugar de los concretos y específicos contenidos propios de la época estamental²⁹.

La nueva concepción del Estado determina el diferente sentido de la representación. Y como ahora el poder soberano se atribuye a la Nación, lo que excluye que el monarca y, en general, cualquier individuo o institución pueda ser considerado soberano, esa Nación, de la que emanan todos los poderes y que no puede ejercerlos más que por delegación, necesitará la intervención de los representantes³⁰. La soberanía es ahora una potestad esencialmente nacional que existe en razón del interés de la Nación y no del interés personal del monarca. No es un atributo personal del rey ni de los gobernantes, por lo que no

²⁸ *Cit.*, p. 269.

²⁹ Véanse, sobre estas cuestiones, J. VARELA SUANZES, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; en especial las pp. 175 ss., relativas a la naturaleza de los sujetos de imputación del poder y la teoría de la representación; y Á. GARRORENA MORALES, *Representación política y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 23 ss.

³⁰ En palabras de J. LOCKE, «resulta evidente que la monarquía absoluta, a la que ciertas personas consideran como el único gobierno del mundo es, en realidad, incompatible con la sociedad civil, y, por ello, no puede ni siquiera considerarse como una forma de poder civil», en *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1973, p. 66.

les pertenece ni puede ser ejercida por ellos en beneficio propio³¹. La soberanía tiene, en esencia, un componente negativo: se trata de atribuir el poder a una entidad que no pueda ejercerlo por sí misma, con lo que se evitan posibles actuaciones abusivas sobre la sociedad.

De esta manera, como ya se ha apuntado, la estructuración del poder contribuye de manera decisiva a la protección de los derechos de los individuos. Por otra parte, al ser la Nación un sujeto ideal, distinto de la suma de los individuos que lo componen, necesita un sistema para la expresión de su voluntad, el representativo. Así, el principio de soberanía nacional se presenta, tanto desde una perspectiva lógica como desde un punto de vista histórico, unido al sistema representativo³².

En realidad los representantes no manifestaban una voluntad preexistente, sino que la constituían; por este motivo, ostentaban esa condición en la medida en que decidían por la Nación y esta función la desempeñaban, no a título particular, sino como integrantes de esa Asamblea a la que se calificaba como Nacional. Lo relevante era que los diputados «quisieran» por la Nación; eso les convertía en auténticos representantes y no el hecho de que hubieran sido elegidos, puesto que, en realidad, no lo habían sido por la entidad a la que representaban, sino por unos ciudadanos a los que se les había encomendado, por parte del titular de la soberanía, esa función. De este presupuesto se derivaban varias e importantes consecuencias tanto en lo que hacía referencia a la propia condición de representante como en lo relativo a la función electoral.

Respecto de la primera cuestión, es necesario recordar que, como disponía el art. 2 del Título III de la Constitución de 1791, «*La Nación, de la que emanan todos los poderes, no puede ejercerlos más que por delegación. La Constitución francesa es representativa (...)*». Es decir, el ejercicio de los poderes soberanos no era directo, sino a través de una delegación que se atribuía a los representantes y esta condición, según el mencionado precepto, la ostentaban «*el Cuerpo legislativo y el Rey*». De este modo se atribuía la condición de representante al Rey a pesar de que, por definición, su cargo no se debía a una elección, y esa atribución se fundamentaba, precisamente, en su carácter de delegado de la Nación para, entre otras tareas, colaborar al ejercicio del poder legislativo y desempeñar el poder ejecutivo. El Rey era representante en tanto contribuía a manifestar la voluntad de la Nación. Por la misma razón, no eran representantes de la Nación, a pesar de que sí habían sido elegidos, los «*administradores*», puesto que no tenían la facultad de «*querer por ella*».

³¹ R. CARRÈ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Sirey, París, 1922, volumen II, pp. 170 ss.

³² Sobre la soberanía nacional y el fundamento de los poderes del Estado, véase R. PUNSET BLANCO, «En el Estado constitucional hay soberano. Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, núm. 1, 1998, pp. 339 ss.

En segundo lugar, y por lo que respecta a la elección de los representantes, se concebía como una función que la Nación encomendaba a una parte de los ciudadanos para que éstos, en nombre y por cuenta de aquélla, seleccionasen a los que iban a constituir la voluntad nacional.

La elección era, pues, otra tarea delegada por la Nación y podía encomendarla a los que considerase más capacitados. Y la manera de asegurar que la ley sería la expresión de la voluntad general y no manifestación de voluntades particulares, puesto que «ya no hay, para ninguna parte de la Nación, ni para ningún individuo, privilegio o excepción alguna al derecho común de todos los franceses» (Preámbulo de la Constitución de 1791), era confiar su elaboración, directa («representantes de la Nación») e indirecta («ciudadanos activos» y «electores»), a quienes, racionalmente, carecían de intereses propios en su aprobación por tener ya asegurada de modo particular la satisfacción de los mismos.

Si la soberanía nacional se dirigía a garantizar que los individuos integrantes de la Nación serían libres e iguales en sus derechos naturales e imprescriptibles (libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión), para la consecución de este objetivo no era necesario que todos ellos articulasen la voluntad de la Nación; bastaba que dicha tarea se encomendase a los capacitados para ello, los «ciudadanos activos». Tampoco los ciudadanos franceses, «activos» o «pasivos», eran titulares de la soberanía, que pertenecía a la Nación; «ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio» (art. 1 del Título III), objetivo éste que sería más bien propio de la «libertad de los antiguos», preocupados por «el reparto del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria»³³.

En todos estos rasgos se aprecia la diferencia entre el Estado liberal y su evolución representada por el Estado democrático, al que se llegará cuando se produzca un cambio radical en la forma de concebir la libertad, no en una mera evolución de la misma del Estado liberal al democrático. Aunque ambos «tienen como preocupación fundamental la libertad, no se puede sostener que se trata sólo de dos perspectivas distintas, negativa y positiva, de una misma idea de libertad. Una y otra enfocan objetivos diferentes: la primera, el individuo y su libertad; la segunda, la sociedad y su libertad, la de todos y cada uno de sus miembros. El liberalismo busca la protección de la libertad individual e instrumenta la libertad de participación como un medio para asegurarla. La democracia busca la libertad de todos, por lo que convierte la libertad de participación en la máxima libertad del ciudadano»³⁴.

³³ CONSTANT, *cit.*, p. 269.

³⁴ F.J. BASTIDA FREIJEDO, «Elecciones y Estado democrático de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, p. 123.



III. ESTADO DEMOCRÁTICO, SOBERANÍA POPULAR, LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y DESAPARICIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE CIUDADANOS «ACTIVOS» Y «PASIVOS»

Si la soberanía de la Nación se entrecruzaba con la libertad y seguridad que se pretendían garantizar a los individuos, la soberanía popular está ligada a la tutela de los derechos de participación en la toma de las decisiones políticas de la comunidad, fórmula a través de la cual se produce la autodeterminación política de los individuos y, en definitiva, el pueblo gobernado se convierte en pueblo gobernante.

La garantía de la participación de los ciudadanos en determinados ámbitos políticos de la organización estatal hace posible la expresión del pluralismo existente en la sociedad y la intervención en el ejercicio efectivo del poder soberano. Sin el reconocimiento y tutela de la participación no hay democracia porque aquélla es su fundamento funcional; participación y conformación del *status* político representan las garantías constitutivas del orden democrático³⁵. Como se ha dicho, la exigencia no es tanto que la decisión la adopten todos (democracia plebiscitaria), como que todos puedan participar (democracia deliberativa)³⁶.

La participación, como elemento esencial de realización democrática del sistema, puede organizarse de diferentes formas, siendo las principales la intervención directa de los individuos y su actuación a través de representantes. La organización de estas formas de participación debe garantizar la realización del principio democrático, por lo que la opción en favor de una u otra ha de responder al objetivo ínsito en ese principio, lo que en unos casos demandará la intervención inmediata de los ciudadanos y en otros se articulará merced a los representantes³⁷.

En definitiva, la intervención de los integrantes de la sociedad en la adopción de las decisiones políticas fundamentales para el desarrollo de la comunidad es la esencia y el valor de la democracia moderna y esa participación se realiza de modo principal, aunque no único, a través de la posibilidad de elegir a los representantes y de decidir de modo

³⁵ Véase H.-P. SCHNEIDER, «Eigenart und Funktionen der Grundrechte im demokratischen Verfassungstaat», en *Grundrechte als Fundament der Demokratie* (Hrsg. von Joachim Perels), Suhrkamp, Frankfurt, 1979, pp. 28 ss.; (hay traducción española recogida en la obra *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 140 ss.).

³⁶ Así, F.J. BASTIDA FREIJEDO, «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos*, ... núm. 1, p. 450.

³⁷ En palabras de MACPHERSON, «la combinación de un mecanismo democrático directo/indirecto piramidal con la continuación del sistema de partidos parece fundamental. El sistema piramidal es lo único que permitirá incorporar una democracia directa en una estructura nacional de gobierno, y hace falta una medida importante de democracia directa para llegar a algo que se pueda calificar de democracia participativa. Al mismo tiempo, debe suponerse que existen partidos políticos competitivos, partidos cuyas reivindicaciones no se puedan aplastar sin incurrir en incoherencia con lo que cabe calificar de democracia liberal». *La democracia liberal y su época... cit.*, p. 135.

inmediato sobre la adopción de concretas medidas políticas o sobre la aprobación de normas jurídicas relevantes.

A diferencia de lo que sucedía en la época liberal, en la que la intervención de los individuos en el ejercicio del poder cumplía, en última instancia, una función legitimadora de las limitaciones impuestas por el Legislador a la libertad «natural» de las personas, en un sistema democrático, la posibilidad, articulada jurídicamente, de que los individuos pueden participar en el ejercicio del poder, sirve para canalizar el flujo de comunicaciones políticas de la sociedad al Estado, con lo que se hace posible que la comunidad política se constituya como tal en la medida en que se autodetermina de manera constante y puede decidir el sentido de su orientación política; se alcanza así una nueva legitimidad, una legitimidad democrática.

La posibilidad jurídica de ejercer esta forma de autogobierno es un atributo reconocido a los integrantes de una sociedad determinada y una garantía de la propia existencia democrática de esa comunidad. De esta manera, se puede articular políticamente dicha sociedad asegurando que los individuos que lo deseen podrán configurarla de conformidad con sus designios. Con ello no se busca fundamentar la participación en un derecho natural preexistente a la organización del poder político, sino poner de relieve que ese poder es democrático si se ejercita y desarrolla según la orientación que le otorgan en cada momento los destinatarios inmediatos de sus decisiones.

Con estas premisas, el ejercicio de la soberanía en un sistema democrático está al servicio de la expresión plural de las comunicaciones políticas de las personas y su efectiva realización constituye el auténtico banco de pruebas del carácter libre y plural de la sociedad organizada en Estado, una vez superados los estadios correspondientes al Estado de Derecho y al Estado Social de Derecho. Por este motivo, los derechos de participación política deben alcanzar al conjunto de individuos que se colocan en la posición de destinatarios habituales, en tanto que residentes continuados en un territorio, de las normas jurídicas emanadas por la organización política que ejerce el poder en ese territorio.

Si, por utilizar, las palabras de Hans Kelsen, la democracia es la idea de una forma de Estado o de sociedad en la que la voluntad colectiva o, más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo —«*Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo*»—, habrá que preguntarse con él «¿qué es el pueblo?»³⁸.

El pueblo que participa en el ejercicio del poder ha de ser el reflejo más exacto posible del pueblo que en cuanto tal, y por eso sometido a un sistema jurídico, es el destinatario inmediato de las normas que integran ese ordenamiento. Estaríamos así ante un pueblo

³⁸ V. *Wesen und Wert der Demokratie* (Neudruck der zweiten, umgearbeiteten Auflage von 1929, Tubinga), Scientia Verlag Aalen, 1963, p. 15.

entendido, en palabras de Häberle, como una «*asociación de ciudadanos*» y la democracia es el «*imperio de los ciudadanos*», no del pueblo en el sentido rousseauiano³⁹.

Si en democracia no cabe la separación política entre el Estado y el pueblo, tampoco puede admitirse la diferenciación, con consecuencias jurídicas, entre la sociedad y el pueblo, distinción propuesta por Josef Isensee para explicar por qué en la República Federal de Alemania los extranjeros disfrutaban de los derechos fundamentales como integrantes de la sociedad, pero no del derecho de participación política, reservado al pueblo alemán y del que ellos no forman parte⁴⁰. Según este autor, la consecuencia práctica de la diferenciación entre pueblo y sociedad es que los extranjeros que se han integrado en la sociedad alemana a través de la residencia y la actividad profesional disfrutaban de los derechos fundamentales, pero no pueden acceder al derecho de sufragio en los ámbitos estatal ni municipal. No tienen derecho a decidir sobre la representación de un pueblo del que no forman parte. «La democracia impide decidir por otro»⁴¹.

Esta concepción toma como punto de partida una precomprensión «*nacional*», ligada a la nacionalidad, de la noción de pueblo, y concluye en la atribución de los derechos políticos de la ciudadanía a los nacionales. Se asimila el ciudadano al nacional, cuando, al menos es la tesis que aquí se mantiene, la condición de ciudadano tendría que otorgarse, con sus derechos y obligaciones, a todo el que se somete de forma prolongada en el tiempo a un determinado ordenamiento, sea o no nacional del Estado en cuestión.

Esta aproximación del pueblo gobernado al pueblo que gobierna, de la sociedad al Estado, se desenvuelve a lo largo de un proceso histórico y se construye a partir de una serie de abstracciones dirigidas a otorgar la condición de miembro de la sociedad y, por lo tanto, integrante del pueblo gobernado que puede actuar como parte del pueblo gobernante, a todo el que, dotado de capacidad para participar en la formación de comunicaciones políticas relativas al autogobierno de una comunidad, se somete con cierta continuidad temporal a un sistema normativo. Es este sometimiento a ese conjunto de derechos y deberes lo que le convierte en miembro de la sociedad, en ciudadano, y por tanto el que le otorga la posibilidad de opinar sobre lo que han de disponer esas normas. En puros términos de democracia, la ciudadanía se identifica así con la aceptación de las reglas que gobiernan una determinada sociedad; es esta aceptación, expresada a través de la residencia, la que convierte a un individuo, tomado en abstracto, en ciudadano.

³⁹ *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, Juristenzeitung, 1975, p. 302.

⁴⁰ Cfr. «Grundrechte und Demokratie. Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen», en *Der Staat*, 1981, pp. 161 ss.; en el mismo sentido, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, pp. 311 ss.

⁴¹ *Ibidem*, p. 166.

Cuando el Estado admite que un individuo tenga la condición de residente surge una relación integrada por un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos que tendría que desembocar en una posición jurídica unitaria: la de ciudadano. De esta manera se puede calificar la ciudadanía como una relación jurídica⁴² y no como un concreto *status* de la persona; es decir, como una particular esfera de capacidad jurídica en la que el individuo se ve inmerso cuando entra en relación con el Estado.

La teoría de los *status* mantiene en esencia los rasgos dibujados por Jellinek en su *System der subjektiven öffentlichen Rechte*⁴³. Para este autor, toda exigencia de Derecho público nace de una determinada posición de la persona respecto del Estado, posición que es designada como un *status*. De acuerdo con esta manera de entender la relación de los individuos con el Estado, no cabe reconocerle a los primeros una posición unitaria, puesto que su capacidad jurídica se fragmenta en una multiplicidad de *status* diferentes: pasivo, negativo, positivo y activo⁴⁴. Como consecuencia, los derechos subjetivos son pretensiones jurídicas que se derivan de esas cualificaciones concretas de la personalidad⁴⁵.

Jellinek concibe el *status* pasivo (*status subjectionis*)⁴⁶ como aquel en el que el individuo se encuentra sometido a una serie de mandatos o prohibiciones de cualesquiera tipo frente al Estado, que, en consecuencia, está así dotado de la competencia para imponerlos. El *status* negativo (*status libertatis*) se puede definir como una esfera individual libre de la autoridad estatal⁴⁷. En este ámbito nos encontramos ante una exclusión del *imperium* del Estado, que no puede intervenir en determinadas áreas de la existencia individual (la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia, (...)). La esfera de libertad del individuo está formada por todo aquello que queda fuera de las limitaciones que le han sido impuestas. De esta posición de la persona nace la exigencia de que desaparezcan todas las intromisiones del Estado que lesionan la libertad.

El *status* positivo, o *status civitatis*, concede al individuo pretensiones jurídicas positivas. De esta manera, los miembros de un mismo pueblo participan de la vida jurídica

⁴² El concepto de relación jurídica que aquí se utiliza es el desarrollado por Kelsen en sus obras *Reine Rechtslehre* (Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960), Frank Deuticke, Viena, 1976, pp. 167 ss., y en *Allgemeine Staatslehre* (Nachdruck der resten Auflage von 1925), Verlag Dr. Max Gehlen, Berlín, 1966, pp. 82 ss., y 144 ss.

⁴³ Esta obra se ha consultado en la versión ofrecida por la segunda reimpression de la segunda edición (Tubinga, 1919), publicada por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, en 1979.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 87 ss.

⁴⁵ Para un análisis pormenorizado de la teoría de los *status* de Jellinek en relación con los derechos fundamentales, véase R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985, pp. 229 ss.; analiza de manera crítica dicha teoría en relación con la nacionalidad, M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padua, 1997, pp. 17 ss.

⁴⁶ *System... cit.*, pp. 288 ss.

⁴⁷ *Cit.*, pp. 94 ss.

mediante la protección que el ordenamiento confiere a sus intereses particulares⁴⁸. Por último, el *status* activo (*status activae civitatis*)⁴⁹ se otorga cuando el Estado reconoce al individuo la posibilidad de actuar por cuenta suya, de la que resulta la situación de ciudadano activo, que se corresponde con el ejercicio de los derechos políticos.

Pues bien, en la actualidad, y sin entrar en cuestiones que exceden el objeto propio de estas páginas, la teoría de los *status* se aplica en materia de derechos políticos, al igual, como resulta obvio, que en otros ámbitos del ordenamiento⁵⁰. El *status* que presupone la titularidad de los mencionados derechos es el de nacional, por lo que las personas que tiene el estatuto de extranjeros no son titulares de ellos.

Jellinek diría que sólo los españoles pueden ostentar el *status activae civitatis*, salvo en las elecciones municipales y, en el caso de los nacionales de los países pertenecientes a la Unión Europea, en los comicios al Parlamento Europeo. En los términos del art. 13.2 de nuestro texto constitucional, «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23 de nuestra Constitución, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». Y en materia de derechos políticos ese *status* es inalcanzable para el extranjero incluso en el plano legal, pues tampoco el Legislador, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos fundamentales, puede reconocerles esa condición a través de una ley o la ratificación de un tratado internacional; no en vano el contenido del apartado segundo del art. 13 es una excepción a lo dispuesto en el número primero («Los extranjeros gozarán en España de las libertades que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley»).

A pesar del carácter netamente democrático de nuestro sistema constitucional, seguimos inmersos en una concepción «nacional» de la ciudadanía; en la teoría de los *status* (nacional/extranjero), que trae causa de la consideración del «pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado» como el pueblo formado por las personas que tienen la nacionalidad española. El propio reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros en las elecciones municipales conecta con esta idea: puesto que en estas elecciones no se pone en juego el ejercicio de la soberanía, cabe que en ellas intervengan los no nacionales. Su participación no pone en peligro la voluntad del Estado puesto que la misma no se articula en elecciones como las que seleccionan la composición de las corporaciones locales. En esta línea, nuestro Tribunal Constitucional, en la *Declaración de*

⁴⁸ *Cit.*, pp. 114 ss.

⁴⁹ Pp. 136 ss.

⁵⁰ Por citar un ejemplo relevante dentro de la teoría política y sociológica, T.H. MARSHALL se sirve de la idea de *status* para articular su concepto de «ciudadanía» en su obra *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge University Press, 1950.

1 de julio de 1992, argumenta que «*tampoco la proclamación inscrita en el art. 1.2 de la Constitución queda contradicha, ni afectada siquiera, por el reconocimiento del sufragio pasivo, en las elecciones municipales, a un determinado círculo o categoría de extranjeros. Sin entrar en otras consideraciones, ahora ociosas, será suficiente advertir, para fundamentar lo dicho, que la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en elecciones a órganos representativos sólo podría ser controvertida, a la luz de aquel enunciado constitucional, si tales órganos fueran de aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía*» (FJ 3.º C). En pocas palabras, en las elecciones locales, a diferencia de lo que sucede con las autonómicas y generales, no se ejerce la soberanía y, por tanto, puede reconocerse a los extranjeros el derecho de participar en ellas como electores y como candidatos.

Pero si se toma como punto de partida la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este argumento adolece, en primer término, de una incoherencia conceptual: si en las elecciones municipales el pueblo español no ejerce la soberanía tampoco lo hace, a pesar de lo sostenido por el Alto Tribunal en la citada Declaración, en las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Como se dijo de manera clara en una de las primeras sentencias: «*ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía —y aun este poder tiene límites—, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido (...)*» (STC 4/1981, FJ 3).

Las elecciones autonómicas no están «*ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía*» puesto que en ellas ni interviene el «pueblo español», sino los ciudadanos que tienen su vecindad administrativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, ni —en los términos que utiliza nuestro Tribunal Constitucional— se ejerce la soberanía. Por tanto, no hay una diferencia sustancial entre estos comicios y los de los entes locales, por lo que si en estos últimos se admite la participación de los extranjeros también habría de reconocerse en los primeros.

Pero es que en términos de coherencia democrática, la verdadera disyuntiva no es entre nacional y extranjero, sino entre persona sujeta continuadamente al ordenamiento —español residente y extranjero residente permanente— y persona sujeta de forma circunstancial —español no residente, extranjero residente temporalmente—. Y es que, como se ha dicho con acierto, «el pueblo soberano lo forman no los nacionales, sino los ciudadanos; las generaciones vivas de ciudadanos, no las generaciones vivas de los que pertenecen a una comunidad de descendencia (nación)»⁵¹.

⁵¹ F. BASTIDA FREIJEDO, «La soberanía borrosa: la democracia»... *cit.* p. 413; previamente, en el mismo sentido, J. Habermas, *Facticidad y validez*... *cit.* pp. 620 ss., y G. Gozzi, «Cittadinanza e democrazia.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Se empezaban estas páginas recordando que un pueblo es pueblo gobernado en virtud de su pertenencia-sujeción a la Constitución; en términos democráticos, a los integrantes de ese pueblo que tengan plena capacidad de autodeterminación política debe pertenecerles la Constitución como pueblo gobernante. Y en el caso español, no debe resultar trivial que en el mismo precepto (art. 9) en el que se prevé que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1), a continuación se manda a esos mismo poderes públicos promover «*las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*» (art. 9.2). El pueblo sometido del art. 9.1 debe coincidir lo máximo posible con el pueblo que participa del art. 9.2.

Waldron sugiere que la defensa del derecho de participación tiene menos que ver con la expectativa mínima de impacto decisivo del voto de cada uno y más con evitar el insulto, el deshonor —en términos aristotélicos— o la denigración que se produce cuando las opiniones de uno son menos tenidas en cuenta que las de los demás en una cuestión que afecta tanto a unos como a otros. Pues bien, aunque la consciencia de la escasa relevancia que puede tener no ya el propio voto sino, más en general, la acción política democrática, parece algo asentado en el contexto actual de globalización y grave crisis económica —lo que Dani Rodrik llama el «*trilema político fundamental*»—, eso no justifica, en los términos de Waldron, que se mantenga en nuestro sistema representativo la «*denigración*» de los extranjeros residentes.

Puesto que los sujetos de forma continuada al ordenamiento jurídico no son solo los nacionales, la comunidad política no puede seguir organizándose, a diferencia de como ocurre todavía en la mayoría de los Estados democráticos modernos, a partir de la reconducción del *demos* ciudadano al *ethnos* nacional, a esa «*patria común e indivisible de todos los españoles*» (art. 2 CE) entendida, natural e históricamente como un destino, sino desde la concepción del «*patriotismo constitucional*», que, como es conocido, consiste en la creación de un sentimiento de pertenencia a una comunidad asentado sobre la adhesión a los valores democráticos y el respeto a los derechos reconocidos por la Constitución.

Y es que la nación de ciudadanos encuentra su identidad no en rasgos comunes de tipo étnico-cultural, sino en la praxis de ciudadanos que ejercen activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación⁵². Este patriotismo *habermasiano* parte de

Elementi per una teoria costituzionale della democrazia contemporanea», en *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee* (a cura di Gustavo Gozzi), Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 199 ss.

⁵² *Facticidad y validez...* cit. p. 622.

la consideración de que el Estado nacional había fundado una estrecha conexión entre *ethnos* y *demos*, pero sostiene que conceptualmente la ciudadanía fue desde siempre independiente de la identidad nacional⁵³.

Por otra parte, llama la atención que cuando se opta en la Norma Fundamental por el mantenimiento del vínculo entre *ethnos* y *demos*, en numerosas ocasiones el Legislador articula esa relación sobre una construcción falaz del *ethnos*. Es, por ejemplo, lo que sucede en el ordenamiento español cuando al establecer las condiciones de acceso a la nacionalidad, imprescindible para el ejercicio pleno de la ciudadanía, el art. 22 del Código Civil prevé que «para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes». Bastará un año, entre otras situaciones, para «el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles». Como es sabido, además el interesado deberá justificar, «en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española»⁵⁴.

Lo llamativo, en primer lugar, es que tengan la misma consideración los «nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes». Es difícil de justificar esta equiparación entre personas que entre sí pueden tener importantes diferencias y, desde luego, no parece que en la actualidad se pueda presumir que una persona originaria de Filipinas o Guinea Ecuatorial está más próxima al *ethnos* español, si es que tal cosa existe, que otra originaria de Marruecos o de Francia. Es la evidencia de que todavía late ahí una visión «colonial» del *ethnos* si bien matizada por razones políticas, pues en otro caso no se entiende el trato preferente a los sefardíes⁵⁵ y la no inclusión de los saharauis, a pesar de que estos últimos fueron hasta hace bien poco tiempo españoles⁵⁶.

⁵³ *Ibidem*, pp. 622-623.

⁵⁴ Véanse al respecto J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho de la nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1992; M.P. GARCÍA RUBIO, «Consolidación de la nacionalidad española», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1992, pp. 929-1009, y los numerosos trabajos de A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, en particular: *La nacionalidad española: análisis de la normativa vigente*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, y *Nacionalidad española: normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

⁵⁵ Conforme a una Instrucción de la Dirección de los Registros y el Notariado de 16 mayo 1983 «(...) los sefardíes, cualquiera que sea su religión o aunque no tengan ninguna... pueden beneficiarse del plazo abreviado (...). Tal condición habrá de demostrarse por los apellidos que ostente el interesado, por el idioma familiar o por otros indicios que demuestren la tradición de pertenencia a tal comunidad cultural».

⁵⁶ De acuerdo con el fundamento quinto de la Sentencia 1026 de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1998, «de lo que no cabe duda, con referencia a la "nacionalidad" de los saharauis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de "españoles indígenas",

En todo caso, nos parece que si se tiene en cuenta la conexión con el *ethnos* para favorecer la adquisición de la nacionalidad, también tendría que considerarse para favorecer la participación política a los residentes con ese pasado común o con similitudes culturales; es lo que sucede en Gran Bretaña con los nacionales de países de la *Commonwealth* y los irlandeses; en Irlanda y Australia con los británicos y en Portugal con los brasileños con «*estatuto político especial*».

En segundo lugar, y puesto que la adquisición de la nacionalidad lleva aparejada la plenitud de derechos de ciudadanía, el otorgamiento de la misma «*por carta de naturaleza*», lo que se hace, según el art. 21 del Código Civil, «*discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurran circunstancias excepcionales*», exigiría una mayor concreción legal de las razones que la avalan y, desde luego, una revisión de su aplicación práctica, que, como se ha dicho⁵⁷, está desembocando en la intrascendencia de los factores de arraigo territorial y cultural del sujeto con España; en la gravitación de la institución sobre el exclusivo interés del solicitante con olvido del interés nacional; en su concepción como exclusivo instrumento de «*premio*» abstracto a no se sabe muy bien qué méritos y en la innecesariedad de que el sujeto resida en España en el momento del otorgamiento⁵⁸.

Y siendo esto así, es necesario, como ya se ha dicho, «*democratizar*» el acceso a la nacionalidad cuando se trata de una condición para el disfrute de la ciudadanía⁵⁹. Pero, compartiendo la idea de que se favorezca, reduciendo plazos y requisitos, la adquisición de la nacionalidad a los extranjeros que lo deseen, entendemos que esa no debe ser la única vía para que los residentes puedan ejercer con plenitud el derecho de sufragio.

Nos parece que si definimos el pueblo del Estado no con arreglo al criterio de la nacionalidad sino con el de la residencia, esta configuración contribuiría a dotar de mayor

habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que "los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia"; véase al respecto M.P. GARCÍA RUBIO, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998. reconocimiento de la nacionalidad española a saharauí nacido en El Aaiún», Anuario de Derecho Civil, 1999, pp. 425-432.

⁵⁷ T. HUALDE MANSO, «Concesión de nacionalidad por carta de naturaleza. Una institución y una práctica discutibles», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 9/2012.

⁵⁸ Los ejemplos de la concesión a Ricky Martín y Benicio del Toro, por Reales Decretos de 4 de noviembre de 2011, son tan ilustrativos como los de la panoplia de deportistas de élite que nutren algunas de nuestras selecciones o participan en competiciones españolas sin ocupar así la plaza de «*extranjero*».

Por mencionar lo que, por contraste, sucede en Alemania, con la reforma del derecho de nacionalidad, que entró en vigor el 1 de enero de 2000, se requiere, entre otras cosas, que el solicitante domine fluidamente el idioma alemán, disponga de lazos muy intensos y fuertes con la cultura alemana y con Alemania, conozca los fundamentos básicos del ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, goce de una situación económica sólida, y exista un interés público en su naturalización.

⁵⁹ Sobre esta necesidad véase, por todos, B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia...* cit. pp. 160 ss.



legitimidad democrática al ordenamiento⁶⁰. En primer lugar, porque de esta manera se podría articular la ciudadanía de las personas a partir de su decisión voluntaria de instalarse en un concreto territorio, siempre que se cumplan las exigencias impuestas por el Estado para la entrada en su espacio geográfico. La persona puede intervenir así en la adquisición o pérdida de la ciudadanía, y su pertenencia a un determinado Estado está ligada al principio de voluntariedad⁶¹.

La ya mencionada libertad de residencia y circulación sobre la que se articula el derecho de la Unión Europea haría posible, si los Estados miembros vinculasen la ciudadanía política a la residencia, una mayor integración de los nacionales de otros países en el Estado de residencia y, quizá, podría servir para promover desde ahí una suerte de «*patriotismo constitucional europeo*»⁶², de sentimiento de pertenencia a una comunidad que se pretende construir sobre unos principios democráticos y de la proclamación de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que declara en su Preámbulo que la Unión «*está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación*»⁶³.

⁶⁰ A favor de una ciudadanía basada en la residencia se muestran, por ejemplo, M. CUNIBERTI, *La cittadinanza... cit.* pp. 520 ss.; y G. ZINCONI, *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie delle società civile*, Il mulino, Bolonia, 1992, pp. 233 ss.

⁶¹ Sobre la posibilidad de elegir la nación como base para una reconstrucción de las relaciones entre ciudadanía y soberanía, véase ENRICO GROSSO, *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Giappichelli Editore, Turín, 2001; en especial, las pp. 40 ss.; sobre la conexión del principio de voluntariedad con la pertenencia al Estado, HABERMAS, *Facticidad y validez... cit.* p. 625.

⁶² Conviene recordar la existencia de dos Directivas: la 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, modificada por la Directiva 96/30/CE de 13 de mayo de 1996, y la Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. Es interesante señalar que, según las propias Directivas, se insertan en la pretensión de crear «*una ciudadanía de la Unión*», que trascienda las barreras de las nacionalidades de los Estados miembros. Como dicen en sus Preámbulos las Directivas citadas, «*la ciudadanía de la Unión tiene por objeto integrar mejor a los ciudadanos de ésta en su país de acogida*», y con ella se «*pretende, fundamentalmente, suprimir la condición de nacionalidad que se exige actualmente en la mayor parte de los Estados miembros para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo*».

⁶³ El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de la Gran Sala de 12 de septiembre de 2006 (asunto C-145/04, *España c. Reino Unido*) ha dicho: «*(...) En cuanto a los artículos del Tratado relativos a la ciudadanía de la Unión, de ellos no puede deducirse el principio de que los ciudadanos de la Unión son los únicos beneficiarios de las demás disposiciones del Tratado, lo que implicaría que los arts. 189 CE y 190*



También aquí, pero a escala europea y no alemana, tendría sentido la construcción de Habermas dirigida a crear una identidad política postnacional que se disocie del trasfondo de un pasado explicado en términos de Historia nacional y que se centre en el «contenido universalista de una forma de patriotismo cristalizada en torno a los principios del Estado constitucional democrático»⁶⁴.

En segundo lugar, la configuración del pueblo del Estado de conformidad con el criterio de la residencia favorece la expresión de la igualdad jurídica y del pluralismo participativo que son consustanciales a un sistema democrático. La relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos de la que surgen derechos y obligaciones recíprocos tendría el mismo contenido siempre que existiera el dato objetivo de la residencia. Residencia sin más en el caso de los nacionales y durante un tiempo mínimo en el de los no nacionales. De esta manera, todas esas personas gozarían de una posición jurídica unitaria y sus derechos democráticos no dependerían de la cualificación concreta que se otorgue a su personalidad⁶⁵.

Y ello porque cuando el Estado admite que un individuo tenga la condición de residente en su territorio, nos encontramos ante un hecho con relevancia jurídica al que las normas dotan de un contenido formado por un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos que han de desembocar en una posición jurídica unitaria: la de ciudadano. De esta manera, la ciudadanía tendría que ser entendida como una relación jurídica que implica la existencia de unos derechos y obligaciones de carácter abstracto y no, como ha venido siendo hasta la actualidad, como un concreto *status* de la persona; es decir, como una particular esfera de capacidad jurídica en la que el individuo se ve inmerso cuando entra en contacto con el Estado, lo que impide que las diferentes personas tengan una posición unitaria puesto que su capacidad jurídica se fragmenta en una multiplicidad

CE sólo se aplicarían a dichos ciudadanos... Por otra parte, aunque la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros que permite a quienes se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico, dicha afirmación no tiene como consecuencia necesaria que los derechos reconocidos en el Tratado estén reservados a los ciudadanos de la Unión (...). Del conjunto de estas consideraciones resulta que, en el estado actual del Derecho comunitario, la determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo es competencia de cada Estado miembro, dentro del respeto del Derecho comunitario, y que los arts. 189 CE, 190 CE, 17 CE y 19 CE no se oponen a que los Estados miembros reconozcan ese derecho de sufragio activo y pasivo a determinadas personas que tengan un estrecho vínculo con ellos y que no sean sus propios nacionales o los ciudadanos de la Unión residentes en su territorio...».

⁶⁴ *Identities nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 94.

⁶⁵ Como dice el Tribunal Supremo de Canadá (*Sauvé c. Canada —Chief Electoral Officer—*), en su sentencia de 31 de octubre de 2002, «los derechos garantizados por la Carta no son una cuestión de privilegio o de mérito, sino de pertenencia a la sociedad canadiense que no puede ser obviada a la ligera, lo que es particularmente cierto en el derecho de voto, piedra angular de la democracia (...)».



de *status* diferentes; en este caso en el de nacional o extranjero y, dentro de este último, en el de extranjero comunitario o extracomunitario.

Debe recordarse que el ordenamiento, entendido desde una perspectiva normativa⁶⁶, no considera a los individuos en cuanto tales como el contenido de las normas jurídicas, sino que atribuye esa condición a los hechos conectados a una conducta humana. Lo que aquí se propone es que esa conducta sea la residencia continuada en un determinado territorio. Desaparecería así la diferencia jurídica, incompatible con la democracia, entre «*ciudadanos activos*» y «*ciudadanos pasivos*», entre personas que deciden y personas que únicamente soportan la decisión. Y, en rigor, en democracia no cabría hablar de «*ciudadanos pasivos*», pues la ciudadanía presupone la posibilidad jurídica de decidir, de participar, con independencia de que, de hecho, se intervenga o no.

De esta manera, no importaría tanto el derecho que en abstracto habilita a residir (la nacionalidad, la condición de ciudadano comunitario, el permiso de residencia permanente en el caso de las personas extracomunitarias) sino el ejercicio efectivo y concreto de ese derecho de residencia. Por esta razón las «*derechos de gobierno*» deberían ampliarse cuanta mayor fuera la pertenencia/permanencia (caso de los nacionales que residen en el propio territorio y de los extranjeros que por una u otra vía también residen ahí de manera indefinida) y se reducirían cuanto menor sea dicha pertenencia/permanencia (caso de los nacionales que pasan a residir de manera prolongada en otro país y de los extranjeros una vez que dejan de ser residentes)⁶⁷.

Y aunque la extranjería implica una presunción de no pertenencia al pueblo gobernado que debe actuar como pueblo gobernante, dicha presunción quedará desvirtuada por la residencia continuada en un determinado territorio. Por la misma razón, la nacionalidad implica una presunción de pertenencia a ese pueblo soberano, pero quedará desvirtuada con la ausencia prolongada del territorio nacional. Constatada la pertenencia de los nacionales al ordenamiento, éste debe, a su vez, pertenecerles; desvirtuada la pertenencia de los nacionales al ordenamiento, éste debe dejar de pertenecerles mientras no cambie esa situación.

⁶⁶ Véase al respecto, H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre...*, cit. pp. 81 ss., y 137 ss.

⁶⁷ Se puede recordar que ya en 1904 el Tribunal Supremo de Estados Unidos concluyó que los Estados podían conceder el derecho de sufragio a los que eran sólo «*ciudadanos del Estado*», aunque no fueran ciudadanos de Estados Unidos —*Pope v. Williams* 193 U.S. 621, 632 (1904)—; si bien ya no es así, numerosos Estados otorgaron el sufragio a residentes que no eran ciudadanos de Estados Unidos; como dijo expresamente ese Tribunal en *Snowden v. Hughes*, 321 U.S. 1, 7 (1943): «*The right to become a candidate for state office, like the right to vote for the election of state officers, (...) is a right or privilege of state citizenship, not of national citizenship (...)*».

Sobre este proceso, véanse los estudios pormenorizados de A. Keyssar, *The contested history of democracy in the United States*, Basic Books, Nueva York, 2000, y R. Hayduk, *Democracy for All. Restoring Immigrants Voting Rights in the United States*, Routledge, Nueva York, 2006.

En cuanto a la primera cuestión, y aunque son excepciones en el derecho comparado, la Constitución chilena proclama (art. 14) que «*los extranjeros a vecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del art. 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley*»; en el mismo sentido, la Constitución uruguaya dispone (art. 78) que «*tienen derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por lo menos, en la República*». En Ecuador, «*Las personas extranjeras residentes tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años*» (art. 63.2).

Nos parece que el plazo de cinco años de residencia legal fijado en las Constituciones de Chile y Ecuador es un término razonable para que cualquier no nacional pueda participar con plenitud de derechos democráticos en la vida política del Estado en el que reside. Ese es también el plazo que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, fija para la obtención de la llamada «*residencia de larga duración*».

Por tanto, abogamos por la modificación de la Constitución española para que se incorpore un precepto similar al recién mencionado art. 63.2 de la Constitución ecuatoriana.

TITLE

THE RIGHT OF FOREIGNER RESIDENTS TO VOTE IN PARLIAMENTARY ELECTIONS AS REQUIREMENT OF A DEMOCRATIC CITIZENSHIP

SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. LIBERAL STATE, NATIONAL SOVEREIGNTY, RATIONAL LEGITIMACY AND DISTINCTION BETWEEN «ACTIVE» AND «PASSIVE» CITIZENS. III. DEMOCRATIC STATE, POPULAR SOVEREIGNTY, DEMOCRATIC LEGITIMACY AND DISAPPEARANCE OF THE DIFFERENCE BETWEEN «ACTIVE» AND «PASSIVE» CITIZENS. IV. CONCLUSIONS AND PROPOSALS.

KEY WORDS

Electoral law; The right to vote; Nationality; Citizenship; Rights of foreigners.

ABSTRACT

The paper analyses the requirements established in the Spanish legal system (Constitution and Spanish Electoral acts) in order to determine which subjects are entitled to vote in a Parliamentary election, understanding that this right is essential in a democracy. The author supports the idea that it is necessary to consider «residence», and not «nationality», as the legal basis that defines who is entitled with the right to participate in politics. From this perspective, the paper concludes that voting rights should be recognized to foreign residents in Parliamentary elections.

Fecha de recepción: 08/04/2016

Fecha de aceptación: 22/04/2016