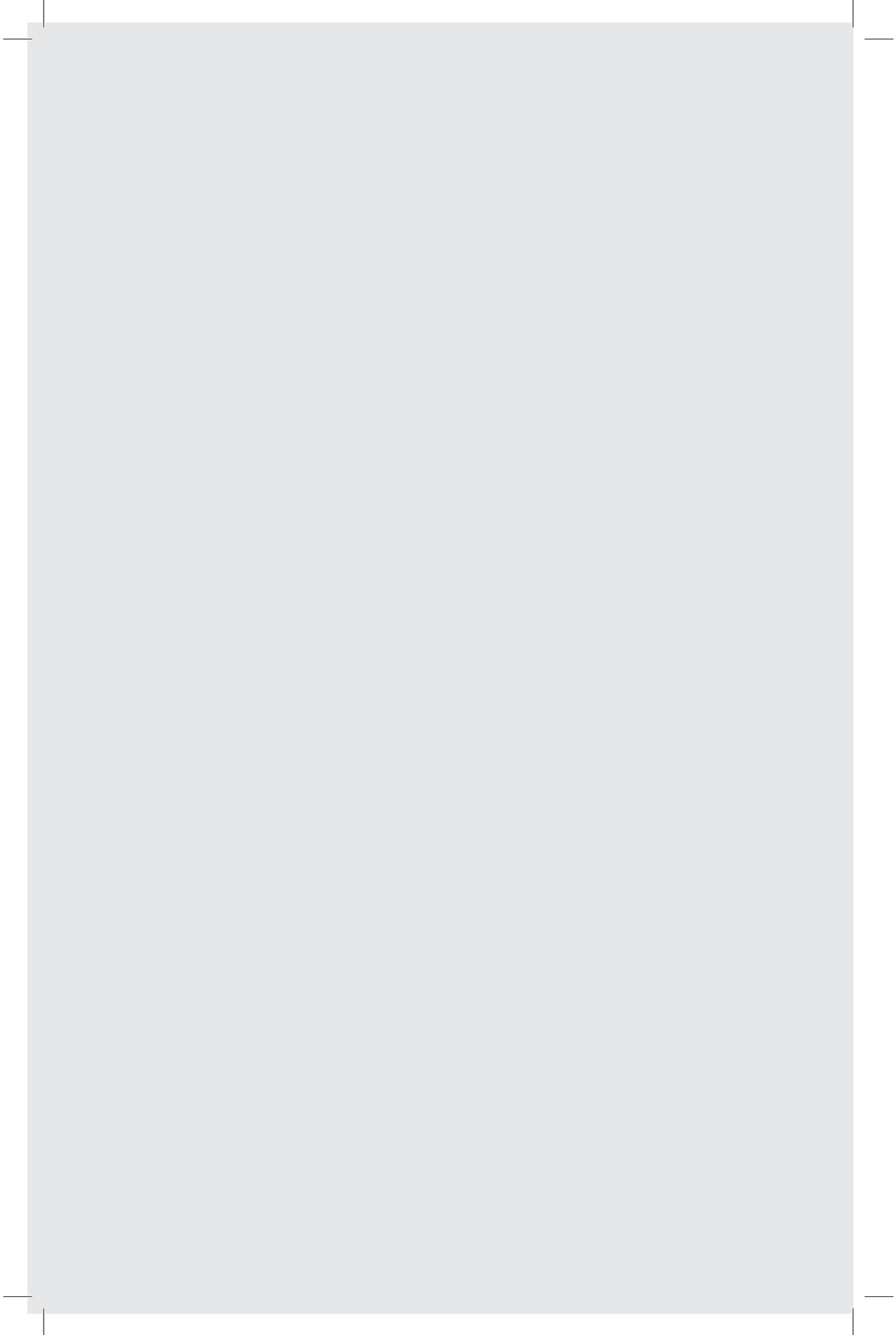


DEMOCRACIA CIUDADANA Y CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA

Miguel Ángel Presno Linera

SUMARIO

- I. Aproximación.
- 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. Conclusión: la Constitución democrática debe pertenecer a las personas sujetas a ella de modo continuado.



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, *Von Wesen und Wert der Demokratie*.

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: *Faktizität und Geltung*

I. APROXIMACIÓN.

En el Prólogo al excelente libro de Benito Aláez Corral, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*¹, el profesor Francisco Bastida Freijedo 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».

Presupuesto lo anterior, en las páginas siguientes se tratará de explicar qué es lo que, en opinión de quien las escribe, *debería* decir la Constitución a propósito de esa identificación del pueblo, partiendo de la premisa de que la Norma Fundamental de un Estado democrático en el siglo XXI debe fijarse

¹ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006. También, de manera más breve, en Pietro COSTA/Benito ALÁEZ CORRAL: *Nacionalidad y ciudadanía*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, págs. 49 y sigs.

como objetivo, como proclama el Preámbulo de la Constitución española de 1978, «establecer una sociedad democrática avanzada» o, en los términos filosófico-políticos de Avishai Margalit, una «sociedad decente»², 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.

Es obvio 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 Europa³ y, en especial, en la Unión Europea, donde, según cifras de Eurostat referidas a 2010⁴, viven en una situación de residencia legal 32,5 millones de extranjeros, de los que 12,3 millones son originarios de la Unión que viven en otro Estado y 20,2 millones de países terceros. Alemania y España son los Estados con mayor número de personas extranjeras: en España había en 2010 5.663.000 extranjeros, el 12,3% de la población total, y en Alemania 7,1 millones, el 8,7% de la población. De los 5,6 millones de extranjeros en España, 2,3 millones procedían de otro Estado miembro y 3,3 millones de países extracomunitarios. Los datos de algunos Estados son especialmente llamativos: así, en Luxemburgo los extranjeros suponen el 43% de la población total; en Letonia el 17 %, en Estonia y Chipre el 16%. En total, la

² Avishai MARGALIT: *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997.

³ Por lo que al Consejo de Europa se refiere, y como colofón de un proceso iniciado veinte años antes, aprobó el 5 de febrero de 1992 la «Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local». En este texto, «considerando que la residencia de extranjeros en el territorio nacional será, en lo sucesivo, una característica permanente de las sociedades europeas; que los residentes extranjeros están, en el ámbito local, sometidos en general a los mismos deberes que los ciudadanos; conscientes de la participación activa de los residentes extranjeros en la vida y en el desarrollo próspero de la colectividad local, y convencidos de la necesidad de mejorar su integración en la comunidad local, en particular mediante el incremento de las posibilidades de participación en los asuntos públicos locales», se prevé (artículo 6) que «cada parte se compromete, a reserva de las disposiciones del artículo 9.1, a conceder el derecho de voto activo y pasivo en las elecciones locales a todo extranjero residente, con tal de que éste cumpla las mismas condiciones que se aplican a los ciudadanos y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado en cuestión durante los cinco años anteriores a las elecciones».

⁴ <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/documents/Tab/report.pdf>

población nacida en el extranjero supone el 9,4% del total en los Veintisiete Estados. En España, la cifra de nacidos en otro país asciende a 6,4 millones (14% de la población total)⁵.

Y en este contexto, debe recordarse que el artículo 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»⁶.

⁵ Ruth RUBIO MARÍN estudia las transformaciones que la inmigración debe implicar en las sociedades democráticas; véanse *Inmigration as a Democratic Challenge: Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University Press, 2000, y «La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales», *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 11 y sigs.

⁶ 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 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

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 artículo 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 común⁷.

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—

hayan contraído matrimonio, o de las circunstancias en que ese nacional de un país tercero haya entrado en el Estado miembro de acogida».

⁷ Pietro 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*,..., págs. 40 y 41.

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*⁸— 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? El profesor Benito Aláez, en el libro ya mencionado, responde que no y aboga por democratizar los requisitos de acceso a la nacionalidad si es condición para la ciudadanía, para ser parte del pueblo gobernante.

Compartiendo esa conclusión, aquí se defenderá una propuesta más radical: las personas, nacionales o extranjeras, sujetas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 de la Constitución española, CE) 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 Constitución⁹.

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 I¹⁰.

⁸ *Ibidem*, pág. 46.

⁹ Sobre la ciudadanía y la función integradora de su vinculación al ejercicio del derecho de sufragio, Judith SHKLAR: *American citizenship. The Quest for inclusion*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 1991.

¹⁰ En extenso sobre la función de la dignidad humana en nuestra Constitución, FRANCISCO BASTIDA en BASTIDA Y OTROS: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 38 y sigs., e IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid,

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 *minimun* 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 como petición de principio que persistan otras limitaciones indefinidas y 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»¹¹, es inherente a la dignidad e igualdad de la persona.

2005, págs. 73 y sigs.; en relación con los extranjeros sin permiso de residencia en España, págs. 173 y sigs.

¹¹ 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); ambas sentencias puede leerse en la página gestionada en la Universidad de Cornell; la primera en http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0118_0356_ZO.html y la segunda en http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0377_0533_ZO.html.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto *Hirst c. Reino Unido* (n.º 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»; disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>; en suma, como declara el Tribunal Supremo de Canadá (*Sauvé c. Canada —Chief Electoral Officer—*), de 31 de octubre de 2002, «los derechos garantizados

En este proceso evolutivo se inserta la propia Constitución española cuando, como se recuerda en la STC 236/2007, de 7 de noviembre¹², 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 artículo 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 artículo 10.

Los derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana corresponden por igual a nacionales y extranjeros y, en una enumeración no exhaustiva, en esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1).

El propio Tribunal admite que, en realidad, todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana, aunque, como ocurre en la Constitución española y en otras Normas Fundamentales, es posible que el texto constitucional excluya a los extranjeros del disfrute de determinados derechos, pero dicha exclusión debe entenderse,

par 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...»; puede leerse en <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html> en francés y <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html> en inglés.

¹² <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9397>

precisamente, como algo «anormal» frente a la regla que supone el reconocimiento de todos los derechos fundamentales a todas las personas, lo que no quiere decir que deba, en todo caso, hacerse en las mismas condiciones, pues, por ejemplo, si el derecho a la vida y a la integridad física corresponde a toda persona, nacional o no, con independencia de su situación administrativa y el período de tiempo que lleve en el territorio, otros derechos pueden condicionarse a una situación administrativa regular y a una previa residencia temporal.

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, en un Estado democrático que proclama como valores superiores de su ordenamiento «la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político», 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.

Así, el Tribunal reitera, a propósito de la libertad de reunión, «el relieve fundamental que este derecho —cauce del principio democrático participativo— posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución» (STC 236/2007, FJ 6). Y respecto al derecho de asociación, hay que decir que «es también un componente esencial de las democracias pluralistas, pues sin ella no parece viable en nuestros días un sistema tal, del que resulta, en definitiva, uno de sus elementos estructurales como ingrediente del Estado Social de Derecho, que configura nuestra Constitución y, por su propia naturaleza, repele cualquier interferencia de los poderes públicos» (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 8; 104/1999, de 14 de junio, FJ 3).

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)¹³, sería más coherente con lo previsto en el Preámbulo y en un buen número de preceptos de nuestra Norma Fundamental que la condición de

¹³ <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7311>

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, que 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

¹⁴ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 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), págs. 263 y sigs.; este trabajo de Ferrajoli puede leerse también en *Derechos y garantías. La ley del más débil,...*, págs. 97 y sigs.

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 Stefano RODOTÀ: *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 politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Turín, 2004, pág. 265

entre ciudadanos activos y pasivos, y asumir que en democracia no puede haber súbditos, ciudadanos de segunda. La cuestión, como recuerda el profesor Bastida en el Prólogo mencionado al principio de estas páginas¹⁸, no es por qué se han de reconocer derechos a los extranjeros, sino ¿por qué no?

En los dos epígrafes siguientes se analizará el tránsito de un Estado liberal, basado en una legitimidad racional y que admite la diferencia entre ciudadanos activos y pasivos, a un Estado democrático, fundado en una legitimidad de esa índole y donde tendría que desaparecer aquella distinción. Es conocido que tal cosa no ha ocurrido por lo que en el epígrafe IV se insistirá en la necesidad de que la ciudadanía democrática se desvincule de la *identidad nacional* y se conecte a la *identidad política*; en palabras de Habermas¹⁹, la ciudadanía democrática no ha de quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo pues, por encima de la pluralidad de formas de vida culturales, exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común²⁰.

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

La atribución de la soberanía a la Nación²¹, como forma de proporcionar seguridad y protección a la sociedad dotada de Constitución²², 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.

¹⁸ Pág. XVI.

¹⁹ *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 628.

²⁰ Nos hemos ocupado antes de estas cuestiones; en particular en *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, y en *El derecho de voto: un derecho político fundamental*, Licencia Creative Commons, 2011, <http://presnolinera.files.wordpress.com/2011/10/el-derecho-de-voto-un-derecho-politico-fundamental-libro.pdf>

²¹ «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.

²² «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.

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 unitario²³.

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 poder²⁴, 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 satisfactorias, pasa a ocupar el lugar de las antiguas motivaciones iusnaturalistas o de los métodos de creación de consenso basados en el intercambio²⁵.

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

²³ Así, Maurizio FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales. Apunte de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 58.

²⁴ Véanse Max WEBER: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974 (2.^a edición), Tomo I, págs. 170 y sigs., y Tomo II, págs. 706 y sigs.; y Martin KRIELE: *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Westdeutscher, Opladen, 1990 (4. Auflage), pág. 320; en la traducción al castellano de esta última obra, realizada por Eugenio Bulygin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 450.

²⁵ Niklas LUHMANN: *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Darmstadt/Neuwied, 1978 (3. Auflage), pág. 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; ob. cit., pág. 28; también en *Die Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, págs. 147 y sigs.

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 Ilustración²⁶, 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»²⁷.

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 Bentham²⁸, 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»²⁹.

²⁶ Véase ERHARD, KANT Y OTROS: *¿Qué es Ilustración?*, Estudio preliminar de Agapito Maestre, Tecnos, Madrid, 1989.

²⁷ Según este autor, el objetivo de los antiguos era el reparto del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria; el de los modernos es la seguridad en los disfrutes privados... El sistema representativo no es otra cosa que una organización que ayuda a una nación a descargar en algunos individuos lo que no puede o no quiere hacer por sí misma; véanse sus *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 269 y sigs.

²⁸ Jeremy 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), págs. 117 y sigs.

²⁹ Véase su obra *La democracia liberal y su época*, Alianza, Madrid, 1981, págs. 35 y sigs.

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»³⁰. 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 estamental³¹.

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

³⁰ Ob. cit., pág. 269.

³¹ Véanse, sobre estas cuestiones, Joaquín 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 págs. 175 y sigs., relativas a la naturaleza de los sujetos de imputación del poder y la teoría de la representación; y Ángel GARRORENA MORALES: *Representación política y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 23 y sigs.

intervención de los representantes³². 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 les pertenece ni puede ser ejercida por ellos en beneficio propio³³. 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 representativo³⁴.

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.

³² En palabras de John 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, pág. 66.

³³ Raymond CARRÉ DE MALBERG: *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Sirey, París, 1922, volumen II, págs. 170 y sigs.

³⁴ Sobre la soberanía nacional y el fundamento de los poderes del Estado, véase Ramón 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, n.º 1, 1998, págs. 339 y sigs.

Respecto de la primera cuestión, es necesario recordar que, como disponía el artículo 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». De conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Sección II del Capítulo IV del Título III, «Los administradores no tienen naturaleza representativa. Son agentes elegidos periódicamente por el pueblo para ejercer, bajo la supervisión de la autoridad real, las funciones administrativas».

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. Con la elección no se verificaba ninguna trasmisión o delegación de poder, pues quien la llevaba a cabo carecía del mismo y los elegidos no podían, en buena lógica, ser «sus» representantes. Como declaraba el texto constitucional, «los representantes nombrados en los departamentos no serán representantes de un departamento en particular, sino de la Nación entera, y no se les podrá dar ningún mandato». (art. 7, Sec. III, Cap. I, Tít. III)³⁵.

³⁵ Son ilustrativas en esta materia las declaraciones efectuadas por algunos componentes significados de la Asamblea Constituyente; así, para Barnave «la Nación no hace más que comunicar a ciertas secciones el poder de elegir que ella tiene: da a dichas secciones el derecho a nombrar diputados para todo el reino»; «la condición de elector sólo es una función pública a la que nadie tiene derecho, y que concede la sociedad según se lo prescribe su interés. La función de elector no es un derecho, sino que cada uno la ejerce por todos». Por su parte, Thouret declara que «cuando un pueblo es obligado a elegir por secciones, cada una de las secciones, incluso cuando se elige inmediatamente, no elige por sí misma, sino por la Nación entera... La condición de elector se funda en una comisión po-

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 mismos³⁶.

Si la soberanía nacional se dirigía a garantizar que los individuos integrantes de la Nación serían libres e iguales en sus derechos naturales e

lítica, de la cual la potestad pública tiene derecho a regular la delegación», ambos citados por Carré de Malberg en la *Contribution...*, págs. 244 y 245.

³⁶ De acuerdo con el capítulo primero del Título III («De los poderes públicos») de la Constitución de 1791, «Para ser ciudadano activo hace falta: nacer o haberse hecho francés; tener la edad de veinticinco años cumplidos; estar domiciliado en la ciudad o cantón durante el tiempo determinado por la ley; pagar, en cualquier lugar del Reno, una contribución directa al menos igual al valor de tres jornadas de trabajo y acreditarlo con recibo; no ser criado doméstico; estar inscrito en la municipalidad de su domicilio en el Registro de guardias nacionales; haber prestado el juramento cívico». (art. 2.º de la Sección Segunda); «Están excluidos del ejercicio de los derechos del ciudadano activo los que estén acusados; los que, después de haber sido declarados en estado de quiebra o de insolvencia, probada por documentos auténticos, no realicen un descargo general de sus acreedores». (art. 5 de la Sección Segunda); «Nadie podrá ser nombrado elector si no reúne las condiciones necesarias para ser ciudadano activo, a saber: en las ciudades por encima de seis mil almas, ser propietario o usufructuario de un bien evaluado atendiendo a los registros de contribución en una renta igual al valor local de doscientas jornadas de trabajo o ser arrendador de una vivienda evaluada, por los mismos registros, en una renta igual al valor de ciento cincuenta jornadas de trabajo; en ciudades por debajo de seis mil almas, ser propietario o usufructuario de un bien evaluado atendiendo a los registros de contribución en una renta igual al valor local de ciento cincuenta jornadas de trabajo o ser arrendador de una vivienda evaluada, por los mismos registros, en una renta igual al valor de cien jornadas de trabajo; y en el campo, ser propietario o usufructuario de un bien evaluado atendiendo a los registros de contribución en una renta igual al valor local de ciento cincuenta jornadas de trabajo o ser arrendador o aparcerero de bienes evaluados, según los mismos registros, al valor de cuatrocientas jornadas de trabajo; con respecto a quienes sean al mismo tiempo propietarios o usufructuarios, de una parte, y arrendadores y aparceros, de otra, sus facultades, en atención a estos diferentes títulos, se acumularán hasta el porcentaje necesario para establecer su elegibilidad». (art. 7 de la Sección Segunda). «Todos los ciudadanos activos, cualquiera que sea su estado, profesión o contribución, podrán ser elegidos representantes de la Nación». (art. 3 de la Sección Tercera).

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»³⁷.

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»³⁸.

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

³⁷ Constant: ob. cit., pág. 269.

³⁸ Francisco J. BASTIDA FREJEDO: «Elecciones y Estado democrático de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 32, 1991, pág. 123.

hay democracia porque aquélla es su fundamento funcional; participación y conformación del *status* político representan las garantías constitutivas del orden democrático³⁹. Como se ha dicho, la exigencia no es tanto que la decisión la adopten todos (democracia plebiscitaria), como que todos puedan participar (democracia deliberativa)⁴⁰.

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 insito en ese principio, lo que en unos casos demandará la intervención inmediata de los ciudadanos y en otros se articulará merced a los representantes⁴¹.

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 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 posi-

³⁹ Véase Hans-Peter SCHNEIDER: «Eigenart und Funktionen der Grundrechte im demokratischen Verfassungstaat», en *Grundrechte als Fundament der Demokratie* (Hrsg. von Joachim Perels), Suhrkamp, Frankfurt, 1979, págs. 28 y sigs.; (hay traducción española recogida en la obra *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 140 y sigs).

⁴⁰ Así, Francisco José BASTIDA FREIJEDO: «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos...*, n.º 1, pág. 450.

⁴¹ 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...*, pág. 135.

bilidad, 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?»⁴².

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

⁴² *Von Wesen und Wert der Demokratie* (Neudruck der zweiten, umgearbeiteten Auflage von 1929, Tubinga), Scientia Verlag Aalen, 1963, pág. 15.

jurídico, es el destinatario inmediato de las normas que integran ese ordenamiento. Estaríamos así ante un pueblo 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 rousseauiano⁴³.

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 parte⁴⁴. 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»⁴⁵.

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 comunicacio-

⁴³ *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, Juristenzeitung, 1975, pág. 302.

⁴⁴ Cfr. «Grundrechte und Demokratie. Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen», en *Der Staat*, 1981, págs. 161 y sigs.; en el mismo sentido, Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, 1981, Frankfurt, págs. 311 y sigs.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 166.

nes 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.

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 jurídica⁴⁶ 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*⁴⁷. 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 activo⁴⁸. Como consecuencia, los derechos subjetivos son pretensiones jurídicas que se derivan de esas cualificaciones concretas de la personalidad⁴⁹.

⁴⁶ 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, págs. 167 y sigs., y en *Allgemeine Staatslehre* (Nachdruck der resten Auflage von 1925), Verlag Dr. Max Gehlen, Berlín, 1966, págs. 82 y sigs., y 144 y sigs.

⁴⁷ Esta obra se ha consultado en la versión ofrecida por la segunda reimpresión de la segunda edición (Tubinga, 1919), publicada por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, en 1979.

⁴⁸ *Ibidem*, págs. 87 y sigs.

⁴⁹ Para un análisis pormenorizado de la teoría de los *status* de Jellinek en relación con los derechos fundamentales, véase Robert ALEXY: *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985, págs. 229 y sigs.; analiza de manera crítica dicha teoría en relación con la nacionalidad, Marco CUNIBERTI: *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padua, 1997, págs. 17 y sigs.

Jellinek concibe el *status* pasivo (*status subjectionis*)⁵⁰ 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 estatal⁵¹. 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 mediante al protección que el ordenamiento confiere a sus intereses particulares⁵². Por último, el *status* activo (*status activae civitatis*)⁵³ 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 ordenamiento⁵⁴. 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 artículo 13.2 de nuestro texto constitucional, «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en

⁵⁰ *System...*, págs. 288 y sigs.

⁵¹ Ob. cit., págs. 94 y sigs.

⁵² Ob. cit., págs. 114 y sigs.

⁵³ Págs. 136 y sigs.

⁵⁴ Por citar un ejemplo relevante dentro de la teoría política y sociológica, Thomas H. MARSHALL se sirve de la idea de *status* para articular su concepto de «ciudadanía» en su obra *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge University Press, 1950.

el artículo 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 artículo 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. Pero en términos de coherencia democrática, la disyuntiva no es entre nacional y extranjero, sino entre persona sujeta continuamente 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)»⁵⁵.

IV. LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA DEBE PERTENECER A LAS PERSONAS SUJETAS A ELLA DE MODO CONTINUADO.

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

⁵⁵ Francisco BASTIDA FREJEDO: «La soberanía borrosa: la democracia»,..., pág. 413; previamente, en el mismo sentido, Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez*..., págs. 620 y sigs., y Gustavo GOZZI: «Cittadinanza e democrazia. Elementi per una teoria costituzionale della democrazia contemporanea», en *Democracia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee* (a cura di Gustavo Gozzi), Il Mulino, Bolonia, 1997, págs. 199 y sigs.

gobernante. Y en el caso español, no debe resultar trivial que en el mismo precepto (artículo 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 artículo 9.1 debe coincidir lo máximo posible con el pueblo que participa del artículo 9.2.

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 comunicación⁵⁶. Este patriotismo *habermasiano* parte de 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 nacional⁵⁷.

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 artículo 22 del Código Civil prevé que serán suficientes «dos años [de residencia legal, continuada

⁵⁶ *Facticidad y validez...*, pág. 622.

⁵⁷ *Ibidem...*, págs. 622 y 623.

e inmediatamente anterior a la petición] cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes», o de un año 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»⁵⁸.

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 sefardíes⁵⁹ y la no inclusión de los saharauis, a pesar de que estos últimos fueron hasta hace bien poco tiempo españoles⁶⁰.

⁵⁸ Véanse al respecto José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS: *Derecho de la nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1992; María Paz GARCÍA RUBIO: «Consolidación de la nacionalidad española», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1992, págs. 929 a 1009, y los numerosos trabajos de Aurelia 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, 2008.

⁵⁹ 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».

⁶⁰ 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», 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 María Paz 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, págs. 425 a 432.

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 artículo 21 del Código Civil, «discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren 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 dicho en fechas recientes⁶¹, 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 otorgamiento⁶².

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 ciudadanía⁶³. Pero, compartiendo la idea de que se favorezca, reduciendo plazos y requisitos, la adquisición de la nacionalidad a los extranjeros que lo

⁶¹ Teresa HUALDE MANSO: «Concesión de nacionalidad por carta de naturaleza. Una institución y una práctica discutibles», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 9/2012.

⁶² Los ejemplos próximos de la concesión a Ricky Martin 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.

⁶³ Sobre esta necesidad véase, por todos, Benito ALÁEZ CORRAL: *Nacionalidad, ciudadanía y democracia*,..., págs. 160 y sigs.

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 legitimidad democrática al ordenamiento⁶⁴. 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 voluntariedad⁶⁵.

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»⁶⁶, de sentimiento de pertenencia a una comunidad que se pretende construir sobre unos principios democráticos y de la proclamación de una

⁶⁴ A favor de una ciudadanía basada en la residencia se muestran, por ejemplo, Marco CUNIBERTI: *La cittadinanza...*, págs. 520 y sigs.; y G. ZINCONI: *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie delle società civile*, Il Mulino, Bolonia, 1992, págs. 233 y sigs.

⁶⁵ 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 págs. 40 y sigs.; sobre la conexión del principio de voluntariedad con la pertenencia al Estado, HABERMAS: *Facticidad y validez...*, pág. 625.

⁶⁶ 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».

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 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»⁶⁷.

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»⁶⁸.

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

⁶⁷ 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 artículos 189 CE y 190 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 artículos 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...»

⁶⁸ *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 94. Sobre la impostura que ha supuesto la importación de la idea de patriotismo constitucional para justificar el patriotismo «español», véase Xacobe BASTIDA FREJEDO: «Otra vuelta de tuerca. El patriotismo constitucional español y sus miserias», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 25, <http://publicaciones.ua.es/filespublici/pdf/02148676RD38761026.pdf>

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 personalidad⁶⁹.

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 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 normativa⁷⁰, 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.

⁶⁹ Como dice el Tribunal Supremo de Canadá (*Sauvé c. Canada —Chief Electoral Officer—*), en su sentencia de 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...»; puede leerse en <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html> en francés y <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html> en inglés.

⁷⁰ Véase al respecto, Hans Kelsen: *Allgemeine Staatslehre...*, págs. 81 y sigs., y 137 y sigs.

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 cuanto 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)⁷¹.

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 no 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.

En cuanto a la primera cuestión, y aunque son excepciones en el derecho comparado, la Constitución chilena proclama (artículo 14) que «los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer

⁷¹ 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) —<http://laws.findlaw.com/us/193/621.html>—; si bien ya no es así, numerosos Estados otorgaron el sufragio a residentes que no eran ciudadanos de Estados Unidos; como dijo expresamente ese Tribunal en *Snowden v. Hughes*, 321 U.S. 1, 7 (1943): «The right to become a candidate for state office, like the right to vote for the election of state officers, ... is a right or privilege of state citizenship, not of national citizenship ...»; véase en <http://laws.findlaw.com/us/321/1.html>.

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

el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley»; en el mismo sentido, la Constitución uruguaya dispone (artículo 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» (artículo 63.2). Nueva Zelanda permite a los residentes permanentes, después de un año, que puedan votar en las elecciones locales y nacionales.

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»⁷².

⁷² 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. No obstante, en el supuesto de que los extranjeros residentes de larga duración en otro estado miembro de la Unión Europea deseen conservar el estatuto de residente de larga duración adquirido en el primer estado miembro, podrán solicitar y obtener una autorización de residencia temporal en España.

4. Con carácter reglamentario se establecerán criterios para la concesión de otras autorizaciones de residencia de larga duración en supuestos individuales de especial vinculación con España.

5. La extinción de la residencia de larga duración se producirá en los casos siguientes:
a. Cuando la autorización se haya obtenido de manera fraudulenta. b. Cuando se dicte una orden de expulsión en los casos previstos en la Ley. c. Cuando se produzca la ausencia del territorio de la Unión Europea durante 12 meses consecutivos. Reglamentariamente se establecerán las excepciones a la pérdida de la autorización por este motivo, así como el

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

En cuanto a los nacionales que ya no están sometidos principalmente, aunque puedan estarlo de manera circunstancial, al ordenamiento de su nacionalidad, debe limitarse su posibilidad de decidir democráticamente sobre el contenido de dicho ordenamiento y tanto más cuanto mayor sea su alejamiento temporal.

Estas personas suponen, en algunos casos, un número relativamente alto de potenciales sufragios, siendo paradigmático el caso mexicano, pues se estima que es uno de los países con mayor número de nacionales emigrantes fuera de su territorio, que, además, se concentran en un porcentaje altísimo en un único país, Estados Unidos, lo que podría ser fuente adicional de problemas⁷³.

En algunos textos constitucionales (artículos 171 y 176 de la Constitución colombiana⁷⁴, 68.5.2 de la Constitución española⁷⁵, 63.1 de la eua-

procedimiento y requisitos para recuperar la autorización de residencia de larga duración. d. Cuando se adquiriera la residencia de larga duración en otro Estado miembro.

6. Las personas extranjeras que hayan perdido la condición de residentes de larga duración podrán recuperar dicho estatuto mediante un procedimiento simplificado que se desarrollará reglamentariamente. Dicho procedimiento se aplicará sobre todo en el caso de personas que hayan residido en otro Estado miembro para la realización de estudios.

⁷³ Véase, sobre esta cuestión, el estudio, centrado en el derecho mexicano, pero con amplias referencias comparadas, de Jorge CARPIZO y Diego VALADÉS: *El voto de los mexicanos en el extranjero*, UNAM, México, 1998; del profesor Diego VALADÉS véase también «Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 112, 2005, págs. 365-403; puede consultarse en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex112/BMDI1210.pdf>.

⁷⁴ artículo 171: «Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República»; artículo 176: «La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior».

Según el artículo 116 del Código Electoral, «Los ciudadanos también podrán sufragar en el exterior para Presidente de la República, en las Embajadas, Consulados y demás locales que para el efecto habilite el Gobierno, previa inscripción de la cédula de ciudadanía o pasaporte vigente, hecha ante la respectiva Embajada o Consulado, a más tardar quince (15) días antes de las elecciones... Una vez cerrada la votación, hechos los escrutinios de cada mesa y firmada las actas, los jurados harán entrega de éstas y demás documentos que sirvieron para las votaciones al funcionario correspondiente que inmediatamente los enviará, en sobre debidamente cerrado y sellado, al Consejo Nacional Electoral, para que sean tenidos en cuenta en el escrutinio general».

⁷⁵ «La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España» (artículo 68.5.2); resulta lla-

toriana⁷⁶, 187 de la peruana⁷⁷, 14 de la portuguesa⁷⁸, 48 de la italiana⁷⁹) esta situación ha sido reconocida de manera expresa, aunque con arreglo a modalidades distintas, por el Constituyente, que ha considerado necesario asegurar la participación política de los nacionales que residen en el extranjero, por lo que su exclusión del pueblo gobernante o de alguna de sus concreciones no está a disposición del Legislador, cuyo protagonismo se reduce a la articulación de los mecanismos necesarios para hacer viable y efectiva esa participación⁸⁰.

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

⁷⁶ «Las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior tienen derecho a elegir a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, representantes nacionales y de la circunscripción del exterior; y podrán ser elegidos para cualquier cargo».

⁷⁷ El artículo 187 dispone que la ley contendrá normas especiales para facilitar el voto de los peruanos que residan en el extranjero; según el artículo 224 de la Ley Orgánica Electoral, «para el caso de Elecciones Generales y consultas populares tienen derecho a votación los ciudadanos peruanos residentes en el extranjero»; el artículo 226 prevé que «la votación se efectúa en el local de la Oficina Consular del Perú en el correspondiente país o donde señale el funcionario consular en caso de insuficiencia del local».

⁷⁸ «Los ciudadanos portugueses que se hallen o residan en el extranjero gozarán de la protección del Estado para el ejercicio de los derechos y estarán sujetos a los deberes que no sean incompatibles con la ausencia del país».

⁷⁹ Con la Ley Constitucional n.º 1/2000, de 17 de enero, se ha introducido una reforma en los artículos 48, 56 y 57 de la Constitución al efecto de instituir una circunscripción «exterior» para el ejercicio del derecho de voto de los italianos residentes en el extranjero; el artículo 48 dispone ahora que «La ley establecerá los requisitos y modalidad de ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos residentes en el extranjero, asegurando su efectividad. Con este fin se crea una circunscripción extranjera para la elección de las Cámaras, a la que serán asignados escaños en el número fijado por la norma constitucional y según los criterios determinadas por las leyes». De acuerdo con el nuevo artículo 56, 12 de los 630 miembros de la Cámara de Diputados se elegirán en esa circunscripción; según el artículo 57 de la Constitución, de los 315 senadores electivos, 6 se elegirán por los residentes en el extranjero. El desarrollo normativo de estas disposiciones está en la Ley n.º 459, de 27 de diciembre de 2001, de normas para el ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos italianos residentes en el exterior.

⁸⁰ El compromiso normativo de los Estados puede tener también un origen internacional, por formar parte de la «Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», adoptada por la Asamblea Gene-

El fundamento de este reconocimiento del sufragio a los compatriotas que vivan fuera del territorio estatal se ha encontrado en su condición de nacionales, que les acompaña con independencia del ámbito territorial en el que residan, si bien se han citado otros argumentos, bien en relación con determinadas categorías de nacionales (los militares, marinos, diplomáticos,...) o respecto a todos los que vivan en el extranjero (como forma de estrechar los lazos con su país, por razones de universalidad del sufragio y de principio democrático, como forma de compensar sus aportaciones a la economía nacional,...)⁸¹.

En algunos casos el ejercicio del sufragio de los ausentes se limita a la participación de la elección de un órgano de representación nacional, como la Presidencia y, en su caso, la Vicepresidencia de la República o figuras afines (es lo previsto en la actualidad en Brasil, Ecuador, Honduras y México). En estos supuestos no se requiere una determinada conexión con una concreta parte del territorio nacional como, por ejemplo, la última residencia.

En otros ordenamientos, como el portugués⁸² y el italiano⁸³, se ha creado una circunscripción especial constituida precisamente por los nacionales de

ral de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y que entró en vigor el 1 de julio de 2003. En su artículo 14 dispone que «los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación. 2. Los Estados de que se trate facilitarán, según corresponda y de conformidad con su legislación, el ejercicio de esos derechos».

Como se constata tanto del título de la Convención como del enunciado del artículo 41, si bien se dirige a la protección de un concreto colectivo de nacionales residentes en el exterior —los trabajadores—, tiene un ámbito de aplicación mucho mayor, pues se extiende también a sus familiares. «A los efectos de la presente Convención, el término «familiares» se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate» (artículo 4).

⁸¹ Sobre los problemas concretos que plantea el ejercicio del sufragio por parte de estas personas (voto por correo, en las Embajadas y Consulados, el voto electrónico, las garantías frente a posibles fraudes,...) no se extendemos en *El derecho de voto: un derecho político fundamental*,...

⁸² Conforme a lo dispuesto en la Ley Electoral (artículo 12.4), en Portugal existen dos circunscripciones de esta naturaleza: la de los que residen en países europeos y la que comprende a los residentes en cualquier otro país. A cada una de ellas le corresponde la elección de dos diputados de la Asamblea de la República.

⁸³ Como ya se ha apuntado, de acuerdo con el artículo 56 de la Constitución, 12 de los 630 miembros de la Cámara de Diputados se elegirán en esa circunscripción; según el artículo 57, de los 315 senadores electivos, 6 se elegirán por los residentes en el extranjero.

esos países que residen en el extranjero, a los que se les asigna la elección de un determinado número de representantes. Se trata, en suma, de una circunscripción que se delimita por la circunstancia personal de estar residiendo en el extranjero, que también está prevista en la Constitución colombiana para las elecciones a la Cámara de Representantes.

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

Precisamente, esta exigencia demuestra que el problema del reconocimiento o atribución del derecho de participación política no encuentra solución acudiendo a meros criterios de nacionalidad, sino teniendo en cuenta la que se podría denominar «vecindad política». Por tanto, la «residencia-ausencia» se presume como una situación de cambio geográfico, con las obvias consecuencias económicas, sociales, personales, ..., pero que no lleva aparejada una desvinculación política completa de la comunidad de la que se es originario.

Lo llamativo es que en estos supuestos, el «domicilio» y los correspondientes derechos políticos acompañan a los nacionales que se trasladen al extranjero y se extienden, incluso, a sus descendientes, de manera que estos últimos, aunque nunca hayan residido en el territorio nacional podrán participar en las mismas condiciones que sus ascendientes, y su decisión política electoral tendrá el mismo valor que la de las personas que siguen residiendo en ese territorio y sobre las que en su momento se proyectarán las decisiones políticas y las normas jurídicas que aprueben los elegidos por todos ellos.

Si, como se ha venido reiterando, la democracia demanda que participen en la toma de las decisiones los destinatarios de las mismas, no nos parece que se pueda considerar destinatario a una persona que, si bien conserva

el vínculo de la nacionalidad con un determinado ordenamiento, puede ocurrir que haya dejado de residir en el ámbito geográfico de aplicación de sus normas muchos años atrás, como sucede cuando se trata de nacidos en el país del que son nacionales pero llevan muchos años residiendo en el extranjero, o, incluso, que ni siquiera hayan estado allí, cuando se trata de nacidos fuera del territorio nacional⁸⁴.

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que exigir la residencia en el territorio nacional «no es en sí irrazonable o arbitrario» y en el asunto *Melnitchenko c. Ucrania*, de 19 de octubre de

⁸⁴ Debe citarse al respecto la Ley 52/2007, conocida como Ley de Memoria Histórica, que reconoce la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles durante la Guerra Civil y la dictadura y, en consecuencia, en su disposición adicional séptima permite la adquisición por opción de la nacionalidad española de origen a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. En realidad, ya se permitía optar por la nacionalidad española a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originalmente español y nacido en España pero la Ley de la memoria Histórica amplía la posibilidad de adquirir la nacionalidad española de origen a los hijos de padre o madre español de origen, aunque no hubiera nacido en España. Además, incluye a las personas cuyo padre o madre nació después de que el abuelo o abuela exiliados perdiera la nacionalidad española. Por tanto, su ascendiente español más cercano es algún abuelo y no es necesario que el abuelo o abuela español lo hubiese sido de origen. Finalmente, aquellas personas que ya optaron a la nacionalidad española derivativa porque su padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España, según el artículo 20.1 b) del Código Civil, podrían optar además a la nacionalidad española de origen.

De acuerdo con la Disposición Final Sexta de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, el derecho de opción previsto en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, podrán también ejercerlo los nietos de las exiliadas españolas que conservaron la nacionalidad española tras haber contraído matrimonio con un extranjero con posterioridad al 5 de agosto de 1954, fecha de entrada en vigor de la Ley de 15 julio de 1954, siempre que no transmitiesen la nacionalidad española a sus hijos, por seguir éstos la del padre, y formalicen su declaración en tal sentido en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente disposición.

El Ministerio de Asuntos Exteriores calcula que cerca de 300.000 hijos y nietos de exiliados durante la Guerra Civil y la dictadura recibirán la nacionalidad (o ya la han recibido) gracias a la Ley de Memoria Histórica. El 27 diciembre de 2011 terminó el plazo de tres años para la presentación de las solicitudes. El último balance provisional es de 31 de agosto de 2011: 378.862 solicitudes y 213.787 nacionalizaciones. El 95% de las peticiones se presentaron en países de América Latina, especialmente de Cuba, Argentina, México y Venezuela. http://www.cext.es/index/accion/detalleNoticia/id/5732/titulo/Ya_son_m%C3%A1s_de_300.000_los_

2004⁸⁵, ha considerado «que la obligación de residir en el territorio nacional para poder votar se justifica en las razones siguientes: 1. Un ciudadano no residente está afectado de manera menos directa o continuada por los problemas cotidianos de su país y él los conoce peor; 2. Puede resultar difícil (o casi imposible) o inoportuno para los candidatos al Parlamento exponer las diferentes opciones electorales a los ciudadanos residentes en el extranjero, de manera que se respete la libertad de expresión; 3. La influencia de los ciudadanos residentes en el territorio nacional en la selección de los candidatos y en la formulación de sus programas electorales, y 4. La correlación existente entre el derecho de voto para elecciones legislativas y el hecho de estar directamente afectado por los actos de los órganos políticos así elegidos».

Si, como declaró en su día el Tribunal Constitucional Federal alemán con ocasión de su pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht, la confrontación de las fuerzas sociales, de sus ideas e intereses, sólo se puede articular si los procedimientos de decisión en ejercicio del poder público y, por consiguiente, los fines políticos le son previsibles y comprensibles al ciudadano, y si éste, como elector, puede comunicarse en su propia lengua con el poder público al que se haya subordinado⁸⁶, a nuestro juicio, los fines políticos difícilmente le resultarán previsibles a las personas que por estar de manera permanente ausentes ni pueden participar en la propia definición de dichos fines ni siquiera pueden asistir a su expresión cotidiana.

En todo caso, resultaría «más» democrático exigir una mayor vinculación con el ordenamiento del que se es nacional que la mera inscripción en un Consulado o en un Registro de Electores Residentes en el Exterior; por ejemplo, requiriendo que no hayan transcurrido determinado número de años desde la marcha del territorio nacional o que se produzca un retorno periódico. La exigencia de que no haya transcurrido un determinado nú-

⁸⁵ <http://cmiskp.echr.coe.int/> En un sentido similar, aunque en este caso se trata de residencia en el interior y no en el exterior, la exigencia de residir en el Estado para ejercer el sufragio es razonable según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos; así lo declaró en el caso *Dunn v. Blumstein* (<http://laws.findlaw.com/us/405/330.html>); lo que no se consideró razonable era exigir un plazo de residencia de un año para poder votar, pues el bien jurídico con ello protegido —evitar el fraude— podía conseguirse con un plazo mucho más pequeño (30 días serían suficientes).

⁸⁶ *BVerfGE* 89, 155 [185]; también *BVerfGE* 5, 85 [135, 198, 205] y *BVerfGE* 69, 315 [344 y sigs.]; <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

mero de años desde la salida del territorio nacional podría concretarse en el período que se impone a los extranjeros avecindados para que puedan votar (5 años en el ámbito del Consejo de Europa según la «Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local», idéntico plazo al previsto en el artículo 14 de la Constitución chilena y 63 de la ecuatoriana). Otro criterio podría ser el del mandato del órgano en cuya elección pueden participar (6 años en el caso de México, 4 años en las elecciones parlamentarias en España,...).

La imposición de que el requisito de la ausencia del territorio nacional no exceda de un plazo prudente dejaría plenamente garantizada la posibilidad de que participen los nacionales que están fuera de su país de manera breve (por razones de estudio, de un trabajo temporal,...) o cuya salida del país se debe precisamente al cumplimiento de misiones ordenadas por órganos del Estado del que son nacionales (militares, diplomáticos, miembros de organismos internacionales, personal en misiones en el extranjero,...), y en cuya elección han de poder intervenir pues son destinatarios directos de sus decisiones.

Si se trata de la elección de un órgano colegiado —Parlamento nacional o alguna de sus Cámaras— la creación de una circunscripción exterior, al estilo de lo que se ha previsto en Portugal o Italia, ofrece la ventaja de que los votantes seleccionan a «sus» parlamentarios, lo que puede permitir una mayor proximidad entre unos y otros, si bien, en el ejercicio de sus funciones, los «parlamentarios del exterior» participan en la mismas decisiones que los del «interior», con lo que también aquí se les está dando a los ausentes voz y voto en la adopción de acuerdos y normas que, en muchos casos, no les serán de aplicación.

Y es que si no se adopta alguna cautela temporal o circunstancial, se estará permitiendo que personas que, por una prolongada estancia en el extranjero, no están en contacto con la realidad política y social de su país, puedan determinar la orientación de unas normas que a ellos les serán de aplicación, en el mejor de los casos, de manera harto esporádica.

En suma, puesto que el sometimiento de forma continuada a un concreto ordenamiento jurídico no depende de la nacionalidad sino de la residencia, 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 nacionales» entendida, natural e

históricamente como un destino, sino desde la concepción de un patriotismo constitucional en el que se reconoce a los ciudadanos sujetos de manera permanente a ese ordenamiento la capacidad de ejercer activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación.