

El derecho de voto: un derecho político fundamental



Miguel Ángel Presno Linera
2011

© Miguel Ángel Presno Linera (autor de la obra), 2011

© Miguel Ángel Presno Linera (editor de la obra), 2011

© Beatriz Lázaro Rey (autora de la portada y de la maquetación), 2011



http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/deed.es_ES

Usted es libre de:

- copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
- **No comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
- **Sin obras derivadas** — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

Publicación digital distribuida en formato pdf.

<http://presnolinera.wordpress.com/elderechodevotounderechopoliticofundamental.pdf>

Acceso a la página del libro electrónico: <http://presnolinera.wordpress.com>

Cita de la obra: Miguel Ángel Presno Linera: *El derecho de voto: un derecho político fundamental*, 2011.

Miguel Ángel Presno Linera

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo; presno@uniovi.es;

página personal: <http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno.htm>

blog jurídico: *El derecho y el revés* <http://presnolinera.wordpress.com>

PRIMERA PARTE

Tendría que hacer aquí muchas reflexiones sobre el simple derecho de voto en todo acto de soberanía, derecho que nadie puede quitar a los ciudadanos”

Rousseau: *Du Contrat social*, 1762, Libro IV, Capítulo I

“El Estado es un asunto moral para el labrador y para el profesor. El primero lo decidirá tan bien como el segundo”

Thomas Jefferson

ÍNDICE

Prefacio.

PRIMERA PARTE

I.- El derecho de voto como derecho fundamental.

II.- El objeto del derecho de voto, su ejercicio y las formas de ejercerlo.

III.- El desarrollo legislativo del derecho de voto.

IV.- La titularidad del derecho de voto y las abstracciones necesarias para garantizar su carácter universal.

V.- La exigencia de capacidad para la autodeterminación política libre: el caso de los menores e incapaces.

VI.- ¿Sirve a la democracia que no puedan votar los policías y militares?

VII.- La condena penal no debe suspender la ciudadanía: los presos también son importantes.

VIII.- ¿Es propio de una sociedad democrática avanzada la exclusión política de los extranjeros?

IX.- El voto de los nacionales ausentes.

X.- La igualdad del voto y sus distorsiones: “voto reforzado”, “desproporcionalidad”, “barrera electoral”.

XI.- La libertad del voto como expresión de la capacidad para autodeterminarse políticamente. El voto obligatorio y el tratamiento jurídico de la abstención.

XII.- El secreto del voto como garantía de una participación libre: su ineludible extensión a las personas ciegas.

XIII.- La participación política inmediata: el voto personal directo. El sufragio asistido y el voto por correspondencia.

XIV.- El voto electrónico: ¿el nuevo fuego de Prometeo o la vieja caja de Pandora?

XV.- La naturaleza declarativa de la inscripción en el censo o padrón electoral.

XVI.- Las garantías del derecho de voto.

SEGUNDA PARTE

Jurisprudencia seleccionada

Índice analítico

Prefacio.

En las siguientes páginas se pretende ofrecer al lector un análisis del derecho de voto como derecho político fundamental, tanto en el sentido de fundamento de los demás derechos, como en el de garantía incorporada a las Constituciones democráticas modernas.

Para el estudio de este derecho se adopta como premisa la idea de que la participación de las personas en la adopción de las decisiones políticas fundamentales de la comunidad constituye la esencia y el valor de la democracia moderna, que organiza la soberanía desde un principio de autorreferencialidad política, de manera que el pueblo gobernado pueda constituirse en pueblo gobernante. Y es que, en 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”¹.

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. No se trata de fundamentar el sufragio en un derecho natural preexistente a la organización del poder político, sino de señalar que ese poder es democrático si se ejerce y desarrolla según la orientación que le otorgan en cada momento los destinatarios inmediatos de sus decisiones, alcanzando así una legitimidad democrática. Como afirmó Carlo Esposito, “el contenido de la democracia no radica en que el pueblo sea la fuente histórica o ideal del poder, sino en que tenga el poder. Y no sólo en que tenga el poder constituyente, sino también en que a él correspondan los poderes constituidos; no en que tenga la nuda soberanía (que prácticamente no es nada), sino el ejercicio de la soberanía (que prácticamente lo es todo)”². El derecho de voto es, precisamente, una de las formas más importantes, sino la que más, de ese ejercicio de la soberanía, que prácticamente lo es todo. A su estudio se dedican estas páginas, estructuradas en dos partes diferenciadas y complementarias.

En la Primera Parte del libro, el acercamiento al derecho de voto es más teórico (se hablará del objeto del derecho, de las formas de ejercerlo, de la titularidad,...), pero teniendo muy presentes los problemas prácticos a los que deben dar solución las diferentes

¹. *Von Wesen und Wert der Demokratie* (Neudruck der zweiten, umgearbeiteten Auflage von 1929, Tubinga), Scientia Verlag Aalen, 1963, pág. 15; la primera edición española de la versión íntegra de esta obra ha sido editada por Juan Luis REQUEJO PAGÉS: *De la esencia y valor de la democracia*, KRK, Oviedo, 2006.

². “*Commento all’art. 1 della Costituzione italiana*”, en *Rasscolta di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milán, 1958, pág. 10.

opciones en presencia (¿debe extenderse este derecho a los extranjeros?, ¿pueden votar los nacionales residentes en otro Estado?, ¿es democráticamente aceptable la exclusión del sufragio activo de los policías y militares?, ¿y la de los presos?, ¿debe ser un derecho de ejercicio obligatorio?, ¿ofrece más ventajas que inconvenientes la introducción del voto electrónico?).

Estos interrogantes no constituyen meras preguntas retóricas, sino que reflejan disyuntivas del momento presente en todos los Estados democráticos, como muestran, por citar algunos ejemplos, la expansión, ya concretada o en trámite de realización, del voto electrónico en Iberoamérica (Brasil, México, Venezuela, Argentina, Colombia, Perú, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana,...), el progresivo reconocimiento del ejercicio del sufragio para los nacionales residentes en el exterior (España, Portugal, Colombia, Ecuador, Perú, México, Honduras, República Dominicana, Venezuela,...) o su extensión a los extranjeros que residan en el territorio nacional (Chile, Uruguay, Ecuador,...)³.

Por este motivo, en cada epígrafe se traerán a colación los concretos problemas que en la actualidad deben abordarse en los ordenamientos constitucionales, con especial referencia a los iberoamericanos, aunque sin omitir referencias a otras latitudes y culturas jurídicas (desde Europa y Sudáfrica a Australia, pasando por Canadá y Estados Unidos), y se mencionarán las respuestas que se han ido formulando, lo que nos permitirá observar que, en lo que al derecho de voto se refiere, las diferencias entre los sistemas son más aparentes que reales, y por ello puede resultar muy provechoso el diálogo entre los respectivos interlocutores jurídicos, legislativos, jurisprudenciales y doctrinales, sin que ninguno de ellos pueda asumir el papel de modelo ni los demás de meros imitadores.

Ejemplos de este diálogo entre culturas jurídicas se pueden encontrar en la Segunda Parte, donde se recoge una selección de decisiones judiciales relativas a las distintas cuestiones que han sido abordadas en la Primera Parte, donde ya suelen aparecer mencionadas y, en algunos casos, reproducidas de forma sucinta; es obvio que, como toda selección, tampoco la presente está libre de omisiones y olvidos. En el debe del que suscribe estas líneas también deben computarse todos los errores en los que haya incurrido

³. Para un conocimiento exhaustivo de los sistemas electorales de Centro y Sudamérica, además de las obras que se citarán para cuestiones especiales, son de obligada consulta los estudios de Diether NOHLEN (editor): *Elections in the Americas. A Data Handbook*, Oxford University Press, 2005; NOHLEN/ZOVATTO/OROZCO/THOMPSON (comps.): *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, IIDH/Idea Internacional/TEPJF/IFE/FCE, México, 2007; Daniel ZOVATTO/J. Jesús OROZCO (coords.): *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, UNAM/Idea Internacional, México, 2008, y Miguel CARBONELL/Jorge CARPIZO/Daniel ZOVATTO (coords.): *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, UNAM, México, 2009.

en la labor de traducción de las sentencias, cosa que no se ha hecho con las de lengua portuguesa para no empobrecer la riqueza que ofrece su lectura a un hispanohablante.

En esta Segunda Parte se incluyen tanto decisiones recientes como resoluciones que pueden ya considerarse clásicas, en tanto son de obligada referencia, como la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, de 15 de junio de 1964, la *BVerfGE* 89, 155, del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre el Tratado de Maastricht, de 12 de octubre de 1993; *Richard Sauvé c. Canada -Chief Electoral Officer-*, sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, de 31 de octubre de 2002, o *Hirst c. Reino Unido* (nº 2), sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en Gran Sala, de 6 de octubre de 2005.

La selección comprende sentencias de órganos internacionales, como la última citada, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta), *Comisión contra Bélgica*, de 9 de julio de 1998, o la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, al lado de decisiones de órganos estatales, generales (Tribunales Constitucionales alemán, español, italiano y portugués, Consejo Constitucional francés, Corte Constitucional colombiana, Tribunal Constitucional de Bolivia, Corte Suprema de Justicia de Argentina) o sectoriales (Tribunales Superiores Electorales de Brasil y México). Todas ellas han tenido importantes repercusiones teóricas y prácticas en el derecho de voto.

A lo largo del texto, y para identificar de manera rápida las distintas cuestiones tratadas, se incluye en el margen de cada párrafo, o grupo de párrafos relativos a un mismo asunto, una somera referencia conceptual, que se completa con un índice analítico final.

Aviso a navegantes: como se podrá comprobar de inmediato, siempre que ha sido posible se realizan remisiones a textos doctrinales, constitucionales y jurisprudenciales que se pueden consultar de manera libre y gratuita en Internet; todas las direcciones que se indican están operativas en la fecha de cierre de estas líneas (septiembre de 2011), si bien, como es obvio, nada se puede asegurar sobre su vigencia en momentos posteriores.

Estas páginas se empezaron de redactar el 17 de enero de 2011, fecha en la que se recuerda que hace 305 años nació Benjamín Franklin, quien contribuyó, entre otras muchas cosas, a la aprobación de la Declaración de Independencia y de la Constitución de Estados Unidos; él fue quien dijo que “el pueblo dispuesto a cambiar su libertad por seguridad no merece ninguna de las dos”.

“El derecho de voto es el derecho político fundamental porque garantiza todos los demás derechos”.

Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, de 10 de mayo de 1886⁴.

I.- El derecho de voto como derecho fundamental.

Como es bien sabido, el sufragio ya fue incluido en las primeras declaraciones de derechos, desde el *Bill of Rights*, de 13 de febrero de 1689 (8. “la elección de los miembros del Parlamento debe ser libre”), la *Declaración de derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia*, aprobada el 12 de junio de 1776 (VI. “todas las elecciones de representantes del pueblo en la asamblea deben ser libres; y que todos los hombres que hayan probado suficientemente su adhesión a la comunidad y un interés permanente con ella tienen derecho de sufragio, y no podrán ser gravados con impuestos o privados de su propiedad para uso público sin su propio consentimiento o el de sus representantes así elegidos, ni obligados por ninguna ley que no hayan consentido para el bien público”) hasta la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, de 26 de agosto de 1789 (artículo 6: “la Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente, o por medio de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles en todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos”)⁵.

El voto en las
Declaraciones
de derechos

Pero, a diferencia de lo que sucedió en la época liberal, en la que la intervención de los individuos en el ejercicio del poder desempeñaba, en última instancia, una función legitimadora de las limitaciones impuestas por el Legislador a la libertad “natural” de las personas, en un sistema democrático ese derecho a participar en los asuntos públicos no desempeña una mera función de legitimación, sino que canaliza el flujo de expectativas políticas de la sociedad al Estado, con lo que la comunidad se autodetermina de manera constante y puede decidir el sentido de su orientación política.

Autodeterminación
política de la
comunidad

El derecho a 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. No se trata de fundamentar el voto en un supuesto derecho natural preexistente a la organización del poder político, sino de aceptar que ese poder solo es

⁴. http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0118_0356_ZO.html.

⁵. Se pueden consultar en <http://constitucion.rediris.es/> en la sección de normativa/documentos constitucionales.

democrático si se ejercita y desarrolla según la orientación que le otorgan en cada momento los destinatarios inmediatos de sus decisiones.

La extraordinaria importancia de este derecho ha sido puesta de relieve en distintas latitudes y culturas jurídicas, tanto en textos doctrinales –ya Rousseau sostuvo en 1762 en *El Contrato social* que el derecho de votar es un derecho que nadie puede quitar a los ciudadanos⁶ y Madison afirmó en *El Federalista* (LII) que este derecho es un elemento esencial del gobierno republicano⁷, internacionales⁸ y jurisprudenciales –en *Yick Wo v. Hopkins*, de 10 de mayo de 1886, el Tribunal Supremo de Estados Unidos consideró que “el derecho de voto es el derecho político fundamental porque garantiza todos los demás derechos”⁹ y en *Yatama vs. Nicaragua*,¹⁰ de 23 de junio de 2005, la Corte Interamericana

*Yick Wo v.
Hopkins*

*Yatama vs.
Nicaragua*

⁶. *Du Contrat social*, Libro IV, Capítulo I; está disponible, entre otros sitios, en <http://abu.cnam.fr/cgi-bin/donner?contrat1>; http://un2sg4.unige.ch/athena/rousseau/jjr_cont.html

⁷. Los textos de *El Federalista* pueden leerse en diversos sitios y formatos; entre otros: <http://www.constitution.org/fed/federa00.htm> y <http://www.leftjustified.com/leftjust/lib/sc/ht/fed/index.html>

⁸. “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos... 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas, que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto” (artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos);

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; Votar y ser elegidos en elección periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores” (artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos);

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo” (artículo 3 del Protocolo n° 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos);

“Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores” (artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José-);

“La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia...” (artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana); estos textos se pueden consultar en <http://constitucion.rediris.es/> en la sección de normativa/documentos constitucionales.

⁹. 118 U.S. 356; 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° 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 por la *Carta* no son una cuestión de privilegio o de mérito, sino de pertenencia a la sociedad canadiense que no puede ser obviada a la ligera, lo que es particularmente cierto en el derecho de voto, piedra angular de la democracia....”;

de Derechos Humanos señaló que “los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político... El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política”.

En un sistema democrático el voto es, pues, un “derecho”; un poder reconocido por el ordenamiento a los individuos para que intervengan en la adopción de las decisiones políticas y en la formación de las normas a través de las que se expresa la voluntad popular. Desde una perspectiva jurídica, más que la participación efectiva lo que importa es la garantía de la misma, que se construye a partir de normas que aseguren el derecho a decidir, así como la libertad y la igualdad de la decisión. El componente de derecho significa que ese poder de decisión que se confiere al individuo es un fin en sí mismo, garantizando la posibilidad de participar y, sobre todo, que la decisión tenga consecuencias jurídicas, debiendo de imponerse como resultado con la mayor correspondencia posible con la voluntad manifestada por el pueblo.

Voto como
derecho

Con su incorporación a la Constitución, este derecho alcanza además el rango de fundamental, lo que, como es obvio, significa, como ya dijo en 1803 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Marbury v. Madison*¹¹, que “se impone sobre cualquier disposición legislativa que le sea contraria”, sea de ámbito estatal o regional¹². El carácter “fundamental” de la participación se deriva, pues, de su inclusión en la norma superior del ordenamiento, que le otorga un objeto y un contenido determinados, sobre los que el Legislador podrá realizar determinadas concreciones, pero siempre en el marco impuesto por el texto constitucional. Este rasgo es característico de las Constituciones democráticas, lo que impide que se produzca el fenómeno, frecuente durante el siglo XIX, de que el contenido del voto sea determinado por el Legislador ante el silencio de la Norma

Voto como
derecho
fundamental

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.

¹⁰. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec127.pdf>

¹¹. Puede leerse, entre otros sitios, en <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html>; traducida al castellano en <http://constitucion.rediris.es/principal/constituciones-marburyvsmadison.htm> y http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/marbury_madison.html

¹². Véase BASTIDA/VILLAVERDE/REQUEJO/PRESNO/ALÁEZ/FERNÁNDEZ: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 30 y sigs.

Suprema, y evita también que se puedan articular restricciones no admitidas ni queridas por el constituyente¹³.

El voto representa un ejemplo de derecho fundamental que no va a poder ser ejercido por el titular del mismo sin una previa intermediación del Legislador, lo que no impide afirmar que su incorporación al texto constitucional supone una disponibilidad potencialmente inmediata, que se concreta en la posibilidad de exigir que los poderes públicos arbitren la organización y los procedimientos necesarios para dar efectividad al derecho. La omisión o desatención de esta obligada intervención del Legislador hará emerger la eficacia directa de la norma iusfundamental, aunque sea en su contenido mínimo o esencial, lo que en la actualidad, como veremos con detalle más adelante, puede tener especial relevancia para determinados titulares del derecho de sufragio, como los ciegos o las personas que están en situación de detención policial¹⁴.

Derecho
necesitado de
organización y
procedimiento

En suma, el derecho fundamental de voto es un derecho subjetivo; es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas de participación

¹³. Como ha dicho el Tribunal Supremo de Canadá, “la analogía que establece [el Gobierno] entre las restricciones al derecho de voto de los menores y la supresión del derecho de los presos no es procedente, pues la decisión que adopta el Legislador en los dos casos es bien diferente. En el primer caso, toma una decisión basada en la situación empírica en las que se encuentran los ciudadanos mientras son menores; esta decisión no significa que la categoría excluida no sea digna de votar, sino que establece una forma de aplicación del sufragio universal; en el segundo caso, decide que ciertas personas, con independencia de su capacidad, no son dignas, moralmente, de votar; no “merecen” ser consideradas miembros de la comunidad... Pero no le corresponde al Legislador tomar esta decisión; la *Carta* la ha tomado por nosotros, garantizando el derecho de voto a “todo ciudadano”, colocando expresamente a los presos bajo su protección... La *Carta* afirma categóricamente que los presos son ciudadanos protegidos, y en ausencia de una reforma constitucional, el Legislador no puede cambiarlo...”, (*Sauvé c. Canada -Chief Electoral Officer-*), en

<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html>
<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

y

¹⁴. Así, y a propósito del sufragio de los invidentes en condiciones de libertad e igualdad que el resto de los titulares del derecho, la Corte Constitucional de Colombia concluyó que “el aislamiento del ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos limitados físicamente, significaría soslayar las anteriores normas constitucionales dado que el distanciamiento de la vida, en su dimensión política, coloca en situación de discriminación a un sector deprimido del pueblo. En este orden de ideas, el aparato estatal debe crear el ambiente propicio en el cual las personas con limitaciones físicas puedan desenvolverse con la dignidad humana que las caracteriza... Las anteriores razones son suficientes para que esta Sala, en la parte resolutoria de esta providencia, ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que con miras a las elecciones futuras implemente el sistema Braille en los tarjetones, de tal manera que se permita ejercer el derecho al sufragio a las personas que necesiten de este medio sin necesidad de estar acompañadas; permitiéndole al mismo tiempo a aquellos ciudadanos invidentes que no deseen usar o que no conozcan dicho sistema, que sigan ejerciendo el derecho al voto con un acompañante (Sentencia T-473/03 de 9 de junio de 2003)”, en http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/

Respecto al sufragio de las personas detenidas, la Corte Suprema de Justicia de Argentina (*Mignone, Emilio F.*, sentencia de 14 agosto de 2002) concluyó que “corresponde urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados y en este marco, esta Corte considera prudente disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses”; véase en <http://www.csjn.gov.ar/>

política (objeto del derecho). Con la fuerza normativa de la Constitución, ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de exigir a los poderes públicos que aseguren la intervención de manera directa o a través de representantes en el gobierno político de la comunidad¹⁵.

La “fundamentalidad” que la Constitución confiere a este derecho significa que lo dota de una disponibilidad para su titular potencialmente inmediata, y, como fuente de las demás fuentes del ordenamiento, lo preserva de su alteración o vulneración por normas infraconstitucionales y lo hace indisponible para el Legislador e, incluso, para el órgano de reforma constitucional, como ocurre, por citar dos ejemplos, con la Constitución de la República Federal de Alemania (artículo 79.3)¹⁶ y la Constitución de Portugal (artículo 288)¹⁷, que declaran irreformables, entre otros, los preceptos relativos al derecho de voto.

Derecho
indisponible
para el
Legislador

El contenido subjetivo del derecho de voto, entendido como el haz de facultades jurídicas atribuidas a su titular, no se incluye de manera exclusiva en el concreto precepto constitucional que lo enuncia¹⁸, sino que su objeto, contenido y límites habrán de deducirse

Enunciado
más o menos
abstracto

¹⁵. El Tribunal Superior Eleitoral de Brasil habla del “carácter autoaplicativo” de la Constitución en relación con la inclusión de los mayores de 16 años a efectos del sufragio; Resolución 15.072, de 28 de febrero de 1989; <http://www.tse.gov.br>

¹⁶. De acuerdo con ese artículo, “no está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20” y en el artículo 20 se proclama que “1. la República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. 2. Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. 3. El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho. 4. Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso”.

¹⁷. “Las leyes de revisión constitucional deberán respetar: a) La independencia nacional y la unidad del Estado; b) La forma republicana de gobierno; c) La separación de las Iglesias y el Estado; d) Los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; e) Los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales; f) La coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción; g) La existencia de planes económicos en el ámbito de una economía mixta; h) El sufragio universal, directo, secreto y periódico en la designación de los titulares electivos de los órganos de soberanía, de las regiones autónomas y del gobierno local, así como el sistema de representación proporcional; i) El pluralismo de expresión y organización política, incluyendo los partidos políticos, y el derecho de oposición democrática;...”

¹⁸. El artículo 37 de la Constitución argentina, los artículos 11 y 26 de la boliviana, 14 de la brasileña, 15 de la chilena, 40 y 258 de la colombiana, 93 de la costarricense, 88 de la dominicana, 62 de la ecuatoriana, 23 de la española, enmiendas XV, XIX, XXIV y XXVI de la estadounidense, 136 de la guatemalteca, 44 de la hondureña, 35, 36 y 41 de la mexicana, 2 de la nicaragüense, 129 de la panameña, 118 y siguientes de la paraguaya, 31 de la peruana, 48 de la portuguesa, 78 de la salvadoreña, 78 de la uruguaya, 62 y siguientes de la venezolana.

Estos textos pueden consultarse, entre otros sitios, en las siguientes páginas: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones/constituciones.shtml>; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/infojur/leg/inflegin.htm>; El Poder Legislativo en América Latina: <http://iberoame.usal.es/legislativo/legislativos/Normasyreglamentos/normasyreglamentos.htm>; y en <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

además de otros preceptos; en especial, de los que proclaman el carácter democrático del Estado, de los que regulan la elección de los distintos órganos de extracción política y, en su caso, de los que prevén formas de democracia directa. La necesidad de acudir a otros enunciados normativos para averiguar en qué consiste este derecho se deriva de una característica presente, en mayor o menor medida, en todos los derechos fundamentales: la peculiar estructura abstracta y abierta de sus formulaciones en los preceptos constitucionales que los contienen¹⁹.

Por este motivo es necesario precisar cuál es el objeto del derecho de voto reconocido en los textos constitucionales de referencia y esta tarea, en absoluto sencilla, exige conocer el modelo o modelos dogmáticos que están presentes en esa definición abstracta y, de manera previa, saber cuál es la concepción constitucional sobre la que se sustentan esas dogmáticas; la, en palabras de Ernst W. Böckenförde, “concepción constitucionalmente adecuada”²⁰.

Interpretación
constitucional-
mente adecuada

La importancia de mantener una teoría de los derechos fundamentales conforme a la Constitución aumenta, si cabe, en el examen del contenido esencial de los derechos, porque, si se prescinde de esa referencia, las teorías o modelos dogmáticos se autonomizan y la averiguación de tal contenido probablemente discurra por las categorías doctrinales elaboradas en el interior de dichos modelos, al margen de una explícita referencia constitucional o por remisión a principios funcionales de la Constitución, entendida ésta no como norma, sino como instrumento político de integración y de estabilidad del orden.

El proceso de determinación de cuál es la dogmática adecuada no puede consistir, como es obvio, en que el intérprete lo decida por sí mismo, pues si así fuera se estaría proyectando la concepción personal sobre la Constitución y los derechos fundamentales para, de esta manera, acomodar el precepto a esa comprensión previa del derecho. El texto constitucional tiene que ser el punto de partida y no el de llegada de la tarea interpretativa,

¹⁹. Como explica Ignacio DE OTTO, el carácter abstracto de la definición de los derechos deriva, “por una parte, de que ésta se hace mencionando genéricamente una conducta que en la realidad ha de transcurrir siempre como algo concreto, susceptible de múltiples modalidades y, de otra, de que la definición del derecho se hace prescindiendo de la pluralidad de facultades con que puede alcanzarse el fin al que el derecho sirve como instrumento; “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en *Derechos fundamentales y Constitución* (edición de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO e Ignacio DE OTTO Y PARDO), Civitas, Madrid, 1988, p. 157.

²⁰. “Die Methode der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 46, 1976, pág. 2098.; sobre esta metodología véase también su “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation,” en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 35, 1974, pág. 1529 y sigs. Estos trabajos están incluidos en la traducción de los *Escritos sobre Derechos Fundamentales* realizada por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez para Nomos, Baden-Baden, 1993, págs. 13 y sigs., y 44 y sigs.

por lo que ésta ha de partir de lo que al respecto se haya establecido en aquél. Esto es lo que explica la especial atención que se debe prestar a uno de los principios estructurales de la Norma Fundamental, el democrático, que se irradia a la totalidad del ordenamiento constitucional, y, en particular, a un derecho como el de sufragio.

Como es obvio, las consideraciones que aquí se hacen toman como referencia los preceptos de las Constituciones que son objeto de mención, si bien puede ocurrir que no se puedan aplicar en su integridad a todas ellas.

“Democracia significa identidad entre dirigentes y dirigidos, entre sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo”.
Hans Kelsen, *Von Wesen und Wert der Demokratie*, 1929.

II.- El objeto del derecho de voto, su ejercicio y las formas de ejercerlo.

Es necesario, antes de entrar en el análisis del objeto, ejercicio e instrumentos de realización del derecho de voto, aclarar qué se va a entender aquí por objeto y ejercicio de los derechos fundamentales. La tesis que aquí se comparte es la que sostiene que el objeto de un derecho es lo definido de manera abstracta en una serie de enunciados constitucionales, donde se incluyen las facultades o posibilidades de actuación y los límites a las mismas necesarios para identificar el derecho. El ejercicio del derecho consiste en llevar a cabo alguna de las conductas posibles del mismo o de las facultades para su defensa o mejor realización²¹ y, puesto que el ejercicio de los derechos no es otra cosa que la realización de aquel objeto, no es admisible el establecimiento de disciplinas distintas para uno y otro. La diferencia entre el objeto concreto de un derecho y la esfera de su ejercicio no expresa otra cosa que la fisonomía estática y dinámica del ámbito normativo en que el derecho consiste.

Objeto de los
derechos
fundamentales

Dicho lo anterior, debe precisarse ahora cuál es el objeto que el texto constitucional atribuye al derecho de voto. Como se ha indicado más arriba, no siempre es algo que quepa extraer del mero análisis del concreto artículo de la Norma Fundamental que lo reconoce, sino que al tiempo han de tenerse en cuenta otros preceptos relativos a este derecho y, en especial, aquéllos en los que se establece el carácter democrático del Estado.

Para esclarecer el objeto de un derecho fundamental es necesario, en primer lugar, identificar el ámbito de la realidad aludido y lo que no forma parte del mismo y, en segundo término, averiguar cuál es el tratamiento jurídico derivado del precepto o preceptos que reconocen el derecho²².

En el derecho que nos ocupa, el ámbito garantizado es la autodeterminación política de los individuos que están sujetos a un determinado sistema jurídico; lo que asegura este derecho es la facultad de intervenir en los asuntos políticos, por lo queda fuera del voto, aunque puede estar protegida por otro derecho, la participación que no es política; en segundo lugar, esa intervención ha de realizarse de manera directa o por medio de representantes elegidos con libertad en elecciones periódicas por sufragio universal.

Objeto del
derecho de voto

²¹. Definiciones propuestas por Ignacio VILLAYERDE MENÉNDEZ: “Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales”, en *Revista Jurídica de Asturias*, nº 22, 1998, págs. 33 y sigs.; en concreto, pág. 36.

²². Sobre estas operaciones, véase Ignacio DE OTTO: “La regulación del ejercicio...”, *ob. cit.*, pág. 142.

De los enunciados constitucionales resulta que el sufragio no se limita a la elección o a la votación, no se agota en la libertad misma (el acto de votar), sino que se dirige a que la voluntad de los individuos se convierta en voluntad del Estado.

De esta manera, el voto permite la realización de los valores del ordenamiento relacionados con la democracia: la libertad, la igualdad y el pluralismo político. Sirve a la libertad porque se concibe como la expresión, manifestada de manera autónoma y voluntaria, de la opción personal sobre el modo en que debe desarrollarse la ordenación política del sistema social; a la igualdad porque se atribuye el mismo valor a todos los actos de participación, como consecuencia del idéntico valor de todas las opciones, lo que a su vez tiene relación directa con el pluralismo político, que se define como la garantía de la existencia de distintas maneras de entender la organización del poder político dentro de la sociedad y la atribución a todas ellas de similares posibilidades de realización práctica. Así, se realiza la democracia y, al tiempo, se asegura la autonomía del proceso político respecto de otros procesos que se desarrollan dentro del sistema social, autonomía que resulta fundamental para la “legitimación mediante procedimientos” y la consiguiente reducción de la complejidad social²³.

La autodeterminación política de los individuos, su posibilidad de decidir sobre el contenido de las normas a las que van a estar sometidos, se realiza, se *ejercita*, tomando parte en los procesos de elaboración y aprobación de las decisiones relativas al desempeño del poder, conformando así el estatuto político de la comunidad y a la propia comunidad como una entidad política. No en vano eso es lo que significa “participar”: tomar o ser parte, y la intervención de la parte, el individuo, en la toma de decisiones es lo que hace posible la existencia del todo, de la comunidad política. Y nuestra comunidad política, jurídicamente organizada, en tanto asume como uno de sus principios constitutivos la democracia, a su vez se compromete a favorecer la intervención de los individuos, lo que sin duda contribuye a dotar de carácter “autorreferencial” al sistema. Esta participación constituye la vertiente dinámica de la autodeterminación política y a su vez se concreta en las formas previstas en los textos constitucionales para su ejercicio, con lo que estos medios de realización, de ejercicio del derecho, se integran en su contenido constitucional y gozan de las mismas garantías.

Ejercicio del
derecho de
voto

Ahora bien, como ya se ha dicho, el primer elemento para la determinación del objeto del derecho de voto es la identificación de la realidad aludida; en nuestro caso, la

Participación
política

²³. Sobre la capacidad legitimadora de los procedimientos, véase Niklas LUHMANN: *Legitimation durch Verfahren*, (3. Auflage), Luchterhand, Darmstadt/Neuwied, 1978, pags. 73 y sigs., y 159 y sigs.

participación de la que se está hablando no es todo tipo de intervención en los asuntos públicos cualquiera que sea su índole y condición. Ha de ser “política”, como expresión del ejercicio de la soberanía, y esta exigencia se cumple bien cuando los ciudadanos se pronuncian de manera inmediata sobre la aprobación o derogación de una norma jurídica (referéndum abrogativo o derogativo)²⁴ o se manifiestan acerca de una decisión política, o bien a través de los procesos para la elección de cargos de representación política.

Como es obvio, también existen otras formas de participación política reconocidas en los textos constitucionales de los Estados democráticos, como la creación de partidos o la presentación de iniciativas legislativas, pero no se trata de formas de ejercicio del derecho de voto. Y, además, se reconocen formas de participación, como la que ejercitan los trabajadores en los procesos electorales sindicales, que no son “políticas” y, por lo tanto, no forman parte del conjunto de conductas protegidas por la Constitución dentro del derecho de sufragio²⁵.

La exclusión de los supuestos mencionados, o de otros similares, se debe a que en ellos no concurren dos exigencias necesarias: en primer término, el carácter político de la participación. Para determinar si estamos o no ante el derecho de voto encuadrable en la participación política habrá que atender, no solo a la naturaleza y forma del llamamiento, sino también a su finalidad: sólo allí donde la llamada a la participación comporte, finalmente, el ejercicio, directo o por medio de representantes, del poder político -esto es, sólo allí donde se llame al pueblo como titular de ese poder- estaremos en el marco del

²⁴. Es clave en esta materia la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 2 de febrero de 1978, que extractamos en la segunda parte; nos hemos ocupado de esta cuestión en Miguel A. PRESNO LINERA/Roger CAMPIONE: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad*, CEPC, Madrid, 2009; la sentencia puede leerse íntegra en la dirección electrónica del Tribunal <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>

²⁵. Como ha dicho el Tribunal Constitucional español (STC 189/1993, de 14 de junio): “5... Se ha de señalar que ninguna vulneración del artículo 23.1 de la Constitución española entraña el cómputo de las horas dedicadas al ejercicio del derecho de elección de los representantes de los trabajadores en la empresa, esto es, el tiempo invertido en participar en las denominadas «elecciones sindicales», a efectos de la mencionada cláusula del Convenio Colectivo, pues el ejercicio de tal derecho no está amparado por el mencionado derecho al sufragio (artículo 23.1 C. E.), encontrando sólo una directa vinculación en el artículo 129.2 de la Constitución española, como una manifestación de las «diversas formas de participación en la empresa» (SSTC 98/1985, 208/1989 y 197/1990). Ha de tenerse en cuenta que los órganos de representación unitaria y electiva en la empresa no son estructuras de participación de los ciudadanos en la vida política, sino instancias organizativas de los trabajadores en los asuntos de empresa. Lo que ejercitan los trabajadores en los procesos electorales sindicales no es una parcela subjetivizada del derecho que regula el artículo 23.1 C.E., sino un singular derecho, emanación del legislador, que se enmarca en las modalidades participativas de acceso de los trabajadores a la empresa. De suerte que al no poderse configurar el tiempo dedicado a emitir el voto para la elección de representantes unitarios en el seno de la empresa como un verdadero derecho fundamental al sufragio activo (artículo 23.1 C.E.), ha de concluirse que el cómputo de las elecciones sindicales con pérdida del incentivo por reducción del absentismo cuando se alcanza un determinado porcentaje de inasistencia a la empresa, no atenta al derecho garantizado en el artículo 23.1...”. Puede leerse en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

derecho de voto, lo que no sucede, por citar un ejemplo, en las elecciones a un órgano de gobierno universitario (el Rector, por ejemplo), donde los miembros del cuerpo electoral lo son por su pertenencia a la comunidad universitaria.

En segundo lugar, el reconocimiento de la facultad de participar a todos los individuos ha de basarse precisamente en la condición de sujetos a un determinado ordenamiento y, por consiguiente, en la abstracción de cualquier otra circunstancia personal, económica o social (ser trabajador asalariado, integrante de una corporación profesional, miembro de una institución universitaria,...)²⁶. No es esto lo que sucede, por seguir con el ejemplo citado, en las elecciones universitarias, dirigidas a que en su gobierno y en el de sus centros quede asegurada la representación de los diferentes sectores de la comunidad universitaria.

Sujetos
facultados para
participar

En definitiva, dentro de la categoría más amplia de la participación es posible distinguir la que es “política” de la que no lo es. Una vez determinados los criterios para identificar a la que sí es política, aquí únicamente nos ocupamos de la que se ejerce a través del voto, tanto en consultas de democracia directa como en las propias de la democracia representativa.

²⁶. Como se afirma en la Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11 de 1995, de 16 de enero, (STC 11/1995), “este Tribunal ha rechazado la pretendida vinculación entre la condición de miembro de la Junta de Gobierno de una Facultad y el artículo 23 C.E. (STC 212/1993), o entre este mismo precepto y la elección de representantes sindicales, pues «lo que ejercitan los trabajadores en los procesos electorales sindicales no es una parcela subjetivizada del derecho que regula el artículo 23.1 C.E., sino un singular derecho, emanación del Legislador, que se enmarca en las modalidades participativas de acceso de los trabajadores a la empresa» (STC 189/1993, fundamento jurídico 5.). E igualmente ha concluido que los cargos de la Junta de Gobierno de un Colegio de Abogados no se encuentran incluidos entre los cargos públicos que contempla el artículo 23.2 de la Constitución (STC 23/1984), y lo mismo cabe decir del Secretario de un Colegio público (STC 80/1994).” (F. 2); puede consultarse en

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

“Cuando un pueblo empieza a poner trabas para que alguien tenga derecho al sufragio, podemos estar seguros de que tarde o temprano lo abolirá por completo. Esa es una de las reglas más invariables del comportamiento social. Cuanto más lejos se extienda el límite de los derechos de voto, tanto más fuerte será la necesidad de ampliarlos aún más, ya que las fuerzas de la democracia se fortalecen con cada nueva concesión y sus exigencias aumentan a medida que se acrecienta su poder.”

Alexis de Tocqueville: *La democracia en América*²⁷, 1835, Volumen I, Capítulo IV²⁸.

III.- El desarrollo legislativo del derecho de voto.

Las Constituciones realizan diversas remisiones a las normas legales que han de desarrollar este derecho²⁹. Voto en las Constituciones

Lo que estos preceptos encomiendan a la Ley no es regular el derecho, sino desarrollar la norma constitucional; con ello se atiende al mencionado problema de las normas constitucionales de reconocimiento de derechos: su carácter abstracto, que resulta de la mención genérica de las conductas, que en realidad han de transcurrir siempre como algo concreto. A esa concreción de la definición genérica y abstracta se refiere el Desarrollo del derecho

²⁷. Véase http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/democratie_tome1.html en francés y http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/toc_indx.html en inglés.

²⁸ “Del principio de soberanía popular en América”; puede leerse en francés en http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/livre_1_p1_ch_4 y en inglés en http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/1_ch04.htm;

²⁹. Así, el artículo 37 de la Constitución argentina “garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio”; el artículo 14 de la Constitución brasileña dice: “A soberanía popular será ejercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei...”; el artículo 103 de la Constitución de Colombia: “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará...”; en la Constitución de Costa Rica (artículo 95) se lee “La ley regulará el ejercicio del sufragio”; según el artículo 68.1 de la Constitución española, “el Congreso de compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley”; por su parte, el artículo 69.2 declara que “en cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica”. La Constitución de Guatemala (artículo 223) dispone que “todo lo relativo al ejercicio del sufragio, los derechos políticos, organizaciones políticas, autoridades y órganos electorales y proceso electoral, será regulado por la ley constitucional de la materia”; la Constitución mexicana (artículo 36) configura como deber de los ciudadanos “votar en las elecciones populares en los términos que señale la Ley”; la de Paraguay (artículo 117): “los ciudadanos, sin distinción de sexo, tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, en la forma que determine esta Constitución y las leyes”; la Constitución peruana (artículo 31) atribuye a los ciudadanos “el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”; la de Uruguay (artículo 77): “el sufragio se ejercerá en la forma que determine la ley” y la de Venezuela (artículo 63) “...La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.” <http://www.cervantesvirtual.com/porta/constituciones/constituciones.shtml>; <http://iberoame.usal.es/legislativo/legislativos/Normasyreglamentos/normasyreglamentos.htm>; <http://www.juridicas.unam.mx/infojur/leg/inflegin.htm>; <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas³⁰, y las leyes a las que remiten las distintas Constituciones son en el caso del derecho de voto de existencia ineludible³¹, pero, como es obvio, su contenido no puede restringir el ámbito mínimo del derecho constitucionalmente garantizado³², para cuya delimitación también han de tenerse en cuenta los compromisos internacionales asumidos por el Estado³³.

Como se puede comprobar en el enunciado de los preceptos citados, nos encontramos con reservas específicas que inciden en la idea de que el desarrollo “directo” de este derecho fundamental requiere la aprobación de una o varias normas legales, que al regular su ejercicio lo hacen posible, pues ni la participación en las consultas de tipo plebiscitario o en los referendos, ni la elección de los representantes políticos, pueden llevarse a cabo sin normas que disciplinen el ejercicio de este derecho constitucionalmente garantizado³⁴.

Reservas
legales

No obstante, el grado de concreción, y el correlativo margen de discrecionalidad del Legislador llamado a desarrollar las normas constitucionales, varía de manera importante en unos y otros sistemas constitucionales, siendo, como resulta evidente, menor en los supuestos en que los propios textos constitucionales contemplan el voto de un modo muy pormenorizado, y mucho mayor en aquellos casos en los que la Norma Suprema se pronuncia de manera más genérica. Las Constituciones de Brasil³⁵, Costa Rica³⁶ y México³⁷,

³⁰. Cfr. al respecto Ignacio DE OTTO Y PARDO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 117; este autor se extiende sobre esta cuestión en “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades...”, *ob. cit.*

³¹. Sobre esta cuestión, véase el estudio de Juan Luis REQUEJO PAGÉS: “Constitución y remisión normativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, págs. 115 y sigs; en especial, pág. 134.

³². Ya hemos recordado que, en palabras del Tribunal Supremo de Canadá, “no le corresponde al Legislador tomar esta decisión [privar del sufragio a los presos]; la *Carta* la ha tomado por nosotros, garantizando el derecho de voto a “todo ciudadano”, colocando expresamente a los presos bajo su protección... La *Carta* afirma categóricamente que los presos son ciudadanos protegidos, y en ausencia de una reforma constitucional, el Legislador no puede cambiarlo...”, (*Sauvé c. Canada -Chief Electoral Officer-*), en <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html>
<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

³³. Y “aunque los Estados parte disponen de un margen considerable para establecer, en el marco de su sistema constitucional, las normas que han de regir las elecciones legislativas y la composición de su Parlamento y que los criterios a tener en cuenta pueden variar en función de las circunstancias históricas y políticas de cada Estado, en todo caso, estas normas no pueden excluir a determinadas personas o grupos de personas de la participación en la vida política del país; en especial de la elección del Parlamento”, asunto *Aziz c. Chipre*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de junio de 2004; disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>

³⁴. Véase Javier JIMÉNEZ CAMPO: “El Legislador de los derechos fundamentales”, *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, pág. 492.

³⁵. Artículo 14: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I. plebiscito; II. referendo; III. iniciativa popular. § 1.º O alistamento eleitoral e o voto são: I. obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II. facultativos para: a. os analfabetos; b. os maiores de setenta anos; c. os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2.º Não

podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos...”.

³⁶. Artículo 95: “La ley regulará el ejercicio del sufragio de acuerdo con los siguientes principios: 1. Autonomía de la función electoral; 2. Obligación del Estado de inscribir, de oficio, a los ciudadanos en el Registro Civil y de proveerles de cédula de identidad para ejercer el sufragio; 3. Garantías efectivas de libertad, orden, pureza e imparcialidad por parte de las autoridades gubernativas; 4. Garantías de que el sistema para emitir el sufragio les facilita a los ciudadanos el ejercicio de ese derecho; 5. Identificación del elector por medio de cédula con fotografía u otro medio técnico adecuado dispuesto por ley para tal efecto; 6. Garantías de representación para las minorías. 7. Garantías de pluralismo político; 8. Garantías para la designación de autoridades y candidatos de los partidos políticos, según los principios democráticos y sin discriminación por género.

³⁷. Artículo 35.- Son prerrogativas del ciudadano: I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la Ley; III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;...

Artículo 36.- Son obligaciones del ciudadano de la República: III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la Ley;...

Artículo 41: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, conforme a las siguientes bases:

I. Los partidos políticos son entidades de interés público; la Ley determinará las formas específicas de su intervención en el proceso electoral. Los partidos políticos nacionales tendrán derecho a participar en las elecciones estatales y municipales.

Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Sólo los ciudadanos podrán afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos;

II. La Ley garantizará que los partidos políticos nacionales cuenten de manera equitativa con elementos para llevara cabo sus actividades. Por tanto, tendrán derecho al uso en forma permanente de los medios de comunicación social, de acuerdo con las formas y procedimientos que establezca la misma. Además, la Ley señalará las reglas a que se sujetará el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales, debiendo garantizar que los recursos públicos prevalezcan sobre los de origen privado...

III. La organización de las elecciones federales es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autónomo denominado Instituto Federal Electoral, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos, en los términos que ordene la Ley. En el ejercicio de esa función estatal, la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad serán principios rectores.

El Instituto Federal Electoral será autoridad en la materia, independiente en sus decisiones y funcionamiento y profesional en su desempeño; contará en su estructura con órganos de dirección, ejecutivos, técnicos y de vigilancia. El Consejo General será su órgano superior de dirección y se integrará por un consejero Presidente y ocho consejeros electorales, y concurrirán, con voz pero sin voto, los consejeros del Poder Legislativo, los representantes de los partidos políticos y un Secretario Ejecutivo; la Ley determinará las reglas para la organización y funcionamiento de los órganos, así como las relaciones de mando entre éstos. Los órganos ejecutivos y técnicos dispondrán del personal calificado necesario para prestar el servicio profesional electoral. Las disposiciones de la Ley electoral y del Estatuto que con base en ella apruebe el Consejo General, regirán las relaciones de trabajo de los servidores del organismo público. Los órganos de vigilancia se integrarán mayoritariamente por representantes de los partidos políticos nacionales. Las mesas directivas de casilla estarán integradas por ciudadanos...

IV. Para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación en los términos que señalen esta Constitución y la Ley. Dicho sistema dará definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales y garantizará la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votado y de asociación, en los términos del Artículo

por mencionar algunos casos, representan buenos ejemplos de configuración muy precisa del sufragio.

En todo caso, la fuerza normativa del derecho fundamental y su pretensión de eficacia inmediata condicionan la posición y la actuación del Legislador, que no puede desconocer ni los límites que la Constitución le marca (por ejemplo, no podría fijar una edad para el ejercicio del sufragio superior a la prevista en la Norma Fundamental) ni ignorar que cuando es llamado a desarrollar el objeto de este derecho lo es con carácter imperativo, para dar efectividad a la norma iusfundamental. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales” (caso *Yatama vs. Nicaragua*)³⁸.

Límite al
Legislador

*Yatama vs.
Nicaragua*

El objeto esencial del derecho de voto ya se evidencia antes de que se haya aprobado una ley que lo desarrolle; en este supuesto no actúa como un límite al Legislador, ya que éste todavía no ha aprobado la norma, sino que funciona como una fuente constitucional directa de apoderamiento para el titular del derecho, de manera que éste pueda accionar para preservar el ámbito de libertad garantizado.

Esta operatividad se evidencia también cuando el Legislador ha actuado, pero con omisiones que lesionan de manera inmediata el objeto del derecho, como declaró, por ejemplo, a propósito del sufragio de los ciegos, la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-473/03 de 9 de junio de 2003)³⁹, al concluir que

“..., el aparato estatal debe crear el ambiente propicio en el cual las personas con limitaciones físicas puedan desenvolverse con la dignidad humana que las caracteriza... Las anteriores razones son suficientes para que esta Sala, en la parte resolutive de esta providencia, ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que con miras a las elecciones futuras implemente el sistema Braile en los tarjetones, de tal manera que se

99 de esta Constitución. En materia electoral la interposición de los medios de impugnación constitucionales o legales no producirá efectos suspensivos sobre la resolución o el acto impugnado.”

³⁸. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jsiec127.pdf>

³⁹. http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/

permita ejercer el derecho al sufragio a las personas que necesiten de este medio sin necesidad de estar acompañadas...”

En consecuencia, el derecho de voto debe ser desarrollado legislativamente sin que por ese motivo pierda su fundamentalidad, siempre que con dicha regulación infraconstitucional no se disponga de su existencia en el ordenamiento jurídico. Esa es la función del denominado límite del contenido esencial del derecho: que la intervención del Legislador siempre sea conforme al contenido abstracto con el que la Constitución ha dotado al derecho de voto, con lo que únicamente cabría imponerle aquellos límites que la propia Constitución reconoce y en los términos que ella prevé. Como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “ninguna de las condiciones impuestas pueden afectar a la libre expresión del pueblo para la elección del poder legislativo; dicho de otra manera, deben reflejar, y no contravenir, la integridad y efectividad de un procedimiento electoral dirigido a expresar la voluntad popular a través del sufragio universal”⁴⁰.

Contenido
esencial

Además, con la exigencia del desarrollo legislativo se cumple una de las funciones que corresponden a las reservas de ley en el seno de una Constitución democrática: que sean únicamente los “representantes del pueblo” los que decidan los términos en los que se regulará ese derecho fundamental, de forma que toda intervención del Estado se realice de acuerdo con lo establecido en la norma creada por esos representantes. Así se consagra el “derecho al rango”; es decir, el derecho a que el Legislador efectúe sus intervenciones en el derecho de voto respetando el rango y procedimiento de elaboración de normas que la Constitución le exige en cada caso; de este modo se realiza la función de garantía del derecho que corresponde a la reserva de ley, sobre la que se volverá al final de estas páginas.

Reserva a los
representantes
del pueblo

El voto constituye un buen ejemplo de un derecho cuyas expectativas de conducta sólo pueden existir y realizarse si media la colaboración de los poderes públicos y, en especial, del Parlamento, pues requiere para su ejercicio el establecimiento de normas de procedimiento y organización. El Legislador está llamado a configurar la dimensión subjetiva del derecho fundamental, de forma que ésta sólo podrá ejercerse en los términos previstos en esa norma legal.

Derecho que
requiere normas
de organización
y procedimiento

Pero, además de la obligación negativa del Legislador de no lesionar la esfera individual del derecho de voto, existe también la obligación positiva de contribuir a su efectividad, que adquiere especial relevancia en un derecho que podría quedar vacío de no

Doble
dimensión del
derecho

⁴⁰. Asunto *Hirst c. Reino Unido* (nº 2), 6 de octubre de 2005, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en Gran Sala, en <http://cmiskp.echr.coe.int/>

establecerse los supuestos para su defensa y realización. Es decir, y por utilizar unas palabras ya clásicas del Tribunal Constitucional Federal alemán [*BVerfGE* 7, 198, (207)], junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público, aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido que se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento⁴¹.

Dimensión
objetiva

La obligación que se deriva de la dimensión objetiva del derecho fundamental incide en el contenido y el objeto del derecho, e impone a los poderes públicos, de un lado, el deber positivo de protegerlo y, de otro lado, les obliga a abstenerse de realizar cualquier acto que pueda resultar contrario al citado deber positivo.

De esta dimensión objetiva de la norma que garantiza el derecho de voto se derivan los efectos irradiante y recíproco. Hablamos del *efecto irradiante* para expresar la necesaria proyección del derecho fundamental como norma de principio en todos los sectores del ordenamiento, con lo que tiene que hacerse notar a la hora de interpretar y aplicar las normas que integran cada una de las ramas (penal, laboral, administrativa,...). En lo que respecta al Legislador, se manifiesta en la obligación de que tenga bien presente el derecho fundamental en su labor normativa, lo que implica el deber de disciplinarlo de la manera más favorable para su observancia, y como mínimo de forma que no se desconozca su contenido esencial; y por lo que se refiere a los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales, la dimensión objetiva del derecho de voto les obliga a que en su labor aplicativa del ordenamiento controlen la adecuación de las normas en presencia a la dimensión objetiva del derecho fundamental. En algunos casos esta tarea conducirá a la declaración de que no existen las disposiciones necesarias, como concluyó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) en el asunto *Comisión contra Bélgica*⁴².

Efecto
irradiante

Principio de
proporcionalidad

*Comisión c.
Bélgica*

Por su parte, el *efecto recíproco* se produce entre el derecho de voto y las leyes que disciplinan su ejercicio, generándose un régimen de concurrencia normativa, de manera que tanto las normas que lo regulan como las que establecen límites a su ejercicio actúan recíprocamente y, como resultado, la fuerza expansiva propia del derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí deriva la

⁴¹. <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv007198.html> y <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

Nos extendemos sobre la doble dimensión de las normas que garantizan derechos fundamentales en *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*,..., págs. 50 y sigs.

⁴². Este Tribunal declaró que “el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del párrafo primero del artículo 14 de la Directiva 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, al no adoptar dentro del plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva”; véase en <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>

exigencia de que los límites al derecho tengan que ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la esencia y eficacia del mismo.

Es aquí donde adquiere especial relevancia el “principio de proporcionalidad”⁴³, en virtud del cual los poderes Ejecutivo y Judicial han de utilizar las medidas limitativas del derecho de sufragio que sean idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto para la consecución de los fines constitucionalmente lícitos predeterminados por la ley. La finalidad del citado principio es evitar que los poderes públicos que tengan atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren, al hacerlo, su contenido esencial.

No obstante, parece que respecto del Legislador democrático la vigencia del principio de proporcionalidad habrá de tener un sentido diferente en atención al carácter abierto de las normas que integran la Norma Fundamental. El efecto recíproco, a nuestro juicio, obliga al Legislador a que en su labor limitativa observe el respeto debido a los términos constitucionales que mediatizan su tarea y, en segundo lugar, a que esta última no sea arbitraria o irrazonable, pero no impone que sea “proporcional” en el sentido ya explicado antes de dicho término, pues si así fuera se estaría desposeyendo al Legislador de su papel protagonista en la articulación de la política de derechos fundamentales, lo que conduciría a una reducción y no a un refuerzo de su eficacia.

Finalmente, surgen dos preguntas: una sobre el contenido que ha de incluir la legislación electoral y otra acerca de si se necesita una misma ley para los diferentes procesos de ejercicio del derecho de sufragio.

A la primera se puede contestar que para que una ley merezca el calificativo de electoral es necesario que contenga por lo menos el núcleo central de la normativa atinente al proceso de ejercicio del voto, materia en la que se comprende lo relativo a quiénes pueden ejercer el derecho, a quiénes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y con qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial.

Contenido Ley electoral

Respecto a la segunda cuestión, relativa a la existencia de una misma ley para todos los procesos electorales, no existe inconveniente teórico para que el desarrollo legislativo del derecho de voto se realice en diferentes bloques normativos: por un lado, la

Ley o leyes electorales

⁴³. Sobre el principio de proporcionalidad, véase el completo estudio de Carlos BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición actualizada, Madrid, 2005; sobre su control en el ámbito administrativo, Daniel SARMIENTO: *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004..

participación en plebiscitos y referendos; el régimen de las elecciones locales en la norma que incluya el sistema de organización y funcionamiento de estas entidades; el sufragio correspondiente a las elecciones legislativas estatales y, en su caso, presidenciales, en la norma que establezca el régimen electoral general, y el sufragio que se ejerce en las elecciones a las Asambleas Legislativas de los entes territoriales con autonomía política en las normas legales aprobadas por estas instituciones. No obstante, que sea posible esta diversidad normativa no significa que sea deseable desde la perspectiva de la seguridad jurídica y de la ordenación sistemática de los procesos electorales.

“Un hombre tiene hoy un asno que vale cincuenta dólares y esa posesión le da derecho de voto; sin embargo, el asno muere antes de la siguiente elección; mientras, el hombre adquirió más experiencia, su conocimiento de los principios del gobierno y su comprensión de la humanidad son más amplios, por lo cual está más capacitado para hacer una selección sensata de representantes. Pero el asno ha muerto y el hombre no puede votar. Entonces, caballeros, les suplico que me informen ¿en quién se basaba el derecho al sufragio? ¿En el hombre o en el asno?”.

Benjamín Franklin, en respuesta a una carta de John Adams sobre el derecho de sufragio, 1776.

“La historia de la humanidad es una historia de repetidos agravios y usurpaciones perpetradas por el hombre contra la mujer, encaminados al objetivo directo de establecer una tiranía absoluta sobre ella. Él jamás ha permitido que ella ejerza su derecho inalienable de votar en las elecciones. Él la ha obligado a someterse a leyes en cuya formulación ella no tuvo derecho de opinar. Al privarla de este derecho al sufragio, el primer derecho de todo ciudadano, la ha dejado sin representación alguna en los recintos de la legislación. Él la ha oprimido en todos los aspectos.”

Declaración de la Convención de Seneca Falls⁴⁴, 1848.

IV.- La titularidad del derecho de voto y las abstracciones necesarias para garantizar su carácter universal.

Como ya se ha dicho, el carácter democrático de un sistema jurídico tiene como premisa lógica que la intervención de los individuos en el ejercicio del poder no se reduzca a una función legitimadora de las limitaciones impuestas por el Legislador a la libertad de las personas, sino que garantice la participación de los destinatarios de las decisiones políticas y de las normas en su proceso de elaboración. Esta posibilidad de intervenir se le reconoce a la persona como un derecho y, en consecuencia, deberían poder participar todos los sometidos de manera continuada a un determinado ordenamiento, si bien puede ocurrir que dicho sistema jurídico no realice una abstracción total de las circunstancias personales de los individuos y requiera la concurrencia de una serie de requisitos, siempre que con estas exigencias no menoscabe la esencial abstracción de las condiciones sociales, culturales y económicas que ha de presidir el reconocimiento del voto como un derecho de todos.

Legitimados
para
participar

Antes de continuar es necesaria una precisión, aunque sea breve, sobre la titularidad de los derechos fundamentales y las opciones que se presentan al constituyente a la hora de establecer los principios rectores en esta materia.

Titulares de
los derechos

En el momento de determinar en quién puede recaer la titularidad de un derecho fundamental suelen plantearse cuatro grandes opciones: si es necesaria la personalidad para ser titular del derecho; si son titulares únicamente las personas físicas o si pueden serlo

⁴⁴. <http://clio.rediris.es/udidactica/sufragismo2/inicfemusa.htm>

además las jurídicas; si se exige, o no, la mayoría de edad y, por último, si se reduce el ámbito de los titulares a los nacionales o si puede extenderse a los extranjeros⁴⁵.

Sobre la primera cuestión, debe recordarse que en la mayoría de los ordenamientos vigentes el *nasciturus* no es titular de derechos fundamentales, aunque sí suele gozar de la condición de bien constitucionalmente protegido⁴⁶; en suma, la titularidad plena de los derechos fundamentales se atribuye a las personas nacidas.

Despejada esta primera alternativa, surge una duda referida al reconocimiento exclusivo de los derechos a las personas físicas o a la posibilidad de extenderlo a las personas jurídicas. Con carácter general, no se puede negar a las personas jurídicas de derecho privado la titularidad de aquellos derechos fundamentales que, por su naturaleza, sean susceptibles de ser ejercitados por ellas, como, por ejemplo la inviolabilidad de domicilio o el derecho al honor. Dicho lo anterior, parece claro que en el caso del voto no nos encontramos ante un derecho fundamental cuya titularidad pueda ser reconocida a una persona jurídica privada; por ejemplo, a un partido⁴⁷, lo que no impide atribuir a estas entidades un papel muy relevante en los procesos electorales y, en general, dentro del sistema democrático, como hacen, por mencionar algún ejemplo, la Constitución mexicana (artículo 41: “los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo...”); y la española (artículo 6: “los partidos

⁴⁵. Véase, sobre esta cuestión, BASTIDA/VILLAVARDE/REQUEJO/PRESNO/ALÁEZ/FERNÁNDEZ: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, ..., pág. 83 y sigs.

⁴⁶. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 2004 en el asunto *Vo c. Francia*, reconoce la protección del feto sin necesidad de considerarlo una persona con derecho a la vida a los efectos del artículo 2 del Convenio; el Tribunal señala también que, este artículo, de manera diferente a lo que sucede con el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no extiende la protección de la vida al momento de la concepción; la sentencia del Tribunal Europeo está disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

Nos hemos ocupado de esta cuestión en el estudio *El derecho europeo de familia*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 97 y sigs.; sobre el distinto tratamiento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos véanse, respectivamente, las contribuciones de Laurence BURGORGUE-LARSEN, “El derecho a la vida y la dignidad personal: una aproximación de la Corte Europea de los Derechos Humanos”, y Antonio MOREIRA MAUÉS, “O direito à vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, ambos en *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Miguel Revenga/André Viana (Eds.), Tirant, Valencia, 2008, págs. 72 y sigs., y 93 y sigs.

⁴⁷. Nos ocupamos de esta cuestión en España en *Los partidos políticos en el sistema constitucional español. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1980-1999*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política...”).

Por lo que a las personas físicas se refiere, en principio, la titularidad de los derechos fundamentales se reconoce en la mayoría de los casos a todas; a todos los seres humanos, sin distinción entre mayores y menores de edad, capaces o incapaces, ni entre nacionales y extranjeros. Es lo que sucede cuando en los textos constitucionales se emplean los sujetos “todos”, las “personas”, “nadie”,..., o cuando se emplean términos impersonales (“se garantiza”, “se reconoce”,...).

En el caso de los menores o incapaces su condición personal no les inhabilita para ser titulares de los derechos respectivos, pues no por ello dejan de ser “personas”, “nacionales”, “extranjeros”,...; lo que sucede es que el ejercicio de los derechos no siempre pueden llevarlo a cabo por sí mismos y, en ocasiones, como ocurre precisamente con el voto, como veremos de inmediato, o con cualquier otro derecho “personalísimo”, no pueden ejercerlo ni siquiera con el auxilio de sus padres, tutores, etc⁴⁸, aunque esta última posibilidad sí es admitida por un sector de la doctrina alemana⁴⁹.

Si la participación política a través del voto es consustancial a la democracia, su configuración ha de estar presidida por la idea de que todos los que son titulares de esa participación han de ser, por consiguiente, titulares del derecho. En la mayoría de los ordenamientos constitucionales la participación en la vida política se atribuye a “todos los ciudadanos”⁵⁰, por lo que “todos” tendrían que ser titulares del derecho de sufragio. En ese “todos” se incluirían menores y mayores, capaces e incapaces, pero que todos sean titulares del derecho no significa que todos pueden ejercer una de sus facultades, quizá la más relevante, votar, pues sólo son “electores”, sólo pueden emitir el sufragio, “los que estén en pleno uso de sus derechos políticos”.

Titularidad
universal

⁴⁸. Sobre los derechos fundamentales de los menores y su capacidad para ejercerlos, véase dentro del libro de Albert BLECKMANN, *Staatsrecht II- Die Grundrechte* (3., um die Besonderen Grundrechtslehren erweiterte Auflage), Carl Heymanns Verlag, Munich, 1989, la parte relativa a la capacidad de obrar en materia de derechos fundamentales (“Die Grundrechtsmündigkeit”), págs. 417 y sigs. En la doctrina de habla española es de referencia obligada el estudio de Benito ALÁEZ CORRAL *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

⁴⁹. Resultan interesantes, en particular a propósito del sufragio de los menores a través de sus padres, las propuestas formuladas por Konrad LÖW en su trabajo “Das selbsverständnis des Grundgesetzes und wirklich allgemeine Wahlen”, en *Politische Studien*, n° 25, 1974, págs. 18 y sigs.; sobre esta última cuestión, véase también, en la doctrina norteamericana, el trabajo de Robert W. BENNET: “Should parents be given extra votes on account of their children?: toward a conversational understanding of American democracy”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 94, n° 2, págs. 503 y sigs.

⁵⁰. Así, artículo 40 de la Constitución colombiana, 9.2 de la española, enmienda XV de la estadounidense, artículo 35 de la mexicana, 129 de la panameña, 31 de la peruana, 77 de la uruguaya, 62 de la venezolana.

En realidad esta última declaración es redundante: la participación es un derecho político, por lo que pueden “usarlo”, ejercerlo, los que no estén privados del ejercicio de ese derecho. Pero incluso los que no pueden votar sí pueden ejercer parte del objeto del derecho, dado que tienen la posibilidad de llevar a cabo las acciones necesarias para garantizar en su momento la emisión del voto. Esto es lo que sucede, por citar un caso, en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General española cuando, a propósito de la formación y actualización del censo o padrón electoral, dispone que “en la actualización correspondiente al primer mes del año se acompañarán además, en los términos previstos en el párrafo anterior, las altas, con la calificación de menor, de los residentes que cumplirán dieciocho años entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año siguiente.” (artículo 35.2)⁵¹.

No nos extenderemos más en este momento, pues en las páginas siguientes se analizarán de manera pormenorizada los diferentes problemas que se plantean en materia de titularidad (nacionales y/o extranjeros) y ejercicio (menores, presos, militares, policías) del derecho fundamental de sufragio.

Sí cabe recordar ahora que la universalización de los derechos de participación política suele constituir la última fase, después de los derechos de libertad y de los de carácter social, en la evolución del reconocimiento de los derechos fundamentales en el seno de un ordenamiento jurídico determinado. Esta aproximación del pueblo gobernado al pueblo que gobierna, de la sociedad al Estado, se desenvuelve a lo largo de un proceso histórico caracterizado por una serie de abstracciones: la propiedad, la raza, el sexo y la exigencia de una edad cada vez menor. En algunos ordenamientos esta evolución ha alcanzado a la condición de nacional, al considerar como integrante del pueblo gobernado que ha de actuar como gobernante a todo aquel que, dotado de capacidad para participar en la formación de comunicaciones políticas relativas al autogobierno de una comunidad, se somete con cierta continuidad temporal a un determinado ordenamiento.

Progresiva
universalización

La atribución de carácter universal al sufragio tanto en los textos constitucionales como en los tratados internacionales significa que en la articulación de los procesos electorales se prescindirá de cualquier circunstancia personal, social, cultural, económica o política, para delimitar la condición de titular del sufragio. Es evidente, como se constatará

⁵¹. Lo mismo ocurre con los mayores de edad que no pueden votar por incapacitación o internamiento en un hospital psiquiátrico: “los encargados del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes comunicarán a las Delegaciones Provinciales de las Oficinas del Censo Electoral, mensualmente y dentro de los plazos fijados por la Oficina del Censo Electoral, cualquier circunstancia, de orden civil o penal, que pueda afectar a la inscripción en el censo electoral, referida al mes anterior” (artículo 37).

de inmediato, que esta abstracción no es absoluta, al menos en lo que hace referencia a una de las concreciones del derecho de voto: su emisión, puesto que no pueden votar todas las personas; no pueden hacerlo ni los menores ni los incapaces, ni tampoco, en numerosos ordenamientos o en algunos procesos electorales, los extranjeros.

Alguna de las restricciones a la emisión del voto podría ser eliminada al objeto de dotarlo de “más” democracia, lo que supondría al tiempo una mejora cuantitativa y cualitativa del sistema político al lograr una mayor aproximación del pueblo gobernado al pueblo gobernante. En esta línea se inscribirían las reformas, legales algunas y constitucionales otras, destinadas en su caso a rebajar la edad mínima para poder votar, y a reconocer el derecho de sufragio a los residentes en el territorio, sean nacionales o extranjeros. Sobre estas cuestiones nos extenderemos en las próximas páginas.

No obstante, es necesario recordar en pocas palabras uno de sus hitos históricos: el que supuso la incorporación de un colectivo que representa en la práctica la mitad, o más, de la población y que permanecía excluido del sufragio: las mujeres. Esta ampliación se enmarca en un proceso de reconocimiento de las funciones que las mujeres pueden desempeñar en el seno de la sociedad; por decirlo en las palabras escritas en 1903 por Adolfo Posada, que fue el primero que se ocupó en España de estudiar desde una perspectiva doctrinal la conveniencia de ampliar el voto a las mujeres, esta cuestión se inserta en “el carácter de palpitante actualidad que tiene el llamado movimiento feminista, es decir, el movimiento encaminado a mejorar y levantar la condición moral, social y jurídica de las mujeres, y el cual precisamente formula, entre una de sus más acariciadas reivindicaciones, el sufragio femenino.”⁵².

Sufragio
femenino

Este autor, además de exponer la situación del sufragio femenino en los lugares en los que ya había sido reconocido (por ejemplo, en Nueva Zelanda -1893- o en los Estados norteamericanos de Wyoming -1889-⁵³, Colorado -1893- o Utah -1895-⁵⁴), se pronuncia de manera rotunda al respecto⁵⁵.

⁵². Cfr. *El sufragio según las teorías filosóficas y las principales legislaciones*, Sucesores de Manuel Soler, Barcelona, 1903, pág. 107.

⁵³. De acuerdo con el artículo 7 de la Sección 1ª de la Constitución de este Estado, de 1899, “los derechos de los ciudadanos del Estado de Wyoming a votar y a desempeñar cargos no serán negados ni restringidos a causa del sexo. Los ciudadanos de este Estado, sean varones o mujeres gozarán igualmente de todos los derechos y prerrogativas civiles, políticas y religiosas.”. En la Sección 2ª se declara que “todo ciudadano de los Estados Unidos, de veintiún años en adelante, que resida en el Estado o territorio durante un año, y en el condado en que tal residencia conste, sesenta días antes de la elección, podrá votar en la elección misma, salvo cuando aquí se dispusiera otra cosa.”.

⁵⁴. Sobre este proceso en Estados Unidos, véase Alessandro KEYSSAR *The Right to vote. The contested history of democracy in the United States*, Basic Books, Nueva York, 2000, págs. 172 y sigs. Suele situarse el origen de la reivindicación del sufragio para la mujer en la Convención de Seneca Falls de 1848, que copió

Estas consideraciones no se quedaban en el plano doctrinal sino que encontraron traducción jurídica en diversos ordenamientos, aunque su extensión se retrasó hasta los últimos años de la segunda década del siglo XX (Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917⁵⁶; Constitución del *Reich* alemán, de 1919⁵⁷; Enmienda Diecinueve a la Constitución de los Estados Unidos, de 1919⁵⁸) y primeros años de la década de los treinta (Constitución española de 1931⁵⁹). No deja de resultar sorprendente que el reconocimiento del sufragio femenino se retrase en Francia hasta 1945 y en Suiza hasta 1971.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, además de la incorporación a los textos constitucionales de casi todos los Estados del derecho de los nacionales a participar en los asuntos públicos sin exclusión alguna por razón de sexo, el sufragio activo femenino aparece reconocido en los Tratados Internacionales relativos a los derechos de las personas⁶⁰ y, en la actualidad, se da por existente. Está en proceso de expansión, y los ordenamientos iberoamericanos son buena prueba de ello⁶¹, la implantación de sistemas de

Cuotas
electorales

gran parte de la Declaración de Independencia y luego insertó en ella los “pecados del hombre contra la mujer”, en sustitución de los agravios de Jorge III contra sus colonias de Norteamérica; puede leerse en <http://clio.rediris.es/udidactica/sufragismo2/inicfemusa.htm>

⁵⁵. “¿Es que la mujer —en general— no tiene el mínimum de capacidad intelectual y moral que para el ejercicio del sufragio se exige en el hombre, sea cual fuere el criterio con arreglo al cual se concede o reconoce el sufragio?... ¿Es que acaso la mujer no tiene el mismo interés que el hombre en la vida del derecho y del Estado?... En verdad, miradas las cosas desde este punto de vista, el problema apenas permite discusión. Aquel principio que formulábamos, y según el cual, siendo el sufragio una función, una vez determinada la capacidad que su desempeño exige, *no hay derecho* (sic) a excluir a nadie que tenga aquella capacidad, parece que pide ser interpretado en favor de la mujer.”. Posada parte de la consideración del sufragio no como un derecho sino como una función, con lo que el elector es un funcionario, llamado por el derecho positivo, que deberá tener en cuenta la capacidad de los individuos para la función que han de realizar; véase al respecto el Estudio preliminar del profesor Rubio Llorente a los *Estudios sobre el Régimen Parlamentario en España*, en la Colección “Clásicos Asturianos del Pensamiento Político”, nº 8, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1996, págs. LXXVI y sigs.

⁵⁶. “Son prerrogativas del ciudadano: 1. Votar en las elecciones populares...” (artículo 35).

⁵⁷. “Los diputados serán elegidos mediante sufragio universal, igual, directo y secreto, y con arreglo a los principios de representación proporcional, por los hombres y mujeres de más de veinte años...” (artículo 22).

⁵⁸. “Ni los Estados Unidos ni ningún Estado podrán negar o coartar, por razón de sexo, el derecho al sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos.”.

⁵⁹. El artículo 36 establecía que “los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes”.

⁶⁰. Así, por ejemplo, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, dispone que “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2º [raza, sexo, idioma,...] y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...”.

⁶¹. Véase el estudio de Magdalena LEÓN (editora) *Nadando contra corriente. Mujeres y cuotas políticas en los países andinos*, UNIFEM-UNFPA-Universidad Nacional de Colombia- IEP-FLACSO, Bogotá, 2005.

En España, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres obliga a una composición equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales, de modo que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento: «Artículo 44 bis. 1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley,

cuotas para asegurar una presencia mínima de mujeres en los cargos representativos, pero dado que se trata de una cuestión relativa al sufragio pasivo no nos ocuparemos aquí de este asunto.

diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico... 2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista... 3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados.

“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 con el poder público”.
Tribunal Constitucional Federal de Alemania, *BVerfGE* 89, 155, Sentencia de 12 de octubre de 1993⁶².

“Se puede, por ejemplo, fijar una edad mínima para asegurar que las personas que participen en el proceso electoral sean suficientemente maduras”.
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto *Hirst c. Reino Unido* (nº 2), de 6 de octubre de 2005⁶³.

V.- La exigencia de capacidad para la autodeterminación política libre: el caso de los menores e incapaces.

La exigencia de una edad mínima para el ejercicio del voto tiene una relación directa con su configuración como instrumento al servicio de la participación política; ésta requiere la capacidad para autodeterminarse, para intervenir en la formación de las diferentes opciones políticas y para poder pronunciarse sobre ellas, lo que únicamente puede hacerse si se cuenta con la capacidad suficiente para discernir entre unas y otras propuestas.

Capacidad para autodeterminarse

La persona que no es capaz de comprender el proceso comunicativo en que consiste el ejercicio del poder político en el seno de un determinado sistema social, no puede aportar comunicación alguna ni contribuir a la selección de las que cuentan con un respaldo popular relevante. Como declaró 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 con el poder público⁶⁴. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que se puede fijar una edad mínima para asegurar que las personas que participen en el proceso electoral sean suficientemente maduras⁶⁵.

⁶². <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv089155.html> y <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

⁶³. <http://cmiskp.echr.coe.int/>

⁶⁴. *BVerfGE* 89, 155 [185]; <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv089155.html> y <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

⁶⁵. Asunto *Hirst c. Reino Unido* (nº 2), de 6 de octubre de 2005, disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>

La capacidad de autodeterminación política, fruto de la posibilidad de comprender las diferentes opciones y de discriminar entre ellas las que se consideran preferibles para la orientación de la comunidad, es, pues, una exigencia inherente a la participación y, por este motivo, su ausencia es un límite lógico de ese derecho, derivado de la necesidad de preservar su propia idiosincrasia, pues si la intervención política no es expresión de la libertad del individuo, no hay una participación democrática auténtica.

En algunos ordenamientos la Norma Fundamental ha fijado una edad precisa para el ejercicio del sufragio, mientras que en otros el Legislador está habilitado por la Constitución para desarrollar ese extremo; es decir, para concretar su alcance.

En el primer caso están, por ejemplo, las Constituciones que han fijado la edad mínima electoral en los dieciocho años⁶⁶ o a la más temprana edad de dieciséis, como ocurre en el artículo 47 de la Constitución de Nicaragua (“son ciudadanos los nicaragüenses que hubieran cumplido dieciséis años de edad. Sólo los ciudadanos gozan de los derechos políticos consignados en la Constitución y las leyes, sin más limitaciones que las que se establezcan por razones de edad”); en el segundo supuesto están los textos constitucionales que permiten al Legislador concretar la mayoría de edad a efectos electorales, que puede ser distinta de la mayoría de edad civil, pudiendo darse la circunstancia de que esta última sea incluso superior a la exigida para votar, como ha sucedido en la República Argentina, en la que la edad para votar –dieciocho años- ha venido siendo inferior a la mayoría de edad general, fijada en los veintiún años.

Mayoría de
edad electoral

Es posible también que una circunstancia personal –estar o haber estado casado- se equipare a la mayoría de edad a efectos de presunción de capacidad electoral, como sucede en la Constitución de la República Dominicana, de 2002 (de acuerdo con el artículo 12, “son ciudadanos todos los dominicanos de uno y otro sexo que hayan cumplido 18 años de edad, y los que sean o hubieren sido casados, aunque no hayan cumplido esa edad; el artículo 13 declara que “son derechos de los ciudadanos: 1. El de votar con arreglo a la ley...”), o que la minoría de edad convierta en voluntario el sufragio, que es obligado para los mayores de edad, como ocurre en Brasil (artículo 14 de la Constitución: “§ 1.º O alistamento eleitoral e o voto são: I obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II- - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”) y en Ecuador

⁶⁶. Así, en Europa se pueden citar el artículo 38 de la Constitución alemana; 61 de la belga, 57.1 de la estonia, 14.1 de la finlandesa, 16.2 de la irlandesa; 50 de la noruega, 48.2 de la portuguesa, 18.3 de la Constitución de la República Checa, y artículo 2 del Capítulo III de sueca. En América, el artículo 13 de la Constitución chilena o la Enmienda XXVI de la estadounidense. El 14 de la brasileña permite el alistamiento electoral de los mayores de 16 años y menores de 18.

(artículo 62.2: El voto será facultativo para las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad).

Los ejemplos argentino, brasileño y dominicano, de exigencia de edades diferentes para el sufragio y para otros actos de autodeterminación personal, pueden trasladarse a otros ordenamientos en los que, como sucede por ejemplo en la Constitución española, se ha fijado una mayoría de edad general –en el caso español de dieciocho años–, que el Legislador electoral podría rebajar, aunque hasta la fecha se haya anudado la emisión del voto a la mayoría de edad civil.

Con la fijación constitucional de la mayoría de edad general (normalmente a los 18 años) se establece la presunción de que por encima de esa edad todos los ciudadanos tienen plena capacidad intelectual, lo que impide al Legislador imponer un sufragio capacitario. Pero por debajo de esa edad, salvo que el constituyente haya previsto una incapacidad de obrar genérica, no se debe deducir una regla normativa restrictiva de la eficacia de los derechos fundamentales. Es obvio, como ya se ha dicho, que para el ejercicio de los derechos se requiere una determinada capacidad, que de faltar ha de ser tenida en cuenta a la hora de delimitar el ejercicio de los derechos. Pero ha de ser el Legislador, en este caso el electoral, el que justifique de manera adecuada la conformidad constitucional de estas delimitaciones⁶⁷, lo que resulta coherente con la consideración de la minoría de edad como un proceso durante el cual la psicología de la persona se va formando y, con ello, su capacidad de autodeterminación⁶⁸.

Por estos motivos, nos parece constitucionalmente posible y democráticamente conveniente reflexionar sobre una eventual rebaja de la mayoría de edad electoral por debajo de los 18 años, como ya ocurre en algunos ordenamientos –en el año 2008 han tenido lugar en Austria elecciones parlamentarias en las que han podido participar los mayores de 16 años– y como sucede en general con la capacidad para el ejercicio de otros derechos de impronta similar, como los de reunión y manifestación, el derecho de asociación, la libertad de expresión o la elección de los representantes sindicales⁶⁹. Y es que si se garantiza y promueve el ejercicio de estos derechos por los menores de 18 años no parece que existan motivos democráticamente aceptables para excluir al sufragio. No debe olvidarse que la reducción de la edad para la emisión del voto ha sido una constante a

⁶⁷. ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, págs. 121 y sigs.

⁶⁸. Es de cita obligada en este ámbito la obra de Jean PIAGET *Seis estudios de psicología*, 12 ed., Barcelona, Ariel, 1981.

⁶⁹. Véase, con más detalle, ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, págs. 115 y sigs.

lo largo de la historia (de 25 a 23 años, de 23 a 21, de 21 a 18)⁷⁰ y sirve para fomentar el desarrollo de la participación política, tanto desde el punto de vista del individuo, como desde la perspectiva de la sociedad política en la que dicho individuo está integrado y a cuya existencia contribuye⁷¹.

En todo caso, se alcance la edad electoral en un momento u otro parece razonable preguntarse qué sucede mientras no se llega a ella. En concreto, ¿podría emitirse el voto a través de los padres o guardadores?. Konrad Löw ha respondido de manera afirmativa a esta cuestión empleando los siguientes argumentos⁷²: los menores en tanto que personas son titulares de derechos, muchos de los cuales no pueden ejercerlos más que con el auxilio de sus padres; para Löw es necesario escuchar las voces de todos los miembros de la sociedad, lo que en el caso de los menores puede hacerse a través de unos intérpretes cualificados: sus padres.

Es cierto que puede haber errores al interpretar la voluntad política de los menores, pero las equivocaciones son también posibles en otros ámbitos en los que, sin embargo, no se discute el papel de los padres. En definitiva, para este autor es más democrático que haya tantos votos como “cabezas”, a lo que no se pueden oponer argumentos técnicos: si hay un único progenitor éste será el intérprete de la voluntad de sus hijos y votará por ellos; si son dos y están de acuerdo en esa interpretación uno de ellos votará por sus hijos; si no hay acuerdo entre ellos cada uno tendrá medio voto de cada uno de sus hijos.

Esta loable preocupación por la extensión de la capacidad de influir en las decisiones políticas de la comunidad de la que se forma parte, encuentra en la mayoría de los ordenamientos obstáculos constitucionales insalvables, además de los que se derivan de la propia configuración del concepto de participación política.

En primer lugar, el ejercicio del voto viene delimitado por la capacidad de discernimiento en materia política; si los menores carecen de dicha capacidad no puede permitirse que sus padres o guardadores pretendan interpretar una voluntad de autodeterminación política que no existe.

En segundo término, si se permite que los padres voten por los hijos no se puede asegurar el carácter libre de la decisión de los menores, por la influencia que los padres

⁷⁰. Así, en España: hasta 1931 la edad requerida era de 25 años; en 1931 se rebajó a 23 y en 1977 a 18 años.

⁷¹. Véase el estudio colectivo *The Rights of Children* (edited by Bob Franklin), Oxford, Basil Blackwell, 1986, en especial el trabajo de Bob FRANKLIN “Children’s Political Rights”, págs. 24 y sigs.

⁷². Pueden consultarse en sus obras, ya citadas, “Das selbstverständnis des Grundgesetzes und wirklich allgemeine Wahlen”, en *Politische Studien*, n° 25, 1974, págs. 18 y sigs., y “Verfassungsgebot Kinderwahlrecht?”, en *Familie und Recht*, 1993, pág. 25.

ejercen sobre ellos; además, la emisión personal y secreta del sufragio impediría garantizar que responde de manera efectiva a la manifestación de voluntad de los menores. En la hipótesis contemplada, la ausencia de garantías eficaces afecta de tal manera al contenido del derecho que llega a hacer desaparecer sus propios presupuestos.

En tercer lugar, y como se reiterará más adelante, los textos constitucionales suelen imponer el carácter directo del voto, por lo que si se permite que padres y guardadores puedan votar por los menores se estaría ante el resurgimiento del decimonónico sistema de sufragio indirecto.

Ahora bien, una vez que se ha alcanzado la edad mínima fijada por cada ordenamiento (dieciséis o dieciocho años) necesaria para el ejercicio del derecho de sufragio, únicamente se puede excluir de esa forma de participación política a las personas que carezcan de las condiciones intelectivas necesarias para que su intervención sea libre; es decir para que sea expresión de una voluntad con capacidad reflexiva y de discernimiento; por este motivo no es contraria al principio democrático la exclusión de los incapaces de la toma de las decisiones políticas.

Esta exclusión procede una vez que ha quedado desvirtuada la presunción de capacidad que se deriva del cumplimiento de la edad y ha de llevarse a cabo a través de un procedimiento en el que se constate de manera expresa la incapacidad específica para el ejercicio de ese derecho. En este sentido, debe recordarse que estamos hablando de la ausencia de las facultades intelectivas para autodeterminarse políticamente, y puesto que esta incapacidad afecta a un bien protegible por el Estado, la misma tendría que ser apreciada en un proceso judicial de incapacitación en el que se demuestre la ausencia de dicha capacidad para el ejercicio del sufragio. En algunos ordenamientos se incluye de manera explícita en la Constitución esta incapacidad⁷³; en otros viene prevista en las leyes electorales, aunque no siempre va acompañada de la correspondiente, y debida, garantía judicial, aspecto en el que ha insistido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “el Tribunal toma nota de la recomendación de la Comisión de Venecia según la cual la supresión de derechos políticos debe ser acordada por un tribunal en una decisión específica⁷⁴. Como en otros contextos, un tribunal independiente que aplique un procedimiento contradictorio ofrece una sólida garantía contra la arbitrariedad” (asunto *Hirst c. Reino Unido*, nº 2).

Voto de los
incapaces

⁷³. Así, por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución chilena, 88 de la dominicana, 33 de la peruana, 64 de la venezolana.

⁷⁴. [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-f.asp)

Es obvio que la restitución de la capacidad debe surtir los efectos correspondientes en el ámbito electoral.

“Si el gobierno representativo es, en esencia, el autogobierno a través de los representantes elegidos por el pueblo, todos y cada uno de los ciudadanos tienen el derecho inalienable a la plena y efectiva participación en el proceso político del poder legislativo de su Estado... Si a un ciudadano se le menoscaba su derecho al voto, deja de ser ciudadano en el pleno sentido de la palabra”.

Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Reynolds v. Sims*, 377 U.S . 533, 15 de junio de 1964⁷⁵.

VI.- ¿Sirve a la democracia que no puedan votar los policías y militares?

En algunos textos constitucionales de países iberoamericanos se excluye del ejercicio del sufragio a los miembros de la policía y de las fuerzas armadas⁷⁶. Al tratarse de una disposición incluida en la Norma Fundamental no puede, como es obvio, tacharse de inconstitucional. A continuación nos ocuparemos de una eventual privación del derecho decidida por el Legislador, si bien, como en el resto de este trabajo, nos limitamos al sufragio activo, pues el pasivo, en éste y en otros asuntos, puede merecer una consideración diferente.

Exclusión del voto de policías y militares

Tanto los miembros de la policía como los de las fuerzas armadas están en una relación de sujeción especial, lo que, como es bien sabido, hace referencia a la situación jurídica en la que se encuentran los individuos sometidos a una potestad administrativa de autoorganización más intensa de lo normal, como ocurre también, por citar otros casos, con los funcionarios, los reclusos, los escolares y los concesionarios de servicios públicos. Como consecuencia de la especial sujeción que implican estas relaciones, en distintos ordenamientos se ha tratado de suprimir la vigencia de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran incursas en ellas, o, al menos, de limitar su eficacia de manera más intensa a la que se produce de las relaciones generales de sujeción, afectando, pues, a las condiciones de su ejercicio.

Relación de sujeción especial

Con la brevedad que requiere nuestro objeto de estudio –las restricciones al sufragio de policías y militares- debemos recordar los siguientes cuestiones: en primer término, en contra de la pretensión dogmática con la que nació la categoría de las relaciones especiales de sujeción, los derechos fundamentales siguen vigentes en ellas,

⁷⁵. http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0377_0533_ZO.html.

⁷⁶. Así, en la Constitución brasileña (artículo 14) se dice que “2.º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos...”; de acuerdo con lo previsto en la Constitución colombiana, “los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos” (artículo 219); en la República Dominicana (artículo 88) “no podrán votar: 2. Los pertenecientes a las fuerzas armadas y cuerpos de policía”.

salvo que, como ocurre en los ejemplos citados, hayan sido contempladas por el texto constitucional como un supuesto de suspensión de los derechos⁷⁷.

En segundo lugar, en estas relaciones el objeto de ciertos derechos fundamentales tiene una extensión menor, debido a que deben coexistir con los bienes y funciones constitucionales para cuyo servicio se ha instituido la relación de sujeción: piénsese en la profesión militar, cuya especial sujeción se encuentra al servicio de la jerarquía y la eficacia necesarias para el adecuado cumplimiento de las funciones constitucionales que tiene atribuidas la Administración militar. De ahí, que las limitaciones a los derechos fundamentales en estas relaciones sean mayores que en las relaciones de sujeción general.

Además, en el caso concreto de los militares nos encontramos con una relación de “sujeción especial especializada”, que responde a las concretas misiones que han de desempeñar y a la peculiar estructura organizativa y de funcionamiento de la institución en la que se integran⁷⁸.

No obstante, la especial intensidad de la sujeción y, por tanto, la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales que comporta, sólo se encuentra justificada si es adecuada, necesaria y proporcionada para los fines constitucionales a cuyo servicio se establecen⁷⁹. Además, aunque la incidencia de estas relaciones sobre los derechos se haya visto habitualmente desde la perspectiva de la más intensa limitación, generan un entramado de derechos y deberes recíprocos entre el poder público y el individuo que se encuentra en ellas, que tanto puede restringir como ampliar el objeto del derecho, como sucede con los deberes de protección de la vida o la integridad física que asume la

⁷⁷. Nos ocupamos de esta cuestión de manera más extensa en “Los límites a los límites de los derechos fundamentales de los militares”, *Boletín de Información del Ministerio de Defensa*, nº 278, Madrid, 2003, págs. 69 y sigs.; puede consultarse en <http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno/Militares.html>

⁷⁸. En palabras del Tribunal Constitucional español (Auto 375/1983, de 30 de julio): la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual... Disciplina que indudablemente condiciona el ejercicio por los militares de las libertades públicas realizadas a través de acciones colectivas en determinados supuestos,..., al prohibir en amplio espectro a los militares el ejercicio colectivo de determinados derechos de carácter político-social; en esa línea, la STC 102/2001, de 23 de abril, en materia de libertad de expresión de los militares, entiende que la “protección del deber de respeto a la superioridad y la correlativa limitación del derecho a la libertad de expresión encuentra especial justificación en exigencias vinculadas a la organización y configuración de las Fuerzas Armadas, y, por ello mismo, han de considerarse constitucionalmente legítimas aquellas restricciones del derecho que sean proporcionadas y obedezcan a motivos necesarios de aseguramiento de la disciplina y de la unidad de acción, imprescindibles para el logro de los objetivos que constitucionalmente se le han encomendado” (F. 3); disponibles en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

⁷⁹. Sobre el principio de proporcionalidad véase el estudio, ya citado, de Carlos BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*

administración respecto de los sometidos especialmente a ella (reclusos, estudiantes, etc...).

También es de sobra conocido que ningún derecho fundamental o libertad pública, salvo la vida y la integridad física y moral, es ilimitado, y el derecho de voto no es una excepción. Ahora bien, si no cabe considerar a los derechos y libertades fundamentales como absolutos o ilimitados, tampoco podrá atribuirse dicho carácter a los límites a los que puede someterse el ejercicio de esas libertades, pues se configuran como excepcionales ante el reconocimiento constitucional del derecho. Por este motivo, el Legislador solamente podrá imponer de manera legítima límites específicos al ejercicio de los derechos de los miembros de la policía y de las fuerzas armadas siempre y cuando esos límites respondan a los principios constitucionales de organización de las fuerzas de seguridad y de la institución militar. Al hacerlo, debe acreditar que el recorte que experimentan los derechos es necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido⁸⁰.

Límites a los límites

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto *Rekvényi c. Hungría*, de 20 de mayo de 1999)⁸¹, declaró lo siguiente:

“las garantías incluidas en el artículo 10 del Convenio se aplican al personal militar y a los funcionarios (asunto *Engel y otros c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976, y asunto *Vogt c. Alemania*, de 26 de septiembre de 1995). El Tribunal no encuentra ninguna razón para excluir a los policías de esta conclusión...

La obligación impuesta a ciertas categorías de funcionarios, especialmente a los policías, de abstenerse de actividades políticas se dirige a la despolitización de los servicios afectados y, de hecho, contribuye a la consolidación y al mantenimiento de la democracia pluralista en el país... el deseo de velar por que el papel crucial de la policía en la sociedad no resulte comprometido por la erosión de la neutralidad política de sus funcionarios se concilia con los principios democráticos. Teniendo en cuenta el papel de la policía en la sociedad, el Tribunal ha reconocido que contar con fuerzas policiales políticamente neutrales constituye un fin legítimo para cualquier sociedad democrática. Vista la historia particular de ciertos Estados parte, sus autoridades nacionales pueden, para asegurar la consolidación y el mantenimiento de la democracia, estimar necesario disponer de ciertas garantías constitucionales que restrinjan la libertad de los policías para ejercer actividades políticas y, en especial, para participar en el debate político. Falta determinar si las concretas restricciones pueden ser consideradas «necesarias en una sociedad democrática».

Los policías tienen siempre el derecho de ejercer actividades que les permitan expresar sus opiniones y preferencias políticas. Es del todo evidente, incluso si los policías están sometidos a restricciones en interés del servicio, que tienen el derecho... de votar...”

⁸⁰. En Brasil, el Tribunal Superior Eleitoral concluyó que los policías militares pueden inscribirse en el censo electoral ante la inexistencia de una prohibición legal expresa; Resolución 15.099, de 9 de marzo de 1989; <http://www.tse.gov.br>

⁸¹. Puede consultarse a través de la página del Tribunal: <http://cmiskp.echr.coe.int>

Y mucho más recientemente, (asunto *Adamsons c. Letonia*, de 24 de junio de 2008)⁸², ese mismo Tribunal ha considerado que la exclusión del sufragio, en este caso pasivo, de una persona por su pertenencia en el pasado al KGB soviético constituye una extralimitación por parte del Parlamento letón contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues falta la necesaria individualización que pueda justificar, en su caso, esta restricción.

Teniendo en cuenta estos criterios, consideramos que el Legislador no debe privar del ejercicio del sufragio activo ni a los policías ni a los militares: la exclusión del voto - acto individual, directo y secreto, expresión del pluralismo político y de la libertad ideológica-, no otorga una configuración más democrática a los cuerpos de seguridad o a las fuerzas armadas, ni les confiere a estas instituciones mayor neutralidad política. Si el militar o el policía no pueden ejercer sus derechos como ciudadanos, puede verse tentados a ejercerlos como militares o policías, precisamente lo que se trata de evitar con la neutralidad política de la institución castrense y de la policial.

En suma, cuando se ejerce el derecho de sufragio por parte de estas personas es obvio que no nos encontramos ante el ejercicio de un derecho por una corporación que, por su propia idiosincrasia, tiene que carecer de opiniones políticas, sino de la realización de un acto de libertad por un individuo que, por el hecho ser policía o militar, no deja de ser un ciudadano más y, por ende, titular de unos derechos que son fundamento del orden político y de la paz social, y que forman un mínimo que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que “sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”⁸³.

⁸². También disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int>

⁸³. Sentencia del Tribunal Constitucional español 120/1990, de 27 de junio, F. 4; <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

“El voto de cada ciudadano es un símbolo de dignidad e identidad individual. Literalmente, significa que todo el mundo es importante.”.
Tribunal Supremo de Sudáfrica, *August c. Electoral Commission*, 1 de abril de 1999⁸⁴.

“Privar a los presos del derecho de voto nos haría retroceder y restringiría nuestros derechos democráticos”.
Tribunal Supremo de Canadá, *Sauvé c. Canada (Chief Electoral Officer)*, 31 de octubre de 2002⁸⁵.

VII.- La condena penal no debe suspender la ciudadanía: los presos también son importantes.

En general suele creerse que la historia del derecho de sufragio consiste en una constante e imparable extensión, pero lo cierto es que está jalonada de avances y retrocesos, de inclusiones y exclusiones, y la situación de los presos es un buen ejemplo. En este momento se puede afirmar que en algunos países, como Estados Unidos, los presos constituyen el grupo más numeroso de ciudadanos que, reuniendo los requisitos para ser titulares del sufragio (nacionalidad, mayoría de edad, capacidad de discernimiento), están privados de su ejercicio, estimándose que en las elecciones presidenciales de 2008 esta exclusión pudo afectar a más de cinco millones de personas⁸⁶. En este país, todos los Estados, salvo Maine, Massachusetts, Utah y Vermont, tienen previsiones legales que excluyen a los presos y, en algunos casos, a las personas en libertad condicional; en diez Estados la exclusión del derecho se extiende de por vida, aunque la persona ya hubiera extinguido su condena.

Exclusión del
voto de los
presos

Voto de los
presos en
Estados Unidos

En una importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *-Hirst c. Reino Unido* (nº 2), de 6 de octubre de 2005⁸⁷- este órgano, constituido en Gran Sala, incluyó en la relación de hechos que preceden a la fundamentación jurídica un estudio sobre el derecho de voto de los presos, realizado por el Gobierno demandado a partir de las informaciones aportadas por sus representaciones diplomáticas.

Voto de los
presos en
Europa

Según dicho estudio, en dieciocho países (Albania, Alemania, Azerbaiyán, Croacia, Dinamarca, Macedonia, Finlandia, Islandia, Lituania, Moldavia, Montenegro, Países Bajos, Portugal, República Checa, Eslovenia, Suecia, Suiza, Ucrania) los presos están autorizados a votar sin ninguna restricción; en trece países (Armenia, Bélgica⁸⁸, Bulgaria, Chipre,

⁸⁴. <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm>; <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.pdf>

⁸⁵. <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html>

<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

⁸⁶. Véase el informe para el Brennan Center for Justice de Erika Word y Rachel Blomm: *De Facto Disenfranchisement*, disponible en http://brennan.3cdn.net/578d11c906d81d548f_1tm6iiqab.pdf

⁸⁷. Puede consultarse a través de la página del Tribunal: <http://cmiskp.echr.coe.int/>

⁸⁸. La privación del derecho de voto puede prolongarse hasta el fin de la reclusión.

Estonia, Georgia, Hungría, Irlanda, Reino Unido, Rusia, Serbia, Eslovaquia⁸⁹, Turquía) todos los presos están condenados a la prohibición de votar o están imposibilitados para hacerlo, y en once países (Austria⁹⁰, Bosnia-Herzegovina⁹¹, España⁹², Francia⁹³, Grecia⁹⁴, Italia⁹⁵, Luxemburgo⁹⁶, Malta⁹⁷, Noruega⁹⁸, Polonia⁹⁹, Rumania) el derecho de voto de los presos puede estar limitado de alguna manera. El Tribunal afirma, por su parte, que en Rumania, los presos pueden estar privados del voto si la pena principal es superior a dos años de prisión; en Letonia los presos que cumplan su pena en una penitenciaría no tienen derecho de voto; en Liechtenstein los presos no tienen derecho de voto.

En este ámbito jurídico es de aplicación el artículo 3 del Protocolo nº 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”¹⁰⁰.

Voto de los
presos en los
Convenios
Internacionales

Con carácter más general, las disposiciones pertinentes del Pacto internacional de derechos civiles y políticos proclaman (artículo 25) que

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 [raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen

⁸⁹. No hay prohibición pero nada permite a los presos votar.

⁹⁰. El derecho de voto se prohíbe a los presos condenados a una pena de más de un año que hayan obrado de manera intencionada.

⁹¹. Las restricciones al derecho de voto se aplican a los presos acusados de graves violaciones del derecho internacional o inculcados por un tribunal internacional.

⁹². Aunque no es lo que se dice en el informe citado, con el Código Penal de 1995 ha desaparecido la pena de privación del derecho de sufragio activo.

⁹³. Los presos pueden votar si el tribunal les concede el derecho.

⁹⁴. Las restricciones se aplican a los presos condenados a penas superiores a diez años; los condenados a cadena perpetua son privados definitivamente del derecho de voto. Para las penas comprendidas entre un año y diez, los tribunales pueden limitar el derecho de voto por un período de un a cinco años si el comportamiento demuestra perversidad moral.

⁹⁵. Los autores de delitos graves y los quebrados condenados a una pena de cinco años o más pierden automáticamente el derecho de voto, mientras que los autores de infracciones menores excluidos de la función pública pierden, o no, el derecho de voto según la decisión del juez.

⁹⁶. Salvo si la supresión de derechos políticos forma parte de la pena impuesta por el juez.

⁹⁷. Los condenados por una infracción grave pierden el derecho de voto.

⁹⁸. El derecho de voto puede ser suprimido por un tribunal, aunque sea muy raro y puede limitarse a los casos de traición y de atentado a la seguridad nacional.

⁹⁹. Los presos condenados a una pena de tres años o más cuando la infracción es “reproachable” (muy grave) pueden ser privados del derecho de voto.

¹⁰⁰. Para una panorámica de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de elecciones véanse el estudio de Cesare PINELLI: “Diritto a liberi elezioni”, *Comentario a la Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, BARTOLE/CONFORTI/RAIMONDI (coordinadores), Cedam, Padua, 2001, págs. 845 a 961; la síntesis de Javier GARCÍA ROCA: “Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (artículo 3 P1 CEDH)” en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Javier García Roca/Pablo Santolaya, coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 825 y sigs., así como nuestro comentario al derecho de voto en SARMIENTO/MIERES/PRESNO LINERA, *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Thomson/Civitas, Madrid, 2007, págs. 140 y sigs.

nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra circunstancia], y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elección periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...”.

Previamente se dice (artículo 10) que

“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano... 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”.

En la observación general n° 25(57) adoptada el 12 de julio de 1996, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas declaró respecto del derecho garantizado por el artículo 25:

“14. En sus informes, los Estados parte deben precisar los motivos de la privación del derecho de voto y justificarlos. Estos motivos deben ser objetivos y razonables. *Si el hecho de haber sido condenado por una infracción es un motivo de privación del derecho de voto, el período durante el que aquella interdicción se aplica debe estar en relación con la infracción y la sentencia. Las personas privadas de libertad no deberían, por ese mero hecho ser desposeídas del derecho de voto*”.

Por su parte, el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José- señala al respecto:

“Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. *La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*” (las cursivas son nuestras)¹⁰¹.

La apertura de los textos internacionales y, en numerosos casos, de las propias Constituciones de los Estados ha originado soluciones diversas sobre el estatuto político de los presos y detenidos, ámbito sobre el que también se han venido pronunciando instancias jurisdiccionales internacionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰²) y nacionales

¹⁰¹. La cita jurisprudencial obligada sobre la interpretación de este artículo es el asunto, varias veces citado, *Yutama vs. Nicaragua*, que reproducimos en la segunda parte de este libro. Respecto al sufragio pasivo véase el caso *Castañeda Gutman*, de 6 de agosto de 2008, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.doc

¹⁰². *Hirst c. Reino Unido*, primero el 30 de marzo de 2004 y luego el 6 de octubre de 2005; <http://cmiskp.echr.coe.int/>

(Tribunal Supremo de Estados Unidos¹⁰³, Tribunal Supremo de Canadá¹⁰⁴, Tribunal Supremo de Sudáfrica¹⁰⁵, Corte Constitucional de Colombia¹⁰⁶, Corte Suprema de Justicia de Argentina¹⁰⁷, Sala Superior del Tribunal Electoral de México¹⁰⁸, Tribunal Superior Eleitoral de Brasil¹⁰⁹,...).

Esta cuestión es un buen ejemplo de “diálogo de jurisdicciones” entre culturas jurídicas bien distintas, aunque las respuestas no sean coincidentes. Al respecto, y por citar un ejemplo, la Sala Superior del Tribunal Electoral de México al pronunciarse sobre un problema relacionado con el sufragio de los presos hace un *excursus* por las respuestas ofrecidas en otras latitudes:

Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral de la Federación de 28 de febrero de 2007

“Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirst vs Reino Unido*⁴ estimó que extender la suspensión del derecho al sufragio de forma abstracta, general e indiscriminada era incompatible con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente del Convenio Europeo en la materia. Lo anterior, entre otras razones porque no existe una liga entre la suspensión de los derechos políticos y la supresión de la criminalidad, siendo que la supresión del derecho al sufragio podría, de manera colateral, actuar contrariamente a la readaptación social del individuo. En sentido similar se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al señalar que la limitación injustificada del ejercicio del derecho al sufragio a los condenados constituye una sanción adicional que no contribuye a la rehabilitación social del detenido... En el mismo sentido, la Suprema Corte de Canadá en el caso *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, estimó que la autoridad electoral había omitido identificar aspectos particulares que justificaran la negación del derecho de voto, a ciudadanos que se encontraban encarcelados. Dicho de otro forma, “la autoridad no ofreció ninguna teoría creíble que justificara por qué la denegación de un derecho fundamental democrático puede ser considerado como una forma de pena estatal”... La Suprema Corte de Israel discutía en 1996 la suspensión de los derechos de ciudadanía de Yigal Amir, quien fuera el asesino del Primer Ministro Yitzak Rabin, para finalmente favorecer al ciudadano. Igualmente, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en 1999 se pronunció por el carácter universal de los derechos políticos como aspecto fundamental en términos de civilidad y de democracia⁸ En el mismo sentido otros países han limitado la restricción del derecho de sufragio a favor de los condenados entre ellos, Japón, Perú, Noruega, Polonia, Kenya, Dinamarca, Republica Checa, Rumania, Zimbabwe, Holanda, Suecia, Francia y Alemania...”¹¹⁰

Como se puede constatar a la vista de esta panorámica legal y jurisprudencial, el

¹⁰³. *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974); <http://www.justia.us/us/418/24/case.html>

¹⁰⁴. *Sauvé c. Canadá* (nº 2), de 31 de octubre de 2002; <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html>
<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

¹⁰⁵. *August and another v Electoral Commission and others*, de 1 de abril de 1999, disponible en <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm> y <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.pdf>, y *Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and Re-Integration of Offenders (Nicro) and others*, de 3 de marzo de 2004, <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm>

¹⁰⁶. Sentencia 329/03, de 29 de abril de 2003; en http://www.ramajudicial.gov.co/cs_j_portal/

¹⁰⁷. Sentencias de 27 de septiembre de 2001 y 9 de abril de 2002, en <http://www.csjn.gov.ar/>

¹⁰⁸. Sentencia de 28 de febrero de 2007, <http://www.trife.gob.mx/>

¹⁰⁹. Resoluciones 20.471, de 14 de septiembre de 1999; 21.160, de 1 de agosto de 2002, y 21.804, de 8 de junio de 2004, en <http://www.tse.gov.br>

¹¹⁰. Sentencia de 28 de febrero de 2007, <http://www.trife.gob.mx/>

abanico de respuestas jurídicas a los derechos políticos de los presos es muy variado. Con carácter general, en los ordenamientos que privan a estas personas del derecho de sufragio nos encontramos ante una restricción dirigida contra ellas por encontrarse en esa concreta relación jurídica de sujeción especial; se trata, en suma, de la privación de garantía constitucional al comportamiento consistente en la emisión del sufragio en razón del sujeto que lo podría llevar a cabo y que gozaría de plena protección jurídica si fuese realizado por personas que no se encontraran inmersas en la citada relación de sujeción especial. No obstante, como ya se ha apuntado al inicio de este epígrafe, existen todavía en Estados Unidos diez legislaciones estatales que extienden la privación del sufragio a los exreclusos y lo hacen con carácter vitalicio.

Este límite puede estar previsto por la propia Constitución, de manera similar a lo que ocurre, como ya hemos visto, con los menores o, como veremos de inmediato, con los extranjeros. Así, por citar algunos casos, se suspende el ejercicio del derecho de sufragio a los presos en el artículo 15 de la Constitución brasileña, el 16 de la chilena (basta el mero procesamiento),...

Exclusión de los presos en la Constitución

En Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha avalado la capacidad de los Estados para privar a los presos del sufragio, amparándose en la dicción de la Enmienda XIV, donde se excluye por “participar en rebelión o en otro delito”¹¹¹. En México, el artículo 38, fracción II, de la Constitución ordena la suspensión de los derechos ciudadanos a quienes se encuentran sujetos a un proceso criminal desde la fecha del llamado “auto de formal prisión” que es una resolución judicial que se dicta al inicio del proceso y, por lo mismo, antes de que se determine la culpabilidad o inocencia del procesado¹¹², si bien la

¹¹¹. *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974); disponible en <http://www.justia.us/us/418/24/case.html>. El apartado segundo de la Enmienda XIV dice: “2. Los representantes se distribuirán proporcionalmente entre los diversos Estados de acuerdo con su población respectiva, en la que se tomará en cuenta el número total de personas que haya en cada Estado, con excepción de los indios que no paguen contribuciones. Pero cuando a los habitantes varones de un Estado que tengan veintiún años de edad y sean ciudadanos de los Estados Unidos se les niegue o se les coarte en la forma que sea el derecho de votar en cualquier elección en que se trate de escoger a los electores para Presidente y Vicepresidente de los Estados Unidos, a los representantes del Congreso, a los funcionarios ejecutivos y judiciales de un Estado o a los miembros de su legislatura, *excepto con motivo de su participación en una rebelión o en algún otro delito*, la base de la representación de dicho Estado se reducirá en la misma proporción en que se halle el número de los ciudadanos varones a que se hace referencia, con el número total de ciudadanos varones de veintiún años del repetido Estado” (la cursiva es nuestra).

¹¹². “Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: (...) ii. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión (...)”. El Tribunal Electoral explica esta figura jurídica con las siguientes palabras: “...el referido auto de formal prisión es aquella resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional al vencer el término de setenta y dos horas, mediante la cual, previa reunión de los datos que sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y que exista presunta responsabilidad del inculcado, se emite prisión preventiva en su contra y, por lo tanto, se le sujeta a un proceso penal, con lo cual, se fija la materia por la que se ha de seguir el mismo; debiéndose precisar que el objeto de dicho auto de formal prisión no se limita a la detención, sino

jurisprudencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral no ha sido congruente con ese mandato constitucional¹¹³.

Si no está expresamente incluida esta limitación del derecho fundamental en la Constitución, la suspensión del sufragio puede ser acordada por el poder público si existe una habilitación para ello en la Norma Fundamental, que suele exigir la aprobación de una norma con rango de ley, donde se fije de manera expresa, precisa y previsible el límite en cuestión, y todo ello con el fin exclusivo de proteger otros derechos o bienes constitucionales¹¹⁴.

Exclusión de los presos en la Ley electoral

En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Hirst c. Reino Unido*, n° 2)¹¹⁵,

Hirst c. Reino Unido, n° 2

las eventuales restricciones no menoscabarán los derechos en aspectos esenciales, privándoles de su contenido y eficacia; responderán a un fin legítimo y los medios empleados no resultarán desproporcionados (*Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*,..., § 52). En particular, ninguna de las condiciones impuestas pueden afectar a la libre expresión del pueblo para la elección del poder legislativo; dicho de otra manera, deben reflejar, y no contravenir, la integridad y efectividad de un procedimiento electoral dirigido a expresar la voluntad popular a través del sufragio universal. Se puede, por ejemplo, fijar una edad mínima para asegurar que las personas que participen en el proceso electoral sean suficientemente maduras o incluso, en determinadas circunstancias, la elegibilidad puede someterse a criterios tales como la residencia para acreditar que las personas que se presenten tengan relaciones suficientemente estrechas o continuadas con el país en cuestión (*Hilbe c. Liechtenstein*, n° 31981/96, CEDH 1999-VI, *Melnitchenko c. Ucrania*, n°

que habrá de tener algunas otras consecuencias como: (...) d) suspende los derechos y prerrogativas del ciudadano, en términos de la fracción II del artículo 38 de la Constitución General de la República.”

¹¹³. Véase el caso “Pedraza Longi” (SUP-JDC-85/2007) y el análisis, en el contexto de la teoría garantista, que realiza Pedro SALAZAR UGARTE: “Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”, en SALAZAR UGARTE/AGUILÓ REGLA/PRESNO LINERA: *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 58 y sigs.

¹¹⁴. El Legislador argentino ha previsto en el Código Electoral Nacional (artículo 3.d) la privación del sufragio a los condenados por delitos dolosos a pena privativa de libertad, pero la Corte Suprema de Justicia ha considerado inconstitucional la privación referida a las personas detenidas sin condena (Sentencias de 27 de septiembre de 2001 y 9 de abril de 2002), <http://www.csjn.gov.ar/>

La Corte Constitucional de Colombia “ha señalado que las normas que niegan el derecho al sufragio a las personas condenadas, se encuentran acordes con el texto constitucional. Al respecto la Corporación expresó lo siguiente: “(...) el derecho político al sufragio no se concreta en su ejercicio actual y efectivo sino bajo la condición indispensable de hallarse en ejercicio de la ciudadanía, luego quien está afectado con la suspensión de la ciudadanía, ya sea de hecho, por no cumplir los requisitos exigidos, o en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley (C.P. artículo 98), está excluido de la posibilidad de elegir y ser elegido y de ejercer los derechos políticos allí consignados (...) “La Constitución permite que la ciudadanía se suspenda en virtud de decisión judicial “en los casos que determine la ley”, como es por ejemplo, el presente caso, en que ella se produce a título de pena por la comisión de un delito, por medio de sentencia debidamente ejecutoriada. En consecuencia, no encuentra fundamento el cargo de la demanda, pues las normas de rango legal objeto de censura simplemente son concreción de aquella norma constitucional.”... Ahora bien, en la medida en que es la misma Constitución la que lo autoriza la suspensión el ejercicio de la ciudadanía y, por ende, el ejercicio de los derechos políticos que tal calidad conlleva (arts. 40, 98 y 99 C. P.), no es posible en consecuencia considerar que se vulnere el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado Social de derecho que nos rige por el hecho de que se restrinjan en las circunstancias ya anotadas la posibilidad de ejercer funciones públicas” (Sentencia C-329/03, de 29 de abril de 2003), en http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/

¹¹⁵. <http://cmiskp.echr.coe.int/>

17707/02, § 56, CEDH 2004-X). Cualquier limitación al principio de sufragio universal corre el riesgo de socavar la legitimidad democrática del poder legislativo así elegido y de las leyes que apruebe. En consecuencia, la exclusión de cualesquiera grupos o categorías de población debe conciliarse con los principios que sustenta el artículo 3 del Protocolo n° 1 (véase, *mutatis mutandis*, *Aziz c. Chipre*, n° 69949/01, § 28, CEDH 2004-V).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no excluye que se impongan restricciones a los derechos electorales de la persona que, por ejemplo, ha cometido graves abusos en el ejercicio de funciones públicas o cuyo comportamiento amenaza con socavar el Estado de derecho o los fundamentos de la democracia. No obstante, no se pueden adoptar a la ligera medidas rigurosas como la privación del derecho de voto y la imposición legal de una restricción global a todos los presos que cumplan su pena, que se les aplique automáticamente, cualquiera que sea la duración de su condena e independientemente de la naturaleza y gravedad de la infracción cometida y de su situación personal, sobrepasa el margen de apreciación aceptable, por amplio que sea, y es incompatible con el artículo 3 del Protocolo n° 1¹¹⁶.

A nuestro juicio, la aplicación del principio democrático tendría que conducir a la inexistencia de restricciones políticas a los presos, al menos en todos aquellos ámbitos en los que el ejercicio de los derechos es compatible con su situación administrativa de sujeción especial, y el sufragio lo es sin especiales dificultades; por utilizar las categorías de Michael Walzer, no sería justo que un ciudadano ubicado en una esfera pueda ser coartado por ubicarse en otra esfera, con respecto a un bien distinto¹¹⁷, y el preso está en una esfera caracterizada por la restricción de su libertad personal en la que no se encuentran los que no han delinquido, pero esta diferencia de posiciones no debe trasladarse a la esfera política, al menos al derecho de sufragio, porque en esta última la desigualdad carecería de justificación.

*Esferas de la
justicia*

Como ya hemos visto antes, en todo derecho fundamental, y el voto lo demuestra con claridad, puede diferenciarse una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva, y de la dimensión objetiva de las normas que garantizan el derecho fundamental al sufragio se derivan los efectos irradiante y recíproco de este derecho. En lo que al derecho de sufragio se refiere, el efecto de irradiación puede tener especial incidencia en el derecho penal, lo que significará que el Legislador penal deberá actuar de manera que no ignore el contenido

¹¹⁶. Véase, en general, el estudio de Carlos BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*:....

¹¹⁷. *Spheres of Justice*, Basic Books, Nueva York, 1983, pág. 19; en la versión castellana, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993; sobre este particular, págs. 32 y 33.

esencial del derecho, lo que ocurrirá si aprueba una disposición sancionadora que con carácter general priva a una determinada categoría de personas del ejercicio del derecho de voto¹¹⁸.

Por su parte, el efecto recíproco obliga al Legislador a que en su labor limitativa observe el respeto debido a los términos constitucionales que mediatizan su tarea y, en segundo lugar, a que esta última no sea arbitraria o no razonable.

La aplicación de estos efectos al derecho de voto nos permite concluir, por citar un ejemplo, que, con arreglo a la Constitución española de 1978, es inconstitucional la privación del derecho de voto a los presos, pues la persona que cumple una condena privativa de libertad no carece de capacidad para autodeterminarse políticamente y, además, esa circunstancia no convierte a quien se encuentra en ella en una persona carente de dignidad, por lo que la sanción consistente en la privación del sufragio activo por ese motivo no es en absoluto compatible con el mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución¹¹⁹. Por otra parte ni apelando a razones técnicas se puede justificar que los reclusos no puedan votar, pues es un problema fácilmente solucionable a través del voto por correo.

Por este motivo, entendemos que se ha acertado al convertir en historia la privación del derecho de sufragio activo como consecuencia de una sanción penal¹²⁰. Antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, esta consecuencia se podía producir bien por razón de una inhabilitación absoluta (artículo 35), una inhabilitación especial (artículo 37) o una suspensión (artículo 39)¹²¹. La primera y la tercera eran penas accesorias a las de privación de libertad, mientras que la segunda era una pena específica¹²².

¹¹⁸. Véase *Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and Re-Integration of Offenders (Nicro) and others*, <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm>

¹¹⁹. “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

¹²⁰. Había cuestionado la constitucionalidad de esta sanción, vigente hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, Luis LÓPEZ GUERRA en su estudio “El derecho de participación del artículo 23.2 de la Constitución española”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*. XIII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1993; véanse las págs. 1177 y 1178.

¹²¹. Según el antiguo artículo 35.2, “La pena de inhabilitación absoluta producirá los efectos siguientes: 2º. La privación del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de la condena...”; “La inhabilitación especial para el derecho de sufragio privará al penado del derecho de elegir y ser elegido durante el tiempo de la condena para el cargo electivo sobre que recayere.” (artículo 37); “La suspensión del derecho de sufragio privará al penado, igualmente, de su ejercicio durante el tiempo de la condena.” (artículo 39).

¹²². En la Disposición Derogatoria del Código Penal de 1995 se derogan de manera expresa los términos

A la misma conclusión han llegado, por mencionar otros dos ordenamientos distantes y distintos, el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Supremo de Sudáfrica; el primero (*Sauvé c. Canadá*, de 31 de octubre de 2002) defiende que una interpretación amplia del objeto es particularmente importante en el derecho de voto, sin que deba ser limitado por intereses colectivos opuestos. Los derechos democráticos fundamentales no constituyen «una gama de soluciones aceptables» entre las que el Legislador pueda elegir a su antojo, pues los derechos no son una cuestión de privilegio o de mérito, sino de pertenencia a la sociedad, lo que es especialmente cierto en el derecho de sufragio, piedra angular de la democracia¹²³.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica afirmó (*August c. Electoral Commission*, de 1 de abril de 1999) que el derecho de voto impone obligaciones positivas tanto al Legislador como al Ejecutivo, insistiendo en que el sufragio universal de los adultos es uno de los valores fundamentales de todo el sistema constitucional porque es importante no solo para la soberanía popular y la democracia sino también como símbolo de la dignidad e identidad individual. “Literalmente, significa que todo el mundo es importante”¹²⁴.

“activo y” del artículo 137 de la LOREG (“Por todos los delitos a que se refiere este Capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo y pasivo.”). Habrá que entender también derogada la letra a) del artículo 3 (“Carecen de derecho de sufragio: los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento), ya que tal pena no existe; véase al respecto el estudio de Laura POZUELO PÉREZ: *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid, 1998, págs. 14 y 15.

¹²³. <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html>
<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

¹²⁴. <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm> y <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.pdf>

“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*, 1929.

“El poder político es precisamente la capacidad de tomar decisiones durante un espacio de tiempo, de cambiar las reglas, de hacer frente a las emergencias; no puede ser ejercido democráticamente sin el consentimiento continuo de quienes están sujetos a él. Y entre éstos se cuentan toda mujer y todo hombre que vivan dentro del territorio en el cual tales decisiones surten sus efectos”.

Michael Walzer: *Spheres of Justice. A defense of pluralism and equality*, 1983.

VIII.- ¿Es propio de una sociedad democrática avanzada la exclusión política de los extranjeros?

En la mayor parte de los Estados los procesos de democratización del sufragio se han movido dentro de la esfera de la nacionalidad, de manera que los derechos de participación política y, en particular, el sufragio no han alcanzado con plenitud a los extranjeros.

La esfera de los nacionales

Es significativo en este ámbito el ordenamiento constitucional de Estados Unidos, en el que fueron introducidas tres Enmiendas para extender el sufragio a distintas categorías de nacionales: la Enmienda XV, en 1870, para garantizar el derecho de las personas negras a votar; la Enmienda XIX, en 1920, para garantizar el derecho de sufragio a las mujeres, y la Enmienda XXVI, en 1971, para asegurar el voto a los nacionales con dieciocho años de edad¹²⁵ y en el que, incluso, estuvo en vigor, desde 1940 hasta 1978, una disposición de la Ley de Nacionalidad, según la cual “cualquier persona, nacional de Estados Unidos por nacimiento o naturalización, perderá su nacionalidad por... e) votar en una elección política en un país extranjero”. Es decir, que se mantenía un doble vínculo entre nacionalidad y derechos políticos: en Estados Unidos únicamente votarían los nacionales y los nacionales únicamente votarían en Estados Unidos¹²⁶.

¹²⁵. Sobre este proceso, véanse los estudios pormenorizados de Alessandro KEYSSAR: *The Right to vote. The contested history of democracy in the United States*,..., y de 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° 4, diciembre 2004, disponible en <http://www.immigrantvoting.org/Articles/Haydukessay.pdf>

¹²⁶. La aplicación de esta normativa llegó al Tribunal Supremo, que en un primer pronunciamiento (*Pérez v. Brownell* 366 U.S. 44, 1957) entendió, por cinco votos a cuatro, que el voto de un ciudadano estadounidense

No obstante, debe recordarse que la exclusión política de los no estadounidenses no viene sancionada constitucionalmente y su derecho al sufragio fue reconocido en las Constituciones de numerosos Estados durante décadas y hasta 1926, año en el que se cambió la Constitución de Arkansas, el último Estado en abolir ese derecho, todo ello con el aval del Tribunal Supremo¹²⁷.

Uno de los motivos tradicionales del rechazo a los extranjeros en el ejercicio del derecho de sufragio ha sido el temor al menoscabo que podría sufrir la soberanía nacional con la intervención en la formación de sus decisiones políticas de los nacionales de otro Estado. En la actualidad no se ha conseguido superar del todo esta prevención y, salvo algunos casos aislados que se mencionarán a continuación, como mucho la abstracción de la condición de extranjero para el disfrute del sufragio sólo se ha admitido en las elecciones locales y, precisamente, por entender que en este caso no se adopta una decisión política que tenga que ver con el ejercicio de las funciones soberanas, reservadas a los nacionales¹²⁸.

Temor por la soberanía

Voto de los extranjeros en el derecho comparado

Así, en la Constitución española se dice que “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 [participación en los asuntos públicos y acceso a funciones y cargos públicos], salvo lo que, atendiendo a criterios de

en las elecciones de otro país suponía un riesgo para las relaciones internacionales; este criterio quedó revocado en el asunto *Afroyim v. Rusk* (387 U. S. 25, 1967), al entender la nueva mayoría (cinco a cuatro) que el Congreso carecía de poderes para despojar a un ciudadano de su nacionalidad sin su consentimiento; *Pérez v. Brownell* en: http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0356_0044_ZO.html; *Afroyim v. Rusk* en: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0387_0253_ZO.html

¹²⁷. Hace ya un siglo que el Tribunal Supremo concluyó que los Estados pueden conceder el derecho de sufragio a los que son sólo ciudadanos del Estado, aunque no sean ciudadanos de Estados Unidos -*Pope v. Williams* 193 U.S. 621, 632 (1904) -<http://laws.findlaw.com/us/193/621.html>-; si bien ya no es así, numerosos Estados otorgaron el sufragio a residentes que no eran ciudadanos de Estados Unidos; como dijo expresamente ese Tribunal en *Snowden v. Hughes*, 321 U.S. 1, 7 (1943): “The right to become a candidate for state office, like the right to vote for the election of state officers, ...is a right or privilege of state citizenship, not of national citizenship ...”; véase en <http://laws.findlaw.com/us/321/1.html>. Sobre este proceso véanse los trabajos, ya citados, de Alessandro KEYSSAR: *The Right to vote...*, págs. 32 y 33, 136 a 138 y la tabla A12 en las págs. 371 a 372, y Ron HAYDUK: *Democracy for All. Restoring Immigrants Voting Rights in the United States...*; también en *New Political Science*, volumen 26, nº 4, diciembre 2004, <http://www.immigrantvoting.org/Articles/Haydukessay.pdf>

Sobre estas cuestiones se extiende, en la doctrina española, Ruth RUBIO MARÍN en *Immigration as a Democratic Challenge: Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University Press, 2000, y en “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 11 y sigs.

En general, sobre los conceptos de nacionalidad, ciudadanía y democracia véase el estudio de Benito ALÁEZ CORRAL: *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, CEPC, Madrid, 2006.

¹²⁸. Véase la exposición comparada, que incluye el análisis de 32 ordenamientos europeos y 4 no europeos (Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda), de Harald WALDRAUCH: *Electoral rights for foreign nationals: a comparative overview*, presentada en ESF/LESC-SCSS Exploratory Workshop “Citizens, non-citizens and voting rights in Europe”, University of Edinburgh, 2-5 junio de 2005, disponible en: http://dSPACE.anu.edu.au/bitstream/1885/41780/2/waldrauch_paper.pdf

reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales” (artículo 13.2)¹²⁹; el artículo 100 de la Constitución colombiana dispone que “los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”; el artículo 120 de la Constitución paraguaya dice que “son electores los ciudadanos paraguayos radicados en el territorio nacional, sin distinción, que hayan cumplido diez y ocho años. Los ciudadanos son electores y elegibles, sin más restricciones que las establecidas en esta Constitución y en la ley. Los extranjeros con radicación definitiva tendrán los mismos derechos en las elecciones municipales”.

Determinados Estados van más allá, al permitir la participación de los extranjeros en elecciones de ámbito regional, como sucede con la Constitución Bolivariana de Venezuela, que extiende el sufragio a las elecciones al Poder Legislativo de cada Estado (artículo 64):

“el voto para las elecciones parroquiales, municipales y estatales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política”.

Algunos Estados reconocen la posibilidad de que ciertos extranjeros procedentes de países con pasado colonial común o con similitudes culturales participen en todos o la mayoría de los procesos electorales; 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”.

Finalmente, una minoría de Estados otorga plenos derechos políticos a los extranjeros;

así, 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 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 en el Ecuador 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.

¹²⁹. En sentido similar a la Constitución española, artículos 23 de la Constitución alemana, 51 de la italiana y 88.3 de la francesa.

Por el contrario, en muchos sistemas constitucionales el sufragio en todo tipo de elecciones está reservado a los nacionales del país;

es lo que ocurre, por citar algunos casos en América, en México (el artículo 35 de la Constitución dice que “Son prerrogativas del ciudadano –[varón y mujer que, teniendo la calidad de mexicano, reúnan, además, los siguientes requisitos: Haber cumplido 18 años, y Tener un modo honesto de vivir.]–: I. Votar en las elecciones populares...” o Brasil (el artículo 14 de la Constitución impide inscribir como electores a los extranjeros).

Los propios tratados internacionales de ámbito universal insisten en la vinculación del sufragio a la nacionalidad:

“1. *Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos...*” (artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos); “*Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; Votar y ser elegidos en elección periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*” (artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), (las cursivas son nuestras).

Aunque también se encuentran, sobre todo en Europa, documentos internacionales y supranacionales de signo favorable a los derechos políticos de los extranjeros: el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo nº 593/2003, sobre “Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea”; la Comunicación de la Comisión sobre Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea, COM (2005) 389, de 1 de septiembre de 2005; el Convenio sobre Participación de extranjeros en la vida pública en el ámbito local, adoptado en 1992; los trabajos de la llamada Comisión de Venecia (*European Commission for Democracy through law*),...

La nacionalidad es, pues, el estatuto que condiciona la participación en el ejercicio de la soberanía y su relevancia histórica tal vez no sea ajena a la búsqueda del equilibrio de miedos que favorece la lealtad al Estado: cuanto menos se teme al conciudadano más se debe temer al extranjero; fomentando el sentimiento de integración entre los “nuestros” se incrementa la sensación de peligro que proviene de “ellos”, precisamente por su condición de radicalmente diversos¹³⁰.

Voto
vinculado al
status de la
nacionalidad

¹³⁰ Juan Antonio GARCÍA AMADO: “¿Por qué no tienen los extranjeros los mismos derechos que los nacionales?”, *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003, pág. 341; en el mismo sentido, Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: “De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones, en clave constitucional, sobre una sociedad decente”, *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*,..., pág. 104.

Sin embargo, la democratización de los procesos políticos internos e internacionales, la globalización incontenible y el flujo constante de personas de unos países a otros convierten en perversas y anacrónicas estas exclusiones y reclaman la extensión de los derechos políticos a los no nacionales¹³¹; en suma, una caracterización de la ciudadanía más dinámica y abierta tanto en el ámbito personal de sus beneficiarios, como en el ámbito material de su contenido.

Y ello porque en un Estado democrático los ciudadanos lo son por su relación jurídica con el Estado, por el conjunto de derechos y obligaciones que integran dicha relación, que no es la consecuencia sino el presupuesto de la ciudadanía. Y esta democracia basada en la igualdad formal, en tanto permite una mayor aproximación entre gobernados y gobernantes, debe convertirse en un modelo a emplear en todas las esferas de poder político del Estado, con lo que el reconocimiento de los derechos consustanciales a la ciudadanía política, y de modo especial el voto, ha de ponerse en conexión con el sometimiento de la persona a un ordenamiento determinado.

Voto vinculado
a la residencia

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 concebir la ciudadanía como una relación jurídica y no como un concreto *status* de la persona¹³².

Sin embargo, y como resulta de los ejemplos antes citados, en muchos países la teoría de los *status* todavía se sigue aplicando en materia de derechos políticos, al igual, como resulta obvio, que en otros ámbitos del ordenamiento¹³³. El *status* que presupone la

¹³¹. Nos hemos ocupado de esta cuestión en “La participación política como forma de integración”, Miguel Ángel PRESNO LINERA (editor) *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

¹³². La teoría de los *status* mantiene en esencia los rasgos dibujados por Jellinek en su *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Esta obra se ha consultado en la versión ofrecida por la segunda reimpresión de la segunda edición (Tubinga, 1919), publicada por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, en 1979.

Para Jellinek, 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 activo; como consecuencia, los derechos subjetivos son pretensiones jurídicas que se derivan de esas cualificaciones concretas de la personalidad.

Para un análisis pormenorizado de la teoría de los *status* de Jellinek en relación con los derechos fundamentales, véase Robert ALEXANDER: *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985, págs. 229 y sigs.

¹³³. 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.

titularidad de los mencionados derechos es el de nacional, por lo que las personas que tienen el estatuto de extranjeros no son titulares plenos de ellos.

Seguimos, pues, todavía inmersos en una concepción “nacional” de la ciudadanía; en la teoría de los *status* (nacional/extranjero), que trae causa de la consideración del “pueblo del que emanan todos los poderes del Estado” como el pueblo formado por las personas que tienen una concreta nacionalidad. Se asume así un concepto prejurídico de “pueblo”, entendido como esencia previa al ordenamiento constitucional, que éste no puede sino sancionar y convertirlo así en una categoría jurídica, cuando en términos normativos lo que sea el pueblo viene determinado por la existencia de un ordenamiento diferenciado, de un Estado. Y éste podría determinar que “su pueblo” lo integran el conjunto de personas sometidas a ese ordenamiento y que, por ese motivo, participan en una relación jurídica que surge a partir de la estancia continuada de los individuos en el territorio sobre el que se aplica tal ordenamiento¹³⁴.

Debe recordarse que el ordenamiento, entendido desde una perspectiva normativa¹³⁵, no considera a los individuos en cuanto tales como el contenido de las normas jurídicas, sino que atribuye esa condición a los hechos conectados a una conducta humana, en nuestro caso a la residencia continuada en un determinado territorio. Si se acepta la premisa que aquí se propone, el pueblo del Estado puede definirse con arreglo al criterio jurídico de la residencia, y esta configuración contribuye a dotar de plena legitimidad democrática al ordenamiento que personifica ese Estado.

En consecuencia, y desde la óptica de la legitimación democrática del sistema, de su autorreferencialidad constante, los residentes tienen que tener la posibilidad de intervenir en la creación y modificación del ordenamiento jurídico al que están sometidos. Desaparece así la diferencia jurídica, incompatible con la democracia, entre “ciudadanos activos” y “ciudadanos pasivos”, entre personas que deciden y personas que únicamente soportan la decisión. En rigor, en democracia no cabe hablar de “ciudadanos pasivos”, pues la ciudadanía presupone la posibilidad jurídica de decidir, de participar, con independencia de que, de hecho, se intervenga o no. Por este motivo, tampoco es aceptable la configuración del sufragio a partir del *status activae civitatis* definido por Jellinek¹³⁶, pues

En democracia no cabe diferenciar entre ciudadanos activos y pasivos

¹³⁴. El concepto de relación jurídica que aquí se utiliza es el desarrollado por Hans KELSEN en sus obras *Reine Rechtslehre* (Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960), Frank Deuticke, Viena, 1976, págs. 167 y sigs., y en *Allgemeine Staatslehre* (Nachdruck der ersten Auflage von 1925), Verlag Dr. Max Gehlen, Berlín, 1966, págs. 82 y sigs., y 144 y sigs.

¹³⁵. Hans KELSEN: *Allgemeine Staatslehre...*, págs. 81 y sigs., y 137 y sigs.

¹³⁶. Este *status* se otorga cuando el Estado reconoce al individuo la posibilidad de actuar por cuenta suya, de la que resulta la situación de ciudadano activo, que se corresponde con el ejercicio de los derechos políticos;

en democracia el individuo además de poder actuar por cuenta del Estado obra, sobre todo, por cuenta propia.

Este camino para el reconocimiento de derechos políticos a los extranjeros, al menos en la esfera de gobierno local, ha venido siendo impulsado, además de en algunos ordenamientos nacionales, en ámbitos supranacionales, como el Consejo de Europa o la Unión Europea.

Por lo que al Consejo de Europa se refiere, y como colofón de un proceso iniciado veinte años antes, el 5 de febrero de 1992 se aprobó en Estrasburgo la “Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local”¹³⁷. 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

El voto en el ámbito del Consejo de Europa

“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”.

Aunque resulta lógico pensar que el compromiso de reconocer el sufragio activo y pasivo a los extranjeros se refiere a los nacionales de los países miembros del Consejo de Europa, el tenor del Preámbulo de este Convenio parece querer extender este beneficio a todo no nacional de un Estado, pues se habla del “carácter universal e indivisible de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales fundadas en la dignidad de todos los seres humanos”.

La necesidad de ampliar el espectro de participación política reconocido a los nacionales de los Estados miembros ha sido sancionada también en la Unión Europea, con el Tratado de Maastricht, que en su artículo 8B, además de disponer que

Tratado de Maastricht

véase la *ob. cit.*, págs. 136 y sigs.

¹³⁷. Ratificada, en noviembre de 2009, por Albania, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Noruega, Países Bajos y Suecia; firmada, pero no ratificada, por Croacia, Chipre, Eslovenia, Gran Bretaña, Lituania y República Checa; puede consultarse en la página del Consejo de Europa: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun>

“Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado...”

añade que

“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 138 y en las normas adoptadas para su aplicación, todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”.

Como desarrollo normativo de estas previsiones se han aprobado dos Directivas: la 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, modificada por la Directiva 96/30/CE de 13 de mayo de 1996, y la Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales.

Voto en la
Unión
Europea

En la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” se incluyen (artículos 39 y 40) los derechos de todo ciudadano de la Unión a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en los comicios municipales en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de residencia.

Además, resultan de interés las declaraciones que revelan los objetivos perseguidos por las normas comunitarias. Así, esta regulación se inserta 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”.

Esta pretensión –la de suprimir la condición de nacional para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo– resulta de extraordinaria importancia, pues con ella se revela que la ciudadanía puede desconectarse de la nacionalidad. Es cierto que aquí la nacionalidad obviada es, en la mayoría de los casos, la de los Estados de la Unión Europea, pero el punto de partida es el mismo: la integración de las personas en el país en el que residen y la consideración de los pueblos no como entidades homogéneas nacionales, sino como

sociedades abiertas a la participación política de los que comparten una misma residencia y, en consecuencia, el sometimiento a un mismo ordenamiento. No en vano se dice en los Preámbulos de las Directivas que el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones en el Estado miembro de residencia “es el corolario del derecho de libre circulación y residencia contemplado en el artículo 8A del Tratado”.

Además, las modificaciones necesarias para la incorporación a la Unión Europea de nuevos Estados (reconocimiento del sufragio en las elecciones locales y al Parlamento Europeo a los nacionales de los demás miembros de la Unión), han favorecido que la extensión del sufragio beneficie también a residentes de países no comunitarios; es lo que ha sucedido en Hungría, tanto en elecciones locales como regionales, sin exigir además un lazo previo de residencia, y en Lituania, Eslovaquia y Eslovenia, que permiten votar en las elecciones locales a los residentes permanentes. A esta corriente se han sumado Bélgica y Luxemburgo, que han extendido el derecho de sufragio en los comicios locales a todos los extranjeros con cinco años de residencia.

La aceptación de que las personas pueden circular de un Estado a otro y tienen la posibilidad de establecerse donde lo consideren más oportuno es, pues, el presupuesto del reconocimiento de la capacidad para intervenir en la adopción de las decisiones jurídicas a las que las mismas se ven sometidas. Aceptar que un extranjero se puede instalar en el territorio de un Estado no ha de verse como una forma de incrementar el número de súbditos, sino como una vía para que aumente el número de ciudadanos, de personas que intervienen en la formación de la voluntad política del Estado¹³⁸.

Voto y
libertad de
circulación

En esta línea se mueven las Directivas europeas; así, de conformidad con la que regula las elecciones al Parlamento Europeo (artículo 3):

“Toda persona que, en el día de referencia: a) sea ciudadano de la Unión según lo previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 8 del Tratado, y que b) sin haber adquirido la nacionalidad del Estado miembro de residencia, *cumpla las condiciones a las que la legislación de este último supedita el derecho de sufragio activo y pasivo de sus nacionales*, tendrá derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro de residencia en las elecciones al Parlamento Europeo, siempre que no esté desposeída de esos derechos en virtud de los artículos 6 ó 7” (la cursiva es nuestra).

“Si, para ser electores o elegibles, los nacionales del Estado miembro de residencia deben residir desde un período mínimo en el territorio electoral se presumirá que cumplen

¹³⁸. Alude al carácter novedoso de la conexión entre libertad de circulación y ejercicio de los derechos políticos Marco CUNIBERTI: *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padua, 1997, págs. 249 y sigs., y 518 y sigs.; en la libertad de circulación también fundamenta Luigi FERRAJOLI su concepción de la ciudadanía y de los derechos a ella inherentes, 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 (2ª edición), págs. 263 y sigs.; este trabajo de Ferrajoli puede leerse también en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 97 y sigs.

este requisito los electores y elegibles comunitarios que hayan residido durante un período equivalente en otros Estados miembros. Esta disposición se aplicará sin perjuicio de las condiciones específicas relativas al período de residencia en una circunscripción electoral o entidad local determinada” (artículo 5).

De acuerdo con la Directiva relativa a las elecciones locales (artículos 8.2 y 3),

“para inscribirse en el censo electoral, *el elector a que se refiere el artículo 3 deberá presentar las mismas pruebas que un elector nacional*. El Estado miembro de residencia podrá además exigir que el elector a que se refiere el artículo 3 [el comunitario no nacional] presente un documento de identidad en vigor, así como una declaración formal en la que conste su nacionalidad y su domicilio en el Estado miembro de residencia. 3. *El elector a que se refiere el artículo 3 que figure en el censo electoral permanecerá inscrito en el mismo, en idénticas condiciones que el elector nacional*, hasta que se produzca su exclusión por haber dejado de cumplir los requisitos exigidos para el ejercicio del derecho de sufragio activo” (las cursivas son nuestras).

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*)¹³⁹ 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...”

Estos indudables avances no pueden ser, desde luego, la culminación de las aspiraciones de un sistema democrático, que, por definición, debe estar al servicio de la expresión plural de las comunicaciones políticas, socioeconómicas y culturales de todas las personas, nacionales o no. Como ya se ha dicho, la absorción de la ciudadanía por la nacionalidad, y la correlativa circunscripción de la capacidad de participación en el ejercicio de la soberanía únicamente a los individuos pertenecientes a la Nación, definida

¹³⁹. Disponible en <http://curia.europa.eu/jurisp/>

conforme a parámetros que poco o nada tienen que ver con su mayor o menor sujeción al ordenamiento jurídico, resulta difícilmente compatible con esta comprensión funcional del principio democrático, vinculado al elemento subjetivo de la voluntad de los individuos de habitar en un determinado lugar y, con ello, sujetarse a las disposiciones de un ordenamiento jurídico, en cuya elaboración deben poder participar.

La persona que está jurídicamente obligada, precisamente por esa circunstancia, tiene que gozar de los derechos de participación política. Lo importante no es, pues, el “pueblo” del que emanan los poderes del Estado, sino el pueblo que participa en los poderes del Estado y la delimitación de este pueblo no debe realizarse en atención a consideraciones geográficas, históricas o étnicas, sino por el mero hecho de estar sometido al ordenamiento jurídico que forma un Estado.

Si bien, como se acaba de comentar, la extensión del sufragio a los extranjeros residentes no debería limitarse a las elecciones locales, este reconocimiento tiene, desde una perspectiva teórica, mucha mayor relevancia de la que suele destacarse, pues esas elecciones son tan plasmación del ejercicio de la soberanía como las regionales o nacionales

Así, en las propias Directivas comunitarias mencionadas más arriba se declara que nos encontramos ante una “aplicación del principio de igualdad y de no discriminación entre ciudadanos nacionales y no nacionales” y que “los ciudadanos no nacionales no deben estar sujetos a condiciones específicas a menos que, excepcionalmente, pueda justificarse un trato diferente de los nacionales y de los no nacionales por circunstancias especiales que distingan a estos últimos de los primeros”.

Es decir, que en la configuración jurídica del “pueblo gobernado” del municipio que ha de actuar como “pueblo gobernante” no se distingue entre nacionales y extranjeros, sino entre quienes residen en el municipio y los meros transeúntes. Estamos, como se ha dicho, ante “algo que tiene más trascendencia que una mera equiparación entre nacionales y extranjeros; significa el cambio de un criterio de igualdad sustancial a otro de igualdad formal”¹⁴⁰; en pocas palabras, ante una “democracia sin homogeneidad”¹⁴¹, sin una precomprensión social, étnica, política, económica o religiosa de los ciudadanos, cuya

Democracia sin
homogeneidad

¹⁴⁰. Así, Francisco J. BASTIDA FREIJEDO: “La soberanía borrosa: la democracia”, en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (Soberanía y Constitución*, nº 1, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998, pág. 419. Puede consultarse la edición electrónica en <http://www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/primer/index.html>

¹⁴¹. Véase al respecto, Gustavo GOZZI: “Cittadinanza e democrazia. Elementi per una teoria costituzionale della democrazia contemporanea”, en *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee* (a cura di Gustavo Gozzi), Il Mulino, Bolonia, 1997, págs. 199 y sigs.; en especial, págs. 209 y sigs.

relación con el Estado no depende de una previa cualificación jurídica de su personalidad

Esta idea de la identidad de poder político en las diferentes esferas territoriales del Estado está presente de manera expresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. En particular, respecto a la idea de la “unicidad de la legitimidad democrática”, se mantiene que el artículo 28.1.2ª de la Constitución (“En los *Länder*, Distritos y Municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida del sufragio universal, directo, libre, igual y secreto”) implica que las decisiones esenciales relativas a los principios de la soberanía del pueblo, de la democracia y de un procedimiento electoral democrático, no se refieren únicamente a los ámbitos federal y federado, sino también a las subdivisiones de los Estados, a los municipios y a las agrupaciones de municipios. “Esa disposición garantiza pues a todas las colectividades sobre el territorio de la República Federal de Alemania la unicidad de la legitimidad democrática” (*BVerfGE* 83, 37 [53]). El artículo 28.1.2ª no considera que el pueblo sea únicamente sujeto de legitimación de los *Ländern*, sino también de los municipios y de los distritos. “Es el sujeto real de la propia administración y debe, en consecuencia, tener una representación que ha de ser elegida de acuerdo con los mismos principios que rigen para las elecciones al *Bundestag* y a los Parlamentos de los Estados” (*BVerfGE* 83, 37 [55] y *BVerfGE* 83, 60)¹⁴².

Es significativo que el propio Tribunal Constitucional Federal alemán, en las sentencias antes citadas, declarase que “el principio democrático, en especial la idea de libertad contenida en él, exige establecer una congruencia entre los portadores de los derechos políticos democráticos y quienes están habitualmente sometidos a una determinada dominación estatal”. No obstante, debe recordarse que estas sentencias declararon inconstitucionales Leyes que pretendían extender a los extranjeros el derecho de sufragio en las elecciones locales: los frustrados intentos tuvieron lugar en el año 1989 en la Ciudad-Estado de Hamburgo (Ley de 20 de febrero) y en el Estado de Schleswig-Holstein (Ley de 21 de febrero)¹⁴³.

¹⁴². <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083037.html>, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083060.html> y <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

¹⁴³. En la Ley de Hamburgo se permitía a los extranjeros, con ocho años de estancia y permiso de residencia, que votasen en las elecciones de distrito. En Schleswig-Holstein se permitía el voto, bajo la premisa de la reciprocidad, en las elecciones municipales a los residentes de nacionalidad holandesa, irlandesa, noruega, sueca y suiza que tuvieran una residencia legal de, al menos, cinco años. Los fundamentos en los que basó el Tribunal sus decisiones fueron, en esencia, que la legitimidad democrática del poder estatal está íntimamente relacionada con el “pueblo alemán”, que se articula a partir de la nacionalidad. La conexión entre los elegidos y los que pueden elegirse se aplica también en el ámbito de los Estados federados y en los municipios. No admitió, en consecuencia, la extensión a los extranjeros de la condición de sujetos portadores de legitimidad democrática, lo que no impedía que se les facilitara la adquisición de la nacionalidad alemana y así pudieran ejercer derechos políticos. En 1992 se reformó la Constitución alemana, de manera similar a lo que sucedió

En todo caso, el reconocimiento de que los extranjeros pueden participar en las elecciones de los entes locales, que no son sino formas particulares de la más amplia comunidad estatal, abre el camino para que, tras las debidas reformas constitucionales, esa participación se garantice también en otras instituciones de representación política, sin que ello deba ir acompañado, a diferencia de lo que ocurre en diferentes sistemas constitucionales, como el español, con la exigencia de reciprocidad¹⁴⁴.

Supresión de la exigencia de reciprocidad

A nuestro juicio, no debe condicionarse en un concreto ordenamiento jurídico el ejercicio de un derecho esencial “para el establecimiento y la conservación de los fundamentos de una democracia auténtica regida por el Estado de derecho” (Asunto *Hirst c. Reino Unido* -nº 2-) ¹⁴⁵, a su recíproco reconocimiento en un ordenamiento distinto o a la celebración de acuerdos internacionales cuya dinámica y desarrollo suelen ser lentos y complejos¹⁴⁶.

En todo caso, y mientras esta exigencia constitucional se mantenga, debe realizarse una interpretación que favorezca el ejercicio del sufragio, partiendo, en primer lugar, de que se trata de la reciprocidad respecto al derecho de sufragio, no en relación con el conjunto del sistema o del procedimiento electoral que pueda haber en el Estado extranjero de que se trate.

En segundo lugar, y aunque la reciprocidad puede darse en muy distintos grados, puede ser suficiente una reciprocidad general, laxa, y apreciar su existencia en relación con los países que reconozcan a los españoles la posibilidad de acceder al derecho de sufragio en sus elecciones locales. Es decir, se podría reconocer el derecho de sufragio activo a los extranjeros residentes en España en las mismas condiciones que los españoles siempre que a éstos se les permita votar en las elecciones municipales del Estado respectivo, aun cuando esto último esté sometido a otras restricciones. Incluso podría hacerse sin imponer

en otros países comunitarios como España, para permitir el sufragio activo y pasivo en las elecciones locales de los nacionales de los demás países de la Comunidad Europea.

Sobre esta jurisprudencia, véase Hans STÖCKER: “Der Binnen und der Aussenaspekt der Volkssouveränität (Bemerkungen zu den Urteilen des BVGE zum Ausländerwahlrecht vom 31-10-1990)”, en *Der Staat*, nº 2, 1991, págs. 250 y sigs.; también Olivier BEAUD: “Le droit de vote des étrangers: l’apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage”, en *Revue française de droit administratif*, nº 3, 1992, págs. 409 y sigs. En la doctrina española, Jaime NICOLÁS MUÑIZ “La participación de los extranjeros en las elecciones locales de la RFA. Aspectos para un debate doctrinal y jurisprudencial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 12, 1992, págs. 181 y sigs.

¹⁴⁴. “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

¹⁴⁵. Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>

¹⁴⁶. Véanse al respecto los estudios de Marcos Francisco MASSO GARROTE: *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997, págs. 145 a 149, y Miguel Ángel PRESNO LINERA: *El derecho de voto*,..., págs. 168 y sigs.

a los extranjeros residentes en España condicionamientos que sí se impongan a los españoles residentes en ese otro Estado. En definitiva, la exigencia de que la ley atienda a criterios de reciprocidad no se debe identificar con la necesaria aplicación de un rígido régimen de reciprocidad.

Tampoco compartimos la idea de que la alternativa adecuada sea la concesión de la nacionalidad, como sugirió el Tribunal Constitucional Federal alemán al rechazar el sufragio reconocido a los extranjeros por las legislaciones de Hamburgo y Schleswig-Holstein¹⁴⁷. Como es obvio, nos parece muy conveniente que se favorezca, reduciendo plazos y requisitos, la adquisición de la nacionalidad a los extranjeros que lo deseen, pero no que la nacionalización sea la única vía para que los residentes puedan ejercer el sufragio y ello por varias razones: en primer lugar, porque suele ser habitual que la adquisición de la nacionalidad esté condicionada, como mínimo y con carácter general, a un largo plazo de residencia: así, en España, según el artículo 22 del Código Civil:

¿Es una alternativa adecuada la concesión de la nacionalidad?

“1. Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes.

2. Bastará el tiempo de residencia de un año para: a) El que haya nacido en territorio español. b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar. c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en el momento de la solicitud. d) El que al tiempo de la solicitud llevara un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho. e) El viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho. f) El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.

3. En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. A los efectos de lo previsto en el párrafo d) del apartado anterior, se entenderá que tiene residencia legal en España el cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero.

4. El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española...”

Es cierto, como se acaba de reproducir, que a los nacionales de países iberoamericanos o de otros que tienen una particular vinculación con España les bastan dos años de residencia para acceder a la nacionalidad española, lo que entraña el reconocimiento de plenos derechos políticos (sufragio activo y pasivo en todo tipo de

¹⁴⁷. <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083037.html>, <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083060.html> y <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

elecciones), e, incluso, pueden adquirir la nacionalidad española sin pérdida de la suya propia (artículo 23 del Código Civil, apartado b)¹⁴⁸ y sin exigencia alguna de reciprocidad.

Pero la adquisición de la nacionalidad de un Estado lleva aparejada, en numerosas ocasiones, la pérdida de la nacionalidad de origen, lo que puede suponer un precio muy alto para el interesado por el consiguiente quebranto personal, familiar y legal que tal circunstancia genera, en especial en los emigrantes de primera generación¹⁴⁹.

Y, en todo caso, no se puede olvidar que, como recuerda Habermas, los derechos ciudadanos deben su carácter garantizador de la libertad a su contenido de derechos universales del hombre¹⁵⁰. Es necesario por tanto que, al menos, los extranjeros que tengan la condición de residentes sean jurídicamente considerados parte de ese pueblo al que se garantiza que todos sus componentes se podrán autodeterminar con la mayor libertad posible. No consideramos, frente a otras opiniones¹⁵¹, que sea imprescindible que se trate de residentes “permanentes”, pues esta condición también suele estar subordinada a un largo lapso temporal (cinco o más años), pudiendo considerarse suficiente un plazo menor (cuatro años) o uno muy reducido (uno o dos años) si no hay barreras idiomáticas ni socioculturales.

Y decimos que al menos estas personas deben gozar de derechos políticos y, en concreto del sufragio, porque se les puede presumir la capacidad para autodeterminarse políticamente en la sociedad de residencia; si ya han conseguido atravesar cuatro puertas¹⁵² –la del mercado laboral, la de la residencia, la cultural y la económica– no se les puede impedir que franqueen la quinta: la política¹⁵³. Si la persona está sujeta a la autoridad del Estado, éste debe remover los obstáculos constitucionales y legales necesarios para darle

¹⁴⁸. Sobre la doble nacionalidad y su relación con el sufragio activo y, en especial, el pasivo véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 2008 (asunto *Tanase y Chirtoaca c. Moldavia*), disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int>

¹⁴⁹. De la misma opinión, Harald WALDRAUCH: *Electoral rights for foreign nationals: a comparative overview*, ..., pág. 5, disponible en http://dspace.anu.edu.au/bitstream/1885/41780/2/waldrauch_paper.pdf

¹⁵⁰. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 637.

¹⁵¹. Tomas HAMAR sostiene que el problema de la extensión de los derechos políticos, núcleo de la ciudadanía, a los extranjeros se plantea sustancialmente en relación con los “*denizens*” (en la terminología de John Locke); en suma, con los extranjeros residentes de manera permanente en otro Estado, cuya sujeción a las Leyes del Estado y la ausencia de una correlativa capacidad de participación en su elaboración, cuestionan la legitimidad democrática del ordenamiento; véase *Democracy and the Nation State: aliens, denizens and citizens in a world of international migration*, Avebury, Aldershot, 1990, pág. 12 y sigs.

¹⁵². Tomas HAMAR utiliza la palabra subsistemas para referirse a estos estadios; ob. cit., págs. 35 y sigs.

¹⁵³. Ricard ZAPATA-BARRERO: *El turno de los inmigrantes. Esferas de justicia y políticas de acomodación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, págs. 37 y sigs.

“voz, y en última instancia una voz igualitaria, respecto de lo que la autoridad haga”. En términos de teoría de la justicia otra cosa “no es libertad comunitaria sino opresión”¹⁵⁴.

¹⁵⁴. Michael WALZER: *Spheres of Justice*, ..., págs. 61 y 62; en la versión castellana, págs. 73 y 74. Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ aplica el concepto de “igualdad compleja” de Walzer como criterio para explicar la necesaria igualdad sustantiva que debe existir, en principio, entre nacionales y extranjeros, “convirtiendo toda diferencia por razón de la nacionalidad en un rasgo sino prohibido, al menos, constitucionalmente no deseable”; en “De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad...”, *ob. cit.*, págs. 111 y 112.

“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 perseguidos, le son previsibles y comprensibles al ciudadano”.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania, BVerfGE 89, 155, Sentencia de 12 de octubre de 1993¹⁵⁵.

“...en lo que se refiere al derecho de voto propiamente dicho, [el Tribunal] ha afirmado que tal condición [la residencia] no es en sí irrazonable o arbitraria. 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”.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto *Melnitchenko c. Ucrania*, de 19 de octubre de 2004¹⁵⁶.

IX.- El voto de los nacionales ausentes.

Como acabamos de ver, si se acepta que el fundamento de la participación de los individuos en la adopción de las decisiones políticas relevantes de la comunidad radica en que son, precisamente, los destinatarios de las mismas, los residentes en el espacio geográfico sobre el que tales decisiones se proyectan deben intervenir en su aprobación. El interrogante que surge a continuación se plantea a propósito de la justificación del sufragio de los nacionales de un Estado que no viven en su ámbito territorial de manera continuada, cuyo ejemplo más significativo vendría constituido por los emigrantes que se han asentado y residen en otro país y que, en algunos casos, suponen un número relativamente alto de personas y, por tanto, de potenciales sufragios, siendo paradigmático en este punto 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 problemas¹⁵⁷.

Voto de los
nacionales
ausentes

¹⁵⁵. <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv089155.html>; <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

¹⁵⁶. <http://cmiskp.echr.coe.int/>

¹⁵⁷. 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° 112, 2005, págs. 365-403; puede consultarse en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex112/BMD11210.pdf>

En alguno textos constitucionales (artículos 171 y 176 de la Constitución colombiana¹⁵⁸, 68.5.2 de la Constitución española¹⁵⁹, 63.1 de la ecuatoriana¹⁶⁰, 187 de la peruana¹⁶¹, 14 de la portuguesa¹⁶², 48 de la italiana¹⁶³) esta situación ha sido reconocida de manera expresa, aunque con arreglo a modalidades distintas, por el Constituyente, que ha considerado necesario asegurar la participación política de los nacionales que residen en el extranjero, por lo que esta posibilidad no queda a disposición del Legislador, cuyo protagonismo se reduce a la articulación de los mecanismos necesarios para hacer viable y efectiva esa participación.

Garantía
constitucional
del voto de los
nacionales
ausentes

El compromiso normativo de los Estados puede tener también un origen internacional, por formar parte de la “Convención internacional sobre la protección de los

Convenios
Internacionales
sobre voto de
los emigrantes

¹⁵⁸. 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”.

¹⁵⁹. “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 llamativo que este mandato al Legislador se realice únicamente en el precepto que contiene los elementos esenciales del sufragio activo para el Congreso de los Diputados, pero no se reitera ni en el artículo siguiente, el de la elección de los senadores, ni tampoco para la elección de los concejales (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.

¹⁶⁰. “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”.

¹⁶¹. 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.”

¹⁶². “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.”

¹⁶³. Con la Ley Constitucional nº 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 nº 459, de 27 de diciembre de 2001, de normas para el ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos italianos residentes en el exterior.

derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y que entró en vigor el 1 de julio de 2003¹⁶⁴. 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 familiares¹⁶⁵.

El caso mexicano, como ya se ha apuntado, presenta especial interés por ser uno de los más recientes, por la controversia política, social y doctrinal que ha suscitado, y por el potencial número de personas beneficiadas¹⁶⁶. El modelo de México, cuya Constitución fue modificada el 22 de agosto de 1996 (artículo 36) para permitir, entre otras cosas, el voto de sus ciudadanos en el exterior, se aplicó por vez primera en las elecciones presidenciales de 2 de julio de 2006, pues hasta la reforma legislativa de 30 de junio de 2005 no se concretó ni el sistema de voto ni los comicios a los que se aplicaría¹⁶⁷. Se pueden mencionar otros ejemplos en Iberoamérica, como los que representan la legislación argentina¹⁶⁸, la

Voto de los
iberoamericanos
en el exterior

¹⁶⁴. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm>

¹⁶⁵. “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).

¹⁶⁶. Véase al respecto el estudio de Diego VALADÉS, “Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 112, 2005, págs. 365-403; como ya se ha dicho puede leerse en <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex112/BMD11210.pdf>

¹⁶⁷. Artículos 273 y siguientes del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales introducidos por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de junio de 2005. El artículo 273 dispone que “Los ciudadanos que residan en el extranjero podrán ejercer su derecho al voto exclusivamente para la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.”. Puede consultarse el texto, así como abundante información complementaria en la página del Instituto Federal Electoral: <http://www.ife.org.mx>; para información sobre el proceso de elección presidencial de 2006, <http://www.ife.org.mx/documentos/OE/participacion2006/votomex.html>. Sobre el sentido de la reforma constitucional véase Jorge CARPIZO: *El voto de los mexicanos en el extranjero*,..., págs. 95 y sigs., donde se explica que la reforma tuvo como uno de sus objetivos hacer posible el voto de los mexicanos que están fuera del país (en la Exposición de Motivos se dice que se hace “a efecto de posibilitar a nuestros compatriotas que se encuentran fuera del territorio nacional, el ejercicio del sufragio...”), pero no se trataría de una imposición al Legislador.

¹⁶⁸. La Ley 24.007, de creación del registro de electores residentes en el exterior, dispone (artículo 1) que “Los ciudadanos argentinos que, residiendo en forma efectiva y permanente fuera del territorio de la República Argentina, sean electores nacionales de acuerdo a lo dispuesto en el Código Electoral Nacional y

brasileña¹⁶⁹, la dominicana¹⁷⁰, la hondureña¹⁷¹ y la venezolana¹⁷², además de los ya citados de Colombia y Perú.

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,...)¹⁷³. 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,...) serán analizados más adelante.

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,

se inscriban en el Registro de Electores Residentes en el Exterior establecido en el artículo siguiente, podrán votar en las elecciones nacionales”; “Los ciudadanos que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1º optasen por inscribirse en el Registro de Electores Residentes en el Exterior deberán acreditar su último domicilio en la República Argentina, para poder ser incorporados o ratificados en el Padrón Electoral del distrito correspondiente al cual, oportunamente, se adjudicarán los votos emitidos. En el supuesto que los electores no pudiesen acreditar el último domicilio en la República Argentina, se considerará como último domicilio el del lugar de nacimiento en dicho país. En caso de imposibilidad de acreditarlo se tomará en cuenta el último domicilio de los padres. En cada representación diplomática o consular receptora de votos se efectuará el escrutinio pertinente de acuerdo a las disposiciones del Código Electoral Nacional” (artículo 3). Esta Ley puede consultarse en el apartado electoral de la página <http://www.pjn.gov.ar/> y de manera directa, entre otros sitios, en la página http://www.chaco.gov.ar/tribunalelectoral/Leyes_Decretos/Nacionales/Ley_24007.htm

¹⁶⁹. De acuerdo con el artículo 225 del Código Electoral, “Nas eleições para presidente e vice-presidente da República poderá votar o eleitor que se encontrar no exterior. § 1º Para esse fim serão organizadas seções eleitorais, nas sedes das Embaixadas e Consulados Gerais.”.

Puede consultarse la regulación en la página del Tribunal Superior Eleitoral:

http://www.tse.gov.br/servicos_online/catalogo_publicacoes/codigo_eleitoral/Volume1/codigoEleitoral/ParteQuarta_5_7.htm

¹⁷⁰. De conformidad con el artículo 82 de la Ley Electoral 275-97, de 21 de diciembre de 1997 y sus modificaciones: “los dominicanos residentes en el extranjero, en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, podrán ejercer el derecho al sufragio para elegir Presidente y Vicepresidente de la República”. Puede obtenerse toda la información en <http://votoexterior.jce.do/>

¹⁷¹. Ley Especial de 2001 para el ejercicio del sufragio de los hondureños en el exterior: “Los electores hondureños residentes en el exterior sólo ejercerán el sufragio para elegir Presidente de la República y Designados a la Presidencia (artículo 3); “Los Consulados Generales o en su caso las Secciones Consulares se consideraran Organismos Electorales Auxiliares (artículo 2); puede consultarse, entre otros sitios, en <http://pdba.georgetown.edu/Electoral/Honduras/hondext.html>

¹⁷². De acuerdo con el artículo 99 de la Ley Orgánica del sufragio y participación política: “Los venezolanos residenciados en el exterior deberán actualizar su inscripción en la sede de la representación diplomática o consular con jurisdicción en el lugar de su residencia y votarán en los mismos lugares. En caso de ser necesario los funcionarios diplomáticos y consulares podrán habilitar nuevas sedes y notificarle al Consejo Nacional Electoral.”, puede consultarse la legislación en <http://www.cne.gov.ve>

¹⁷³. Se extiende sobre estos argumentos Jorge CARPIZO en *El voto de los mexicanos en el extranjero*,..., págs. 75 y sigs.

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 portugués¹⁷⁴ y el italiano¹⁷⁵, se ha creado una circunscripción especial constituida precisamente por los nacionales de 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.

Vecindad
política

Esta exigencia demuestra que el problema del reconocimiento o atribución del derecho de participación política no encuentra la 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. Analizaremos a continuación si esta desvinculación personal y socioeconómica es compatible con la presunción del mantenimiento de una conexión política.

¹⁷⁴. 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.

¹⁷⁵. 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.

En el ordenamiento español¹⁷⁶, y de acuerdo con la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y las normas de inferior rango que la han desarrollado, para la inscripción en el censo electoral los españoles residentes en el extranjero, además de indicar el país y el municipio de residencia actual, deberán indicar la “provincia y municipio de inscripción en España a efectos electorales” (artículo 2.2.a) del Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo). A la hora de efectuar esa indicación han de seguirse los siguientes criterios: para los nacidos en territorio nacional el municipio será el de la última residencia o el de mayor arraigo; para los nacidos fuera de España, el de la última residencia o el de mayor arraigo de sus ascendientes o, en su caso, del interesado; si existen vínculos de hecho o de derecho se puede optar por el municipio de inscripción de cualquier otro miembro de la unidad de hecho o de derecho; en su defecto el municipio lo determinará de oficio la Oficina Consular con los datos de que disponga. Ese municipio de inscripción no se cambiará salvo que se modifiquen las circunstancias familiares o lo determine de oficio la Oficina Consular¹⁷⁷.

En el caso argentino, los ciudadanos que optasen por inscribirse en el Registro de Electores Residentes en el Exterior deberán acreditar su último domicilio en la República Argentina, para poder ser incorporados o ratificados en el Padrón Electoral del distrito correspondiente al cual, oportunamente, se adjudicarán los votos emitidos. En el supuesto que los electores no pudiesen acreditar el último domicilio en la República Argentina, se considerará como último domicilio el del lugar de nacimiento en dicho país. En caso de imposibilidad de acreditarlo se tomará en cuenta el último domicilio de los padres (artículo 3 de la Ley 24.007, de creación del registro de electores residentes en el exterior)¹⁷⁸.

En estos supuestos, el “domicilio” y los correspondientes derechos políticos acompañan a los españoles y argentinos 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

¿Existe vinculación de los nacionales ausentes con la política de sus países?

¹⁷⁶. Para una visión del derecho comparado, consúltese el trabajo ya citado de Jorge CARPIZO y Diego VALADÉS: *El voto de los mexicanos en el extranjero...*

¹⁷⁷. Orden de 24 de abril de 1996, por la que se dictan normas técnicas para la actualización mensual del Censo Electoral, dictada en desarrollo del Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo; puede consultarse en http://www.mir.es/DGPI/Normativa/Normativa_Estatal/Censo_Electoral/

¹⁷⁸. Véase la página <http://www.pjn.gov.ar/>

extranjero, o, incluso, que ni siquiera hayan estado allí, como sucede cuando se trata de nacidos fuera del territorio nacional. Bien pudiera ocurrir que lo que de verdad interesara a estas personas es tener plenos derechos políticos en el lugar en el que residen y cuyas normas les afectan de manera directa y cotidiana, y no tanto la posibilidad de participar en procesos electorales en ocasiones lejanas geográfica y políticamente¹⁷⁹.

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 2004¹⁸⁰, 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”.

*Melnitchenko c.
Ucrania*

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*¹⁸¹; 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).

Lo cierto es que en términos de proximidad del destinatario de las normas al órgano de creación de las mismas, es mucho mayor la inmediatez de un extranjero residente durante años en un país, donde entre otras cosas debe pagar sus tributos, que la de un nacional que haya estado ausente de su país durante una parte importante de su vida o que nunca haya estado en él. En definitiva, nos parece que resulta difícil de mantener una vinculación política con un determinado ordenamiento cuando se ha producido de hecho una desvinculación socioeconómica, cultural y personal.

Si, como declaró en su día el Tribunal Constitucional Federal alemán con ocasión

¹⁷⁹. De la misma opinión, Jorge CARPIZO en *El voto de los mexicanos en el extranjero...*, pág 79.

¹⁸⁰. <http://cmiskp.echr.coe.int/>

¹⁸¹. <http://laws.findlaw.com/us/405/330.html>

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 subordinado¹⁸², a nuestro juicio, los fines políticos difícilmente le resultarán previsibles a las personas que 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 número 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), si bien en algunos casos el traslado de ese lapso de tiempo nos parece excesivo (10 años de residencia se requiere en Venezuela y 15 en Uruguay). 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,...).

Vínculos
adicionales a la
nacionalidad

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.

En el supuesto de se trate 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, Italia, y en Colombia para la elección de la Cámara de

¹⁸². *BVerfGE* 89, 155 [185] (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv089155.html>); también *BVerfGE* 5, 85 [135, 198, 205] (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv005085.html>) y *BVerfGE* 69, 315 [344 y sigs.] (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv069315.html>); <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

Representantes, 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.

En suma, 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.

“Todo el mundo está conforme en que el número de habitantes... constituye la única pauta correcta para la representación”
James Madison, *El Federalista* (LIV)¹⁸³.

“La idea de igualdad política de la Declaración de Independencia, del Discurso de Lincoln en Gettysburg, de la Decimoquinta, Decimosexta y Decimonovena Enmiendas, únicamente puede significar una cosa: una persona, un voto”.
Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 15 de junio de 1964¹⁸⁴.

X.- *La igualdad del voto y sus distorsiones: “voto reforzado”, “desproporcionalidad”, “barrera electoral”.*

La igualdad significa en esta materia que debe atribuirse el mismo valor a todos los votos emitidos, como consecuencia del idéntico relieve de todas las opiniones, lo que a su vez tiene relación directa con el pluralismo político, que se define como la garantía de la existencia de distintas maneras de entender la organización del poder dentro de la sociedad y la atribución a todas ellas de similares posibilidades de realización práctica. En suma, como se puede comprobar a lo largo de la historia, la igualdad del sufragio guarda una estrecha relación con su carácter universal.

Voto igual

Este igual valor puede desvirtuarse a través de diferentes procedimientos, unos más sutiles que otros. Tradicionalmente una forma directa de mitigar el carácter igual del voto fue el establecimiento de un sistema de sufragio “reforzado”, bien del tipo de voto “plural”, fórmula que permite que una persona pueda emitir varios sufragios en el mismo colegio por concurrir en ella determinadas condiciones que no se dan en otros individuos, o bien del tipo de voto “múltiple”, cuando una persona puede emitir sufragios en más de un colegio por conceptos distintos.

Voto reforzado

En la historia constitucional, el sufragio “múltiple” fue defendido por John Stuart Mill en su obra sobre el “Gobierno representativo”, donde este autor luego de admitir que “cada uno debe tener voto”, se pregunta “¿deben ser iguales estos votos?”. Esta última es, para él, “una proposición totalmente diferente”.

Voto plural y múltiple

“Cuando dos personas que tienen un interés común en un asunto son de opiniones distintas ¿exige la justicia que ambos pareceres sean considerados como si tuviesen exactamente el mismo valor?. Si, iguales en virtud, una de esas personas excediese a la otra en inteligencia, la opinión del ser superior bajo la relación moral e intelectual es de más valor que la del inferior... *La única razón digna de ser tomada en cuenta para dar al voto de una persona mayor valor que la unidad se funda en la capacidad mental del individuo... Una persona puede tener un doble voto sin depositarlo por dos veces en las mismas urnas;*

¹⁸³. Puede consultarse en <http://www.leftjustified.com/leftjust/lib/sc/ht/fed/index.html>.

¹⁸⁴. http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0377_0533_ZO.html.

*puede tener un voto en dos colegios distintos, y aunque este privilegio excepcional pertenezca, por el momento, más bien a la superioridad de riqueza que a la superioridad de inteligencia no quisiera abolirlo allí donde existe: porque hasta que se haya adoptado un criterio de educación más excelente sería poco razonable dar de lado al que resulta de las circunstancias pecuniarias, por imperfecto que sea. Sin embargo, no sería difícil hallar el medio de extender el privilegio de modo que se le hiciese depender más directamente de una educación superior. En todo bill de reforma que rebajase sensiblemente las condiciones pecuniarias del elector sería una disposición prudente autorizar a todos los que tuviesen un grado universitario, o hubieran frecuentado con fruto las escuelas especiales, o ejercieran profesiones liberales, y aun a algunos otros, para ser inscritos especialmente como electores por los conceptos expuestos, con el poder de votar en el colegio que más les agradase, sin perjuicio de sus votos como simple ciudadano en su localidad respectiva”.*¹⁸⁵ [las cursivas son nuestras].

Stuart Mill propugna aquí un sufragio múltiple fundado en la capacidad intelectual de los ciudadanos. Una fórmula de esta naturaleza, pero de carácter “plural”, no “múltiple”, fue introducida en Bélgica en 1903¹⁸⁶, en Irlanda del Norte se aplicó hasta 1968 un sufragio “múltiple” para ciertos electores británicos¹⁸⁷.

En los ordenamientos constitucionales democráticos, además de proclamarse de manera expresa el carácter igual del sufragio, se suele advertir que nadie puede votar más de una vez en las mismas elecciones ni hacerlo personalmente si ya ha emitido el voto por correspondencia. De no respetarse estas prohibiciones, se estará cometiendo un ilícito electoral, que llevará aparejada la correspondiente sanción, penal o administrativa.

Parece evidente, por tanto, que no cabe desvirtuar la igualdad del sufragio mediante el establecimiento de fórmulas de voto de tipo plural o múltiple. Pero, sin que de manera formal se atribuya al sufragio de una persona mayor valor que al emitido por otros votantes, puede producirse este efecto como consecuencia del juego combinado de dos elementos esenciales del sistema electoral: las circunscripciones y la fórmula electoral.

¹⁸⁵. Cfr. *Del Gobierno representativo*, presentación de Dalmacio Negro. Traducción de Marta C.C. de Iturbe, Tecnos, Madrid, 1994 (segunda edición), págs. 106 y sigs. Puede consultarse su obra *Considerations on Representative Government* en <http://www.gutenberg.org/dirs/etext04/conrg10h.htm>

¹⁸⁶. Se concedía un voto suplementario en los siguientes casos: 1º) a los padres de familia mayores de 35 años y que pagaran, por lo menos, cinco francos belgas de impuesto por la propiedad de la vivienda; 2º) a los propietarios de bienes inmuebles con valor de 2000 francos belgas o con una renta anual de 100 francos. Dos votos suplementarios recibían quienes estuvieran en posesión de un título universitario; quienes ocuparan un cargo público o quienes ejercieran una profesión para la que fuera necesaria educación superior. Cada elector podía tener, a lo sumo, tres votos. De esta manera 850.000 electores tenían un voto, 290.000 dos votos y 220.000 tres votos. Si un elector tenía derecho a varios votos, recibía del presidente de la junta electoral tantas papeletas como votos le correspondían. Véase, al respecto, Dieter NOHLEN: *Sistemas electorales del mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pág. 69.

¹⁸⁷. Tenían derecho a un segundo voto: 1º) los electores universitarios y 2º) los propietarios de casas, tierras o negocios, así como sus esposas. El segundo voto únicamente podía emitirse en un colegio electoral distinto al de la residencia y, en los casos en los que se fundaba en el propiedad, era necesario presentar un justificante de que se tenían dos viviendas en circunscripciones diferentes; *ibidem*..., pág. 70.

Aquí el problema no radica en que una persona pueda emitir más votos que otra, como ocurriría en el supuesto de admitir el “voto plural” o “múltiple”, sino de que a su único sufragio se le atribuye un mayor valor que a otros. Y esta consecuencia se produce no sólo comparando los votos emitidos en unas demarcaciones electorales con los de otras, sino también en el seno de una misma circunscripción, donde opciones políticas con cierta aceptación entre el electorado no obtienen escaños.

Los riesgos para la igualdad del sufragio surgen, en primer lugar, cuando se procede al reparto de los representantes entre las distintas partes del territorio que actuarán como circunscripciones para la expresión de la representatividad política general y unitaria en las Cámaras de Representantes o de Diputados¹⁸⁸.

El mapa electoral: asignación territorial de escaños

Respecto a la composición de estas Cámaras ya apuntó en fecha bien temprana James Madison que “todo el mundo está conforme en que el número de habitantes proporciona la mejor medida de la riqueza y los puestos, de la misma manera que constituye la única pauta correcta para la representación” (LIV de *El Federalista*)¹⁸⁹.

La propia Constitución, o el Legislador habilitado por la Norma Fundamental, deben fijar el mapa electoral mediante la distribución de los representantes que integrarán la Cámara a elegir en proporción a la población de cada parte del territorio que actuará como ámbito específico para la elección, y al hacerlo no deberían apartarse del criterio básico de igualdad entre los votantes, pues, como afirmó por boca del *Chief Justice* Earl Warren el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la conocida sentencia *Reynolds v. Sims* (377 U.S. 533, de 15 de junio de 1964),

¹⁸⁸. No nos ocuparemos aquí de las Cámaras de representación territorial, cuya finalidad, como es bien sabido, consiste en servir como cauces de expresión de las voluntades territoriales en el seno de un Estado descentralizado políticamente (como el Senado de los Estados Unidos, el *Bundesrat* alemán o el *Ständerat* de la Confederación Suiza), pues en ellas el principio de igualdad del sufragio se plantea en otros términos y no existe un modelo de segunda Cámara de los Estados federales o compuestos que permita definir el modo de realizar la función de representación territorial según unos parámetros determinados: cada sistema, en función de sus tradiciones, de su historia, de sus necesidades, de su contexto institucional general y de los equilibrios políticos sobre los que se fundamenta, acaba realizando un determinado diseño de su segunda Cámara parlamentaria; véase al respecto el estudio de Enoch ALBERTI ROVIRA: “La representación territorial”, *La representación política. Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (Coordinador: Francisco J. BASTIDA FREIJEDO), Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004, págs. 296 y 297; está disponible en edición electrónica en http://www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/tercero/pdf/La_Representacion_Territorial.pdf.

Nosotros nos ocupamos de manera sucinta de esta cuestión a propósito de las tres Cámaras citadas (el Senado de los Estados Unidos, el *Bundesrat* alemán y el *Ständerat* de la Confederación Suiza) en “Las Cámaras de representación territorial en el derecho comparado”, *La España de las Autonomías. Reflexiones 25 años después*, Editorial Bosch, 2005, págs. 1211 y sigs; está disponible en <http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno.htm>, concretamente, en <http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno/camaras.pdf>

¹⁸⁹. Puede consultarse en <http://www.leftjustified.com/leftjust/lib/sc/ht/fed/index.html>

“si permitiésemos que los Estados llevasen a cabo una distribución electoral de manera que algunos electores tuviesen más peso que otros en la elección de los congresistas, estaríamos traicionando el principio, reconocido de manera solemne en el gran pacto constitucional de 1787, de la representación proporcional en función de la población... En *Gray*, a propósito del valor de los votos en las elecciones estatales, establecimos el principio básico de igualdad entre los electores, que, por mandato constitucional, no puede resultar afectado por su clasificación en función de su lugar de residencia... [En] *Wesberry* establecimos claramente que el principio fundamental del gobierno representativo en este país es el de la representación igual de todos los ciudadanos, sin discriminación por razón de raza, sexo, situación económica o lugar de residencia en el Estado... Si a un ciudadano se le menoscaba el derecho de voto deja de ser ciudadano en pleno sentido de la palabra, el valor, mayor o menor, de su voto no puede depender del lugar en el que viva... Los parlamentarios representan al pueblo, no a árboles o a acres; son elegidos por los votantes y no por las granjas, las ciudades o los intereses económicos”¹⁹⁰.

Este Tribunal, en una serie de sentencias dictadas entre 1962 –*Baker v. Carr*¹⁹¹– y 1964 –*Reynolds v. Sims* y otras-,¹⁹² se consideró competente para enjuiciar la distribución electoral que habían hecho los Estados y que en numerosos casos no se habían actualizado desde hacía sesenta años, provocando casos especialmente odiosos de discriminación racial a causa del *gerrymandering*¹⁹³; en estas sentencias se examinaron los sistemas electorales de treinta y seis Estados, muchos de los cuales fueron anulados para evitar el mantenimiento de la discriminación de los barrios de población mayoritariamente negra¹⁹⁴.

En segundo lugar, una vez realizada la distribución de escaños en proporción a la población, la salvaguarda del principio de igualdad del sufragio demanda una revisión periódica, de manera que los inevitables cambios demográficos en el territorio no alteren aquel principio. Madison ya fue consciente de esta necesidad y apuntó que “el número [de representantes] que regirá en un principio se califica de transitorio y su duración se halla limitada al breve término de tres años. En cada periodo siguiente de diez, el censo de los habitantes deberá repetirse. Los fines evidentes de estas medidas son: primero, reajustar de

Actualización
del mapa
electoral

¹⁹⁰. En http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0377_0533_ZO.html

¹⁹¹. Véase en http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0369_0186_ZO.html

¹⁹². Se puede leer un exhaustivo análisis de la jurisprudencia electoral en Estados Unidos en D. K. RYDEN (ed.): *The U.S. Supreme Court and the electoral process*, Georgetown University Press, 2002, y Rick HANSEN: *The Supreme Court and Election Law. Judging equality from Baker v. Carr to Bush v. Gore*, New York University Press, 2003; para estudiar los asuntos en esta materia, ISSACHAROFF/KARLAN/PILDES: *The Law of Democracy. Legal structure of the political process*, Casebook series, Foundation Press, 2002, y LOWENSTEIN/HANSEN: *Election Law. Cases and materials*, Carolina Academic Press, Durham, 2004.

¹⁹³. Práctica consistente en hacer una distribución electoral que favorece de manera arbitraria los intereses de una determinada opción política o la representatividad de concretos sectores de población, en Estados Unidos en la época de autos de los electores de raza blanca; toma su nombre de Elbridge Gerry, Gobernador del Estado de Massachusetts que, en 1812, realizó una distribución desproporcionada para favorecer electoralmente a su partido; véanse, sobre esta cuestión, MUSGROVE: *The General Theory of Gerrymandering*, Beverly Hills, 1977, y B. GROFMAN (ed): *Political Gerrymandering and the Court*, Nueva York, 1990.

¹⁹⁴. Véase Alessandro KEYSSAR: *The Right to Vote...*, págs. 284 y sigs.

vez en cuando el prorrateo de representantes al número de habitantes, con la única excepción de que cada Estado ha de tener, por lo menos, un representante; segundo, aumentar el número de representantes en los mismos períodos,...” (LVIII de *El Federalista*)¹⁹⁵.

Un elemento clave del sistema electoral es la fórmula que transforma la votación en elección, los votos en escaños, pero el análisis de su incidencia no debe realizarse en abstracto sino en el seno de un sistema electoral dado y, en particular, en conexión con la asignación de puestos a elegir en las diferentes circunscripciones, que se acaba de comentar.

Fórmula electoral

A la mayoría de los textos constitucionales democráticos se ha ido incorporando a lo largo del tiempo la asignación proporcional de escaños¹⁹⁶, aunque a veces en combinación con el fórmula de mayoría, como sucede en México¹⁹⁷. Cuando tal cosa ocurre significa que, con los correspondientes matices y especialidades, todo el sistema electoral, y no sólo la concreta fórmula de elección, ha de atender a criterios proporcionales. Con ello se pretende que la presencia parlamentaria de cada opción política se corresponda con su implantación social, dando así forma jurídica a la expresión del pluralismo presente en la sociedad en la medida en que los representantes han de responder a lo elegido por los ciudadanos, consiguiendo así que en las leyes se exprese la voluntad popular.

¹⁹⁵ . <http://www.leftjustified.com/leftjust/lib/sc/ht/fed/index.html>

¹⁹⁶ . Sobre esta evolución, desde la temprana introducción por Costa Rica, en 1893, hasta las mucho más recientes de Panamá (1983), Nicaragua (1984) o Paraguay (1990), véanse Diether NOHLEN (editor): *Elections in the Americas. A Data Handbook*, Oxford University Press, 2005; en particular, el volumen 2, págs. 28 y sigs; NOHLEN/ZOVATTO/OROZCO/THOMPSON (comps.): *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, IIDH/Idea Internacional/TEPJF/IFE/FCE, México, 2007; Daniel ZOVATTO/J. Jesús OROZCO (coords.): *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, UNAM/Idea Internacional, México, 2008, y Miguel CARBONELL/Jorge CARPIZO/Daniel ZOVATTO (coords.): *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, UNAM, México, 2009.

En Iberoamérica, han incorporado la representación proporcional la Constitución argentina, la boliviana, la brasileña, la colombiana, la dominicana, la ecuatoriana, la española, la salvadoreña, la guatemalteca, la nicaragüense, la panameña, la paraguaya, la peruana, la portuguesa, la uruguaya y la venezolana. En Europa, además pueden citarse, entre otros, los ejemplos de Alemania e Italia, en este último país después de numerosas reformas.

¹⁹⁷ . De acuerdo con el artículo 11 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales: “1. La Cámara de Diputados se integra por 300 diputados electos según el principio de votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, y 200 diputados que serán electos según el principio de representación proporcional, mediante el sistema de listas regionales votadas en circunscripciones plurinominales. La Cámara de Diputados se renovará en su totalidad cada tres años. 2. La Cámara de Senadores se integrará por 128 senadores, de los cuales, en cada Estado y en el Distrito Federal, dos serán electos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno será asignado a la primera minoría. Los 32 senadores restantes, serán elegidos por el principio de representación proporcional, votados en una sola circunscripción plurinomial nacional. La Cámara de Senadores se renovará en su totalidad cada seis años”.

Este sistema de asignación proporcional es el más democrático, “pues es el que más se ajusta a aquella idea originaria de unanimidad fundacional (peso igual de las fracciones de soberanía y presencia de todas en el contenido del Contrato)”¹⁹⁸, y su efectividad no depende en exclusiva de la fórmula electoral elegida, sino que está también mediatizada por otros elementos, como el número de escaños a elegir y la barrera electoral, que pueden alterar de manera muy significativa el funcionamiento de una determinada fórmula electoral.

Aunque la asignación proporcional nos parece el sistema más democrático, es casi imposible lograr una proporcionalidad exacta, incluso poniendo todos los medios y la máxima voluntad. Es significativa a este respecto la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo de Estados Unidos: mientras en *Kirkpatrick v. Preisler*¹⁹⁹, de 1969, se imponía a los Estados diseñar sistemas absolutamente proporcionales, en *Mahan v. Howell*²⁰⁰, de 1973, se admitió el sistema electoral de Virginia, con desviaciones de hasta el 16.4%, y en *Davis v. Bandemer*²⁰¹, de 1986, afirmó que únicamente anularía las leyes que manipulasen de manera clara el mapa electoral para favorecer a determinados grupos de votantes, distorsionando la voluntad de los ciudadanos²⁰².

La Constitución suele habilitar al Legislador para especificar qué tipo concreto de asignación proporcional regirá la elección de la Cámara Baja o Cámara de Representantes, y aunque, como es bien sabido, existen diversidad de fórmulas de carácter proporcional²⁰³, quizá la más conocida y empleada sea la “fórmula d’Hondt” (por citar ejemplos en

“Fórmula
d’Hondt”

¹⁹⁸. Francisco José BASTIDA FREIJEDO: “La soberanía borrosa: la democracia”, *ob. cit.*, pág. 440. Disponible en <http://www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/primer/index.html>

¹⁹⁹. Disponible en: http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0394_0526_ZO.html

²⁰⁰. En: http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0315_ZO.html

²⁰¹. Disponible en <http://laws.findlaw.com/us/478/109.html>.

²⁰². Tomo estas referencias de Miguel BELTRÁN DE FELIPE-Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, Madrid, 2005, pág. 327. Sobre esta jurisprudencia, véanse los estudios, ya citados, de D. K. RYDEN (ed.): *The U.S. Supreme Court and the electoral process* y Rick HANSEN: *The Supreme Court and Election Law. Judging equality from Baker v. Carr to Bush v. Gore*; para ver los casos, ISSACHAROFF/KARLAN/PILDES: *The Law of Democracy. Legal structure of the political process...*, y LOWENSTEIN/HANSEN: *Election Law. Cases and materials*.

²⁰³. Para una perspectiva comparada son de gran utilidad los libros de Diether NOHLEN *Sistemas electorales y partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, Tercera edición, revisada y aumentada, 2004; ALCÁNTARA/GARCÍA MONTERO/SÁNCHEZ LÓPEZ (Compiladores): *El Poder Legislativo en América Latina a través de sus normas*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2005; NOHLEN/ZOVATTO/OROZCO/THOMPSON (comps.): *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, IIDH/Idea Internacional/TEPJF/IFE/FCE, México, 2007; Daniel ZOVATTO/J. Jesús OROZCO (coords.): *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, UNAM/Idea Internacional, México, 2008, y Miguel CARBONELL/Jorge CARPIZO/Daniel ZOVATTO (coords.): *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, UNAM, México, 2009.

Iberoamérica, en Argentina, Bolivia, Colombia, República Dominicana, Ecuador, España, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela). En esencia consiste en dividir el número de votos válidos obtenidos por cada candidatura entre la sucesión de números naturales del 1 al número que coincide con el de escaños a elegir, asignándose dichos escaños a los mayores cocientes²⁰⁴. Suele favorecer a los partidos mayoritarios; muy similar en apariencia, aunque menos utilizada, es la “fórmula Saint-Laguë”, que se diferencia en que la división no se hace entre 1, 2, 3, 4, 5,..., como la d'Hondt, sino entre 1, 3, 5, 7, 9,..., y así da un trato mejor a las candidaturas con menos votos, consiguiendo mayor proporcionalidad.

Otra fórmula que se utiliza con frecuencia en Iberoamérica es la “cuota Hare” (Brasil, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá y México en la parte proporcional); consiste en atribuir tantos escaños a cada candidatura como veces contiene su número de votos una cuota determinada, completándose la asignación de los escaños a

“Fórmula Hare”

²⁰⁴. A continuación presentamos el ejemplo práctico incorporado por el Legislador español (artículo 163 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General) para explicar el funcionamiento de esta fórmula: “1. La atribución de los escaños en función de los resultados del escrutinio se realiza conforme a las siguientes reglas:

- a) ...
- b) Se ordenan de mayor a menor, en una columna, las cifras de votos obtenidos por las restantes candidaturas.
- c) Se divide el número de votos obtenidos por cada candidatura por 1, 2, 3, etcétera, hasta un número igual al de escaños correspondientes a la circunscripción, formándose un cuadro similar al que aparece en el ejemplo práctico. Los escaños se atribuyen a las candidaturas que obtengan los cocientes mayores en el cuadro, atendiendo a un orden decreciente.

Ejemplo práctico: 480.000 votos válidos emitidos en una circunscripción que elija ocho Diputados. Votación repartida entre seis candidaturas:

A (168.000 votos) B (104.000) C (72.000) D (64.000) E (40.000) F (32.000)

División	1	2	3	4	5	6	7	8
A	168.000	84.000	56.000	42.000	33.600	28.000	24.000	21.000
B	104.000	52.000	34.666	26.000	20.800	17.333	14.857	13.000
C	72.000	36.000	24.000	18.000	14.400	12.000	10.285	9.000
D	64.000	32.000	21.333	16.000	12.800	10.666	9.142	8.000
E	40.000	20.000	13.333	10.000	8.000	6.666	5.714	5.000
F	32.000	16.000	10.666	8.000	6.400	5.333	4.571	4.000

Por consiguiente: la candidatura A obtiene cuatro escaños. La candidatura B dos escaños y las candidaturas C y D un escaño cada una.

- d) Cuando en la relación de cocientes coincidan dos correspondientes a distintas candidaturas, el escaño se atribuirá a la que mayor número total de votos hubiese obtenido. Si hubiera dos candidaturas con igual número total de votos, el primer empate se resolverá por sorteo y los sucesivos de forma alternativa.

- e) Los escaños correspondientes a cada candidatura se adjudican a los candidatos incluidos en ella, por el orden de colocación en que aparezcan. Puede verse en <http://www.elecciones.mir.es/legisele/inicio.htm>.

través de los “restos mayores”²⁰⁵. No es tan sencilla e inmediata como la d’Hondt, pero produce efectos más proporcionales.

Como ya se ha apuntado, la justicia, en términos de igualdad democrática de un sistema electoral ha de ser estudiada en su conjunto o, al menos, en sus elementos esenciales, sin reducir el examen a la fórmula electoral, que si bien es la que convierte los votos en la voluntad del Cuerpo electoral, no siempre refleja de la misma manera una coincidencia aceptable democráticamente entre los primeros y la segunda.

No nos ocuparemos aquí de los efectos concretos que producen los sistemas electorales apuntados²⁰⁶, pero sí debemos indicar que si la combinación de los elementos mencionados no se realiza de la manera adecuada produce un menoscabo del principio de proporcionalidad y, por consiguiente, de la igualdad del valor de los votos.

Desproporcionalidad

Por citar un supuesto bien conocido: si los representantes a elegir en una circunscripción son pocos (no más de 6 ó 7), una fórmula de asignación proporcional como la d’Hondt no permite que el resultado de la elección refleje una correlación de fuerzas políticas ni que a un grupo minoritario se le pueda dar una representación que un puro sistema de mayorías impediría, pudiendo distorsionar de tal manera los resultados electorales que, en la práctica, es como si en esas circunscripciones se hubiese optado por una fórmula electoral de carácter mayoritario y no proporcional. Esta constatación tendría que originar, como consecuencia lógica, una reforma del sistema electoral para que, en la mayor medida posible, los resultados de los comicios se correspondan con la representatividad expresada en las elecciones, pues no en vano si nuestros textos constitucionales han optado por una fórmula de asignación proporcional de escaños, “cualesquiera que sean sus modalidades concretas, su idea fundamental es la de asegurar a cada partido o grupo de opinión una representación, si no matemática, cuando menos

²⁰⁵. Valga como ejemplo el mexicano: “Artículo 13: 1. Para la asignación de diputados de representación proporcional conforme a lo dispuesto en la fracción III del artículo 54 de la Constitución, se procederá a la aplicación de una fórmula de proporcionalidad pura, integrada por los siguientes elementos: a) Cociente natural; y b) Resto Mayor. 2. Cociente natural: es el resultado de dividir la votación nacional emitida entre los 200 diputados de representación proporcional. 3. Resto mayor de votos: es el remanente más alto entre los restos de las votaciones de cada partido político, una vez hecha la distribución de curules mediante el cociente natural. El resto mayor se utilizará cuando aún hubiese diputaciones por distribuir. Artículo 14: 1. Una vez desarrollada la fórmula prevista en el artículo anterior, se observará el procedimiento siguiente: a) Se determinarán los diputados que se le asignarían a cada partido político, conforme al número de veces que contenga su votación el cociente natural; y b) Los que se distribuirían por resto mayor si después de aplicarse el cociente natural quedaren diputaciones por repartir, siguiendo el orden decreciente de los votos no utilizados para cada uno de los partidos políticos en la asignación de curules”.

²⁰⁶. Para conocerlos es de suma utilidad el exhaustivo estudio, ya mencionado, editado por Diether NOHLEN: *Elections in the Americas. A Data Handbook*, Oxford University Press, 2005, que en los dos volúmenes ofrece una panorámica de conjunto y luego una pormenorizada por países.

sensiblemente ajustada a su importancia real” (Sentencias del Tribunal Constitucional español 40/1981, de 18 de diciembre, F. 2, y 75/1985, de 21 de junio, F. 5)²⁰⁷.

Un tercer elemento del sistema electoral que, a nuestro juicio, distorsiona el principio de igualdad del sufragio es la denominada “barrera electoral”, que, como es sabido, implica que no se tienen en cuenta las candidaturas que no hubieran obtenido un porcentaje mínimo de votos válidos, que suele situarse entre el 2 y el 5%, si bien existen otras posibilidades²⁰⁸.

El objetivo que se pretende con esta “barrera” es favorecer la toma de decisiones en sede parlamentaria al precio de restringir la expresión de la representatividad, dado que no todas las formaciones políticas que reciben el respaldo de los ciudadanos pueden aspirar a la obtención de escaños. Es conocido que en la práctica no siempre se produce tal consecuencia, como sucede, por citar un ejemplo, en España en las elecciones al Congreso de los Diputados, debido a que la combinación de una barrera electoral pequeña (del 3%) con unas circunscripciones electorales de tamaño reducido o mediano, convierte a esa cláusula en un instrumento inoperante.

Si la escasa significación práctica de la barrera electoral en algunos sistemas no es óbice para que se pueda realizar una consideración crítica de la misma desde la perspectiva del carácter igual del sufragio y, por consiguiente, de la democracia, menos dificultades encontramos para censurarla cuando efectivamente sirve para privar de representación a formaciones políticas que no consiguen superarla. La igualdad que ha de presidir la participación de los individuos en los asuntos públicos y el respeto al principio del pluralismo político demandan una proporcionalidad en los resultados electorales, objetivo que, a nuestro juicio, no puede subordinarse a otras pretensiones como “la racionalización de la forma de gobierno, favorecer la gobernabilidad, evitar la fragmentación de la representación, facilitar la capacidad de trabajo de las Cámaras o asegurar una opción razonable (de entre las varias posibles) en cuanto a la representación parlamentaria de las

²⁰⁷. Disponibles en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

²⁰⁸. Es del 2% en México y del 3% en Argentina y España; en la República Federal de Alemania es del 5%, porcentaje que también se aplica en España en las elecciones locales y en los comicios a algunos Parlamentos autonómicos. En Colombia, para la Cámara de Representantes es el 50% del cociente obtenido dividiendo el número total de votos válidos por el número de escaños en disputa; para el Senado es el 2% de los votos de la circunscripción nacional. En Turquía se ha fijado en el 10%, lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha considerado contrario al principio de elecciones libres (asunto *Yumak y Sadak c. Turquía*, sentencia de la Gran Sala de 8 de julio de 2008), disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>

fuerzas políticas” (Sentencia del Tribunal Constitucional español 75/1985, de 21 de junio, F. 5)²⁰⁹.

En último término, el Tribunal Constitucional español apela al derecho y a la jurisprudencia comparados -en concreto, al ámbito alemán- y mantiene que “no es difícil percibir que esta cláusula se ha inspirado de modo directo,..., en el precedente de la República Federal de Alemania, donde las candidaturas electorales tienen la necesidad de superar también un porcentaje mínimo de votos para tener derecho al reparto electoral”.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha afirmado que la existencia de este tipo de cláusulas no atenta contra el principio de igualdad de oportunidades - *Chancengleichheit*- de los partidos en tanto se basa en valores constitucionalmente relevantes; en concreto, en la necesidad de prevenir “el fraccionamiento del Legislativo en un número excesivo de partidos”, (*BVerfGE* 4, 40; 4, 380; 5, 83;...) ²¹⁰. En la *BVerfGE* 34, 81 se afirma el carácter general de la cláusula del cinco por ciento, y la necesidad de que concurren circunstancias especiales para el establecimiento de un porcentaje superior²¹¹.

Es especialmente relevante la *BVerfGE* 82, 322, (de 29 de septiembre de 1990) en la que se declara la inconstitucionalidad del artículo 6.6 de la Ley Electoral Federal (“En el reparto de los escaños entre las listas regionales, sólo se tomarán en consideración los partidos que hubieran obtenido como mínimo el 5 por 100 de los segundos votos válidamente emitidos en todo el territorio federal, o cuyos candidatos hayan conseguido un escaño en tres distritos electorales. El inciso primero no es aplicable a las listas presentadas por partidos de minorías nacionales.”) en la medida en que se refiere a todo el territorio federal y resultaría aplicable a las primeras elecciones a celebrar luego de la unificación alemana. El mantenimiento de la cláusula del 5% para todo el nuevo territorio alemán perjudicaría a los partidos de la antigua República Democrática Alemana y, por tanto, atentaría contra la igualdad de oportunidades de los mismos²¹².

²⁰⁹. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

²¹⁰. <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv004031.html>; <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv005077.html>; <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

²¹¹. <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv034081.html>; <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>; no es ajena, ni mucho menos, a esta línea jurisprudencial la presencia de Gerhard LEIBHOLZ en el Tribunal Constitucional; véase su “Sperrklausen und Unterschriftsquoren nach dem Bonner Grundgesetz”, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Scriptor Verlag Kronberg/Ts, 1975, págs. 41 y sigs.

²¹². <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv082322.html>; <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>
véase el comentario a esta sentencia de Pedro CRUZ VILLALÓN: “Legislación electoral y circunstancias excepcionales: la igualdad de oportunidades de los partidos políticos en las primeras elecciones generales de la nueva República Federal de Alemania (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 29 de septiembre de 1990)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 30, 1990, págs. 129 y sigs.

Es cierto que el proceso electoral, además de un canal para el ejercicio de los derechos de participación, sirve para articular la voluntad y la orientación política de determinados órganos del Estado, pero también que esta segunda capacidad está al servicio de aquélla, por lo que no es admisible la limitación de la efectividad del derecho de los ciudadanos a la participación política en aras a unos pretendidos intereses superiores del Estado, en defensa de los cuales se acude a episodios históricos para argumentar, en clave de estabilidad política de la forma de gobierno, en contra de una reflejo más exacto de la proporcionalidad²¹³.

Una de las razones para justificar el mantenimiento de estas cláusulas es la inexistencia de discriminación, pues la barrera se aplica a todas las listas electorales, pero no hay que olvidar que la igualdad a proteger no es únicamente la de las candidatura a las que se aplica ese porcentaje, sino también la de los sufragios emitidos, algunos de los cuales –los que respaldaron a esas listas- no van a servir para la obtención de un representante que otorgue efectividad a la participación de esos votantes.

En suma, es necesario tener presente que el Parlamento es, ante todo, un órgano de representación y muchas de sus actuaciones no tienen por qué concluir en la formación de una decisión del órgano, tan sólo en la expresión pública del pluralismo de la Cámara sobre un determinado asunto²¹⁴. Dicho con otras palabras, y a modo de conclusión, la configuración constitucionalmente adecuada del sistema electoral no puede articularse bajo la premisa de restringir el acceso a los centros políticos de expresión de la voluntad popular de los grupos o partidos cuyo respaldo electoral es minoritario, pues de lo que se trata es de favorecer la expresión de la representatividad política, no de restringirla.

²¹³. “La experiencia de algunos períodos de nuestra historia contemporánea y la de algunos otros regímenes parlamentarios enseñan, sin embargo, el riesgo que, en relación a tales objetivos institucionales, supone la atomización de la representación política, por lo que no es, por lo tanto, ilegítimo que el ordenamiento electoral intente conjugar el valor supremo que, según el artículo 1.1 de la C.E., representa el pluralismo -y su expresión, en este caso, en el criterio de la proporcionalidad- con la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos, por lo que la posibilidad de tal limitación de la proporcionalidad electoral resulta tanto más justificada cuanto que, según hemos visto, no cabe, en rigor, hablar de un derecho subjetivo a la misma sobre la base estricta del artículo 23.2 de la C.E. Importa recordar, a estos efectos, que son varios los preceptos constitucionales (arts. 99.3 in fine, 112 y 113.1 básicamente) que pueden comprenderse como expresión de una exigencia racionalizadora en la forma de gobierno, y así lo ha entendido este mismo Tribunal en su Sentencia 16/1984, de 6 de febrero, al afirmar que «junto al principio de legitimidad democrática, de acuerdo con el cual todos los poderes emanan del pueblo y a la forma parlamentaria de gobierno, nuestra Constitución se inspira en un principio de racionalización de esta forma»; por lo que, al servicio de esta experiencia o principio puede perfectamente considerarse que se encuentran también las cláusulas limitativas del escrutinio proporcional del mismo tipo que la que examinamos”. (STC 75/1985, de 21 de junio, F. 5); <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

²¹⁴. Véase Francisco J. BASTIDA FREIJEDO: “La soberanía borrosa: la democracia”, *ob. cit.*, pág. 442. <http://www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/primer/index.html>

“Que la elección de los miembros del Parlamento debe ser libre”.
Bill of Rights, de 13 de febrero de 1689²¹⁵.

“Que todas las elecciones de representantes del pueblo en la asamblea deben ser libres; y que todos los hombres que hayan probado suficientemente su adhesión a la comunidad y un interés permanente con ella tienen derecho de sufragio, y no podrán ser gravados con impuestos o privados de su propiedad para uso público sin su propio consentimiento o el de sus representantes así elegidos, ni obligados por ninguna ley que no hayan consentido para el bien público”.

Artículo 6º de la Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776²¹⁶.

XI.- La libertad del voto como expresión de la capacidad para autodeterminarse políticamente. El voto obligatorio y el tratamiento jurídico de la abstención.

La exigencia de que la participación de los individuos en las elecciones consista en un acto libre ya se incluyó en el *Bill of Rights*, de 13 de febrero de 1689²¹⁷, y en el artículo 6º de la Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776²¹⁸. Parece un requisito imprescindible y, por ello, redundante en un sistema que se califique de democrático, pues la libertad en el ejercicio de autodeterminación política en que consiste el sufragio es consustancial a la democracia. Si el ejercicio del voto está sometido a amenazas, coacciones o cualquier tipo de influencia externa que coarte la libertad del individuo, no nos encontramos ante un proceso democrático. Este requisito está en estrecha relación con el carácter secreto del voto, que, como veremos más adelante, no es sino una garantía de la libertad.

En las normas reguladoras de los procedimientos electorales suelen incluirse una serie de previsiones dirigidas a asegurar que la formación de la voluntad de los ciudadanos en orden a la emisión del voto sea lo más autónoma posible; con este fin se prohíben actos de campaña electoral el día de la elección o en algunos países, como en España, la jornada anterior, para sustraer al elector de eventuales presiones propagandísticas en los momentos inmediatamente anteriores al sufragio. El mismo objetivo persigue la limitación de la posibilidad de publicar estudios y encuestas de intención de voto en los días inmediatamente anteriores a los comicios; incluso la posibilidad de votar por correspondencia, aunque no se contemple como garantía de la libertad, puede contribuir a que el hecho de votar esté exento de condicionamientos exteriores cuando exista algún tipo de presión política o social en contra de la participación en un determinado proceso

²¹⁵. <http://constitucion.rediris.es/principal/versionoriginal-rights.htm>

²¹⁶. <http://constitucion.rediris.es/principal/versionoriginal-virginia.htm>

²¹⁷. <http://constitucion.rediris.es/principal/versionoriginal-rights.htm>

²¹⁸. <http://constitucion.rediris.es/principal/versionoriginal-virginia.htm>

electoral; en esta línea de garantizar la libertad del sufragio se podría citar también la existencia del “permiso retribuido para votar”, vigente, por ejemplo, en Argentina, España y la República Dominicana²¹⁹.

Es necesario, en relación con alguna de las cuestiones que se acaban de apuntar, hacer una referencia a dos problemas que se suelen suscitar en conexión con el carácter libre del sufragio: el voto obligatorio y el tratamiento jurídico de la abstención.

En cuanto al voto obligatorio es llamativa la diferencia existente entre las dos orillas del Atlántico: mientras en América en la mayoría de los Estados -Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú y Uruguay- el sufragio ha tenido carácter obligatorio ya desde las primeras décadas del siglo XX, tal cosa no ocurre en España ni en la mayoría de los países europeos, salvo Bélgica (artículo 62 de la Constitución), Grecia (artículo 51.5) y Austria (artículo 60.1), que permite a los *Länder* imponer esta obligación.

Voto
obligatorio

Las disposiciones, constitucionales o legales, que disciplinan el sufragio obligatorio suelen incluir salvedades en atención a las circunstancias personales (tener una

²¹⁹. El artículo 8 del Código Electoral Nacional argentino dispone: “Los que por razones de trabajo deban estar ocupados durante las horas del acto electoral, tienen derecho a obtener una licencia especial de sus empleadores con el objeto de concurrir a emitir el voto o desempeñar funciones en el comicio, sin deducción alguna del salario ni ulterior recargo de horario.”; puede consultarse en: <http://www.mininterior.gov.ar/elecciones/legislacion.asp>.

En la República Dominicana, “el día en que se celebren elecciones de cualquier clase no será laborable en el territorio en que hayan de efectuarse. Cuando se trate de trabajos que no puedan ser suspendidos, los empleadores estarán obligados a disponer cuanto sea necesario para que todos los empleados y trabajadores hábiles para votar que tengan a su servicio dispongan del tiempo que fuere menester para hacerlo, sin que por ese motivo sufran ninguna merma en sus salarios y otros derechos que les correspondan”, (artículo 105 de la Ley Electoral n° 275-97); disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Electoral/DomRep/ley97.html>

En España, el artículo 13 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, dispone que “1. La Administración del Estado o, en su caso, las de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en materia laboral, previo acuerdo con los Delegados del Gobierno, respecto de los trabajadores por cuenta ajena, y las Administraciones públicas, respecto a su personal, adoptarán las medidas precisas para que los electores que presten sus servicios el día de las elecciones puedan disponer en su horario laboral de hasta cuatro horas libres para el ejercicio del derecho del voto, que serán retribuidas. Cuando el trabajo se preste en jornada reducida, se efectuará la correspondiente reducción proporcional del permiso”;

http://www.mir.es/DGPI/Normativa/Normativa_Estatal/Procedimiento_Electoral/

En la sentencia (STC) 189/1993, de 14 de junio, el Tribunal Constitucional español recuerda que “la importancia que el derecho de sufragio tiene en el sistema democrático justifica que los poderes públicos traten de favorecer la participación de quienes tienen mayores dificultades para votar, concretamente los trabajadores por cuenta ajena, mediante el establecimiento de un permiso retribuido para ejercerlo, sin que ello, como este Tribunal ha declarado en ATC 346/1991, sea arbitrario o discriminatorio. Es justificable que, aquellos que por razón del trabajo por cuenta ajena no pueden disponer de la jornada completa para votar, se les habilite, bien que no sea preciso, un tiempo dedicado a la emisión del voto en el horario en que el trabajo ha de prestarse, compensando una gravosa situación. Habiéndose previsto dicha ventaja para hacer efectivo el ejercicio del derecho al sufragio, no se compadece bien con la índole de este derecho, que por convenio colectivo, contrato de trabajo o decisión unilateral del empresario se establezcan incentivos tendentes a contrarrestar o enervar la finalidad de la ventaja reconocida a los trabajadores.” (F. 3). Puede leerse <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

determinada edad, encontrarse enfermo, hallarse de manera transitoria lejos del lugar de ejercicio del sufragio, estar residiendo en el extranjero,...)²²⁰ o por el ejercicio de funciones públicas. Como ya se ha visto, en algunos ordenamientos (Brasil, Guatemala, Honduras, Perú, República Dominicana) es, precisamente, el desempeño de un servicio público en la fuerzas de seguridad o en las fuerzas armadas lo que convierte un acto obligatorio en un acto prohibido.

No obstante, en los ordenamientos que consideran el sufragio como un acto obligatorio no siempre se ha previsto una sanción para el supuesto de incumplimiento de este deber (son los casos de Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, México y Panamá). En un plano similar se pueden situar aquellos sistemas que no configuran el sufragio como un acto obligatorio, pero sí le dan el tratamiento de un deber cívico de la persona (caso de Colombia, Italia o Portugal).

No es infrecuente que se incentive el cumplimiento de este deber mediante la creación de los denominados “estímulos electorales”²²¹, lo que no implica de por sí trato discriminatorio en contra de los que no ejerzan el sufragio, dado que los poderes públicos no están obligados a tratar de la misma manera un comportamiento positivo, que además es considerado un deber cívico, que uno que supone una inactividad.

Estímulos
electorales

La existencia de voto obligatorio no implica en sí un menoscabo del carácter libre del sufragio, pues la posibilidad de decantarse por una u otra opción política permanece incólume, al tiempo que también cabe no decidirse por alguna determinada, mediante el voto en blanco o el voto nulo. No obstante, y como principio, nos parece más acertado que no se imponga el sufragio como un acto obligatorio, pues de esta manera la

²²⁰. En Argentina, Brasil y Perú, por ejemplo, no están obligados a votar los mayores de setenta años; en Ecuador se rebaja la edad a los sesenta y cinco años; en Chile están dispensados los extranjeros; en Brasil se excusa a los analfabetos; en Ecuador a las personas con discapacidad y a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; en Argentina, Brasil y Ecuador los residentes en el extranjero tienen derecho a votar pero no están obligados; en Perú sí están obligados los residentes en el exterior y, caso de no hacerlo sin motivo justificado deben pagar la multa legalmente establecida.

²²¹. En Colombia, la Ley 403 de 1997 estableció los siguientes estímulos a favor del que hubiera votado: “1. Tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hayan hecho, en caso de igualdad de puntaje en los exámenes de ingreso a las instituciones públicas o privadas de educación superior. 2. Al reclutamiento en el servicio militar tendrá derecho a una rebaja de un mes en el tiempo de prestación de este servicio, cuando se trate de soldados bachilleres o auxiliares de policía bachiller, y de dos meses, cuando se trate de soldados campesinos o soldados regulares. 3. Tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hubieren hecho, en caso de igualdad de puntaje en la lista de elegibles para un empleo de carrera del Estado. 4. Tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hicieron, en la adjudicación de becas educativas, de predios rurales y de subsidios de vivienda que ofrezca el Estado, en caso de igualdad de condiciones estrictamente establecidas en concurso abierto. 5. El estudiante de institución oficial de educación superior tendrá derecho a un descuento del 10% del costo de la matrícula, si acredita haber sufragado en la última votación realizada con anterioridad al inicio de los respectivos períodos académicos”. Puede consultarse en: <http://pdba.georgetown.edu/Electoral/Colombia/ley403-97.html>

autodeterminación política de los ciudadanos se extiende también al hecho mismo de emitir, o no, el voto, y en este derecho fundamental alcanza mayor valor su dimensión como derecho subjetivo de los individuos que la de función pública al servicio del Estado.

Como se acaba de comentar, incluso en los ordenamientos que prevén un sufragio obligatorio el elector renuente puede votar en blanco, lo que constituye un voto válido, que debe computarse, o emitir un sufragio nulo. El voto en blanco incide en la fijación cuantitativa de la barrera electoral, pues normalmente se suma a los sufragios obtenidos por cada uno de las candidaturas para calcular sobre el monto total el número de votos que superan la barrera electoral y pueden participar en la asignación de los puestos a elegir.

Voto en
blanco

El voto nulo, como su propio nombre indica, no es relevante en el proceso electoral, y esta consecuencia puede deberse a varias causas: no se sabe cuál es la voluntad real del elector (si introduce boletas o papeletas de diferentes candidaturas); no ha sido atribuido a alguna de las opciones válidas en presencia (sufragio a favor de una candidatura no proclamada); no ha cumplido los requisitos destinados a garantizar el sufragio (boletas no oficiales,...). Más adelante nos ocuparemos del sufragio nulo en los sistemas de voto electrónico, en los que técnicamente es posible eliminar esta opción del elector, y de las consideraciones sobre su mantenimiento.

Voto nulo

En lo que se refiere a la abstención, ha de diferenciarse según se realice en un sistema electoral en el que el sufragio es obligatorio o en uno en el que no exista tal obligación. También habrá que considerar si la inscripción electoral es un deber del ciudadano o de la Administración electoral; esta última cuestión será objeto de análisis más adelante.

Abstención

Si el voto es obligatorio las consecuencias de la abstención varían, como es obvio, según se haya previsto, o no, una sanción para tal conducta. En el supuesto de que no sea así, la abstención no formará parte de las conductas protegidas por el derecho fundamental, pero tampoco llevará aparejada reproche jurídico alguno; incluso en aquellos sistemas que conciben el sufragio como un acto cuyo incumplimiento debe ser sancionado, la eficacia del mandato dependerá de la entidad de la sanción y de la capacidad y voluntad de los poderes públicos para imponer de manera efectiva el reproche jurídico.

En los sistemas que no compelen al sufragio, la abstención forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, que incluye tanto el ejercicio de cualquiera de las facultades propias del derecho como la posibilidad de no llevarlas a cabo. Ello no implica que el tratamiento jurídico que los poderes públicos conceden a las distintas facultades incluidas dentro del sufragio tenga que ser el mismo; es decir, los poderes

públicos no están obligados a tratar de la misma manera el comportamiento positivo (emisión del voto) que el omisivo (abstención), por lo que, en primer lugar, resulta lícita la promoción institucional del voto como instrumento de lucha contra la abstención; en segundo lugar, también lo es que los que propugnan esta última, incluso como expresión de una determinada orientación política, no reciban respaldo oficial alguno; muy en particular, que no disfruten de las ayudas que se conceden a las formaciones políticas que promueven la participación activa (por ejemplo, la puesta a disposición de espacios públicos gratuitos de propaganda electoral en los medios de comunicación de titularidad pública).

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2º, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: b) Votar y ser elegidos en las elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”.

Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²²².

“El aislamiento del ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos limitados físicamente, significaría soslayar las anteriores normas constitucionales dado que el distanciamiento de la vida, en su dimensión política, coloca en situación de discriminación a un sector deprimido del pueblo. En este orden de ideas, el aparato estatal debe crear el ambiente propicio en el cual las personas con limitaciones físicas puedan desenvolverse con la dignidad humana que las caracteriza”.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-473/03, de 9 de junio de 2003²²³.

XII.- El secreto del voto como garantía de una participación libre: su ineludible extensión a las personas ciegas.

Los textos constitucionales proclaman de manera unánime el carácter secreto del sufragio. Se trata de una garantía con la que se pretende asegurar que será una expresión libre de la voluntad del elector, quien podría sentirse coartado en el supuesto de que fuese posible conocer, sin su consentimiento, el sentido de su voto. En rigor, no se trata de que el voto tenga que mantenerse reservado por parte del elector, sino que no pueda conocerse en contra de su voluntad, por lo que no resultaría afectado este principio si por las circunstancias que sean el individuo decide revelar si ha votado, o no, y en caso afirmativo cuál ha sido el sentido de su pronunciamiento. No obstante, en algunos ordenamientos se prohíbe la revelación del voto por parte del titular del derecho durante el desarrollo del acto electoral, impidiendo que el elector exhiba el sufragio o realice manifestaciones sobre el contenido del mismo.

Voto secreto como garantía de la libertad

El aseguramiento de la privacidad del voto se ha articulado a través de una serie de instrumentos técnicos, que van desde las características que han de revestir los sobres y boletas electorales hasta la existencia de una cabina o cubículo de votación dotado de las características precisas para asegurar el anonimato, todo ello con el fin de que el elector pueda decidir de manera íntima el sentido de su decisión. No obstante, sigue habiendo problemas para asegurar el carácter secreto del sufragio de las personas invidentes, pues la previsión de que puedan auxiliarse con otra persona o, peor todavía, que deban declarar su voto ante los miembros de la Mesa electoral, imposibilita el carácter secreto de su decisión

Voto de los ciegos

²²². <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

²²³. http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/

y, en el supuesto del voto asistido, no asegura que la decisión ejercitada sea la que realmente deseaba el titular del derecho.

Este menoscabo del derecho fundamental de sufragio de estas personas podría subsanarse con la introducción del lenguaje Braille en todas las papeletas²²⁴; otra alternativa es la implantación de un sistema de votación electrónico accesible a las personas invidentes que garantice un ejercicio del derecho de participación política en igualdad de condiciones (sufragio universal, libre, igual, directo y secreto) que para las demás personas, como se ha realizado en el sistema electoral brasileño, donde han incorporado al teclado de la terminal de votación puntos en Braille.

Papeletas o
boletas en
Braille

La imperiosa necesidad de adoptar las medidas pertinentes ha sido manifestada por la Corte Constitucional colombiana, que resolvió “ordenar a la Registraduría Nacional del Estado Civil, que debe hacer publicidad con el fin de que los invidentes que quieran utilizar el sistema Braille hagan conocer su interés de votar con ese sistema a la Organización Electoral; debe también hacer acopio de la información del número de personas invidentes, con las organizaciones o asociaciones de invidentes que existan, diseñar una política y un programa que le permita identificar a los usuarios del sistema

²²⁴. Así, en España la necesidad de perfeccionar el ejercicio del derecho al voto por parte de las personas con discapacidad visual fue uno de los motivos que fundamentó la reforma de la Ley Orgánica de 19 de junio de 1985, llevada a cabo por otra Ley Orgánica de 8 octubre de 2007, a los efectos de introducir un nuevo apartado en el artículo 87 que incorpora un mandato para que el Gobierno “regule un procedimiento de votación para las personas ciegas o con discapacidad visual que les permita ejercer su derecho de sufragio, garantizando el secreto del voto”. Dicho instrumento se ha aprobado con el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio. Las principales características de este procedimiento son las siguientes: será de aplicación a las elecciones a Cortes Generales y al Parlamento Europeo, así como a las consultas directas al electorado (referéndum); también a las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Se consideran personas con discapacidad visual, a los efectos de este Real Decreto, aquéllas que, conociendo el sistema de lecto-escritura Braille, tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 o sean afiliados a la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE). Quienes deseen utilizar el procedimiento deberán, en primer lugar, comunicarlo al Ministerio del Interior, comunicación que se podrá realizar desde el día de la convocatoria del proceso electoral y hasta el vigésimo séptimo día posterior a la misma. El elector recibirá una confirmación de que su comunicación ha sido recibida, confirmación que le habilitará para, el día de la elección, recoger la correspondiente documentación en la misma mesa electoral. El presidente de la mesa entregará al votante el día de la votación un sobre en el que se indicarán, tanto en tinta como en sistema Braille, las elecciones que se celebran y la fecha de votación. Dentro de ese sobre el votante encontrará: unas instrucciones en Braille; un sobre de votación igual que el que utilizan el resto de electores; un sobre, de nuevo en tinta y en sistema Braille, por cada una de las candidaturas presentadas con indicación de ésta. Dentro de cada uno de ellos se encontrará la papeleta de votación correspondiente a la candidatura indicada en el exterior. Para las elecciones al Senado, y a fin de adaptar el procedimiento al carácter abierto de las listas, el mencionado sobre contendrá una plantilla, con ventanas troqueladas, que se superpondrá a la papeleta normalizada, a fin de que el votante marque con una “X” su opción de voto. El decreto puede consultarse en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/

Braille u otro con el que se pueda determinar las personas invidentes que deseen votar sin acompañante...” (Sentencia T-473/03, de 9 de junio de 2003)²²⁵.

Como se pone de manifiesto en esta última resolución, la introducción de mecanismos de votación que aseguren el carácter secreto de todos los electores, incluidos los ciegos, no es una mera opción, entre otras del Legislador, sino que forma parte de la dimensión objetiva del derecho fundamental de sufragio, “lo que apareja necesariamente,..., la obligación correlativa por parte de las autoridades electorales a hacer posible el ejercicio de tal derecho”.

Con carácter general para todo tipo de electores, y como garantía adicional del carácter secreto del sufragio, en algunos ordenamientos se tipifica como delito electoral la conducta de quienes descubran el secreto del sufragio de otra persona²²⁶, resultando agravada la sanción penal si el autor es un funcionario público.

²²⁵. En http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/

²²⁶. Así, por ejemplo, en España en el artículo 146.1.b) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: “Serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas: b) Quienes con violencia o intimidación presionen sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto de voto. 2. Incurrirán en la pena señalada en el número anterior, y además, en la inhabilitación especial para cargo público, los funcionarios públicos que usen de sus competencias para algunos de los fines señalados en este artículo”.

“Puede suceder que un día tengamos que preguntarnos Quién ha firmado esto por mí”.
 José Saramago: *Ensayo sobre la lucidez*, 2004.

XIII.- La participación política inmediata: el voto personal directo. El sufragio asistido y el voto por correspondencia.

Los principios de universalidad e igualdad del sufragio pueden resultar desvirtuados de una manera significativa si es indirecto; es decir, si los electores no intervienen de manera inmediata en la adopción de la decisión o en la elección de los representantes, sino que se limitan a elegir a unos electores de segundo grado que, a su vez, son los encargados de decidir o elegir. Cuanto mayor sea el número de grados en que se articula la elección, mayor será el riesgo de distorsión de la voluntad originariamente manifestada por los primeros votantes. En el siglo XIX el sufragio indirecto estuvo presente en distintos países²²⁷; en la actualidad los textos constitucionales incorporan la exigencia del carácter directo del voto.

Voto
directo

No ocurre lo mismo con el requisito de que el sufragio se emita de manera personal, aunque tampoco resulta del todo extraño en el derecho comparado que sea la propia Norma Fundamental la que contemple esta característica (artículo 15 de la Constitución chilena, 88 de la dominicana, 31 de la peruana; 49.2 de la portuguesa, 63 de la venezolana); en todo caso esta previsión sí suele estar recogida en la legislación electoral.

Voto en
persona

El establecimiento de esta exigencia no puede tener más fundamento que asegurar la coincidencia entre la emisión efectiva del voto y la voluntad política del elector, que podría resultar menoscabada si se permitiese que una persona pudiese emitir el voto en representación o por cuenta de otra.

No obstante, en determinadas circunstancias (enfermedad, incapacidad física, ausencia,...) puede resultar muy dificultoso que el individuo entregue de forma personal su voto; para obviar el riesgo de afectación del propio principio democrático (universalidad e igualdad del sufragio) se han articulado las figuras del voto domiciliario²²⁸, del voto por correo y del voto asistido. En los ordenamientos donde el sufragio es obligatorio aquellas circunstancias, debidamente acreditadas, eximen de este deber.

²²⁷. En España entre 1810 y 1836; la Constitución de 1837 proclamó, en su artículo 22, que “los Diputados se elegirán por el método directo...”.

²²⁸. Es lo que se prevé, por ejemplo, en Italia; véase el Decreto-Legge n° 1 de 3 de enero de 2006, titulado: “Disposizioni urgenti per l'esercizio domiciliare del voto per taluni elettori, per la rilevazione informatizzata dello scrutinio e per l'ammissione ai seggi di osservatori OSCE, in occasione delle prossime elezioni politiche”; puede consultarse en http://www.governo.it/Governo/Provvedimenti/testo_int.asp?d=27035.

Nos encontramos, por lo tanto, con tres modalidades de ejercicio del sufragio personal: la que se lleva a cabo de manera inmediata por el elector, bien en el colegio electoral o, en casos de grave enfermedad, en su domicilio; la que se desenvuelve con el auxilio de otra persona -voto asistido- y la fórmula que permite hacerlo por correspondencia -voto por correo-.

La primera modalidad es la más frecuente en la práctica y se desarrolla una vez que se ha producido la comprobación por parte de los miembros de la mesa electoral del derecho a votar del elector, así como de su identidad, que se realiza a través de las fórmulas previstas en cada ordenamiento (exhibición del documento nacional de identidad o documento cívico equivalente, de la credencial de elector, del pasaporte, del permiso de conducción de vehículos,...; tratándose de extranjeros, con la tarjeta o documento que acredite la residencia). Si surgen dudas acerca de la identidad del individuo que se presenta a votar, la mesa electoral adoptará las medidas que estime pertinentes a la vista de los documentos acreditativos y de los testimonios oportunos.

Además de esta modalidad de “voto personal directo”, las legislaciones electorales suelen admitir el “voto asistido”, de manera que los electores que no sepan leer o que, por defecto físico, estén impedidos para elegir la papeleta o colocarla dentro del sobre, pueden servirse para estas operaciones de una persona de su confianza o de los miembros de la mesa electoral. Como resulta obvio, no se trata de que el “asistente” vote por el elector, sino de que se limite a auxiliarle para las concretas operaciones de las que se habla y siempre en presencia física del elector, lo que no se exigiría si nos encontrásemos ante un voto por delegación. Ya se ha apuntado el menoscabo que supone esta asistencia respecto al carácter secreto y, por tanto, libre del sufragio y la necesidad de que su empleo dependa de la voluntad del elector, que ha de poder contar con alguna forma de ejercicio del derecho que le asegure la privacidad en los mismos términos que a cualquier otro miembro del electorado.

Voto
asistido

La tercera modalidad, el voto por correspondencia, reviste también una especial significación como instrumento que puede hacer posible la participación política de un número relativamente alto de electores que de otro modo no podrían votar. En España esta fórmula puede ser utilizada tanto por residentes en el territorio nacional como por residentes en el extranjero, a diferencia del sistema aprobado en México y en Italia, del que se benefician en exclusiva los nacionales que residen fuera del país.

Voto por
correspon-
dencia

Los casos español y mexicano de sufragio de los residentes en el extranjero no dejan de ser una excepción si se comparan con el resto de los países iberoamericanos, que,

como ya se ha visto con anterioridad, suelen habilitar para el ejercicio del sufragio los locales de los consulados y embajadas.

Cuando se articula un sistema de voto por correspondencia es imprescindible dotarlo de las garantías necesarias para asegurar el ejercicio libre, personal, secreto y efectivo del sufragio. Con este fin, la solicitud para ejercer el derecho debe formularse personalmente²²⁹, salvo en el caso de una enfermedad o incapacidad que lo impida, en cuyo caso se puede permitir que lo solicite otra persona cumpliendo una serie de requisitos formales²³⁰. Estas cautelas deben aplicarse también a la recepción de la documentación necesaria para la emisión del voto por correo, que deberá entregarse al elector²³¹ o a su representante, y para la propia remisión de ese voto²³².

En España, cuando se trata de los “residentes ausentes” que vivan en el extranjero, “las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral envían de oficio a los

²²⁹. En España, de acuerdo con lo establecido en la sesión de 29 de febrero de 2000 por la Junta Electoral Central, “El artículo 72. b) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) exige la exhibición del DNI al funcionario de correos encargado de recibir la solicitud del voto por correo, a los efectos de identificación del elector, y deberá comprobar tanto la identidad del mismo -a través de la fotografía- como la coincidencia de la firma. Excepcionalmente podrá admitirse, para solicitar la documentación del voto por correo, el pasaporte en sustitución del DNI, pero nunca un resguardo acreditativo de la denuncia del robo del DNI, ni de la renovación de éste, que carecen de fotografía del titular”.

En México, de conformidad con el artículo 275 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, “1. Los ciudadanos mexicanos que cumplan los requisitos señalados enviarán la solicitud a que se refiere el inciso I del párrafo 1 del Artículo anterior entre el 1o. de octubre del año previo, y hasta el 15 de enero del año de la elección presidencial. 2. La solicitud será enviada a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores, por correo certificado, acompañada de los siguientes documentos: a) Fotocopia legible del anverso y reverso de su credencial para votar con fotografía; el elector deberá firmar la fotocopia o, en su caso, colocar su huella digital, y b) Documento en el que conste el domicilio que manifiesta tener en el extranjero.

²³⁰. En España, la incapacidad o enfermedad deberá acreditarse por medio de certificación médica oficial y gratuita. Además la persona autorizada habrá de serlo notarial o consularmente mediante documento que se extenderá individualmente en relación con cada elector y sin que en el mismo pueda incluirse a varios electores, ni una misma persona pueda representar a más de un elector. La Junta Electoral comprobará la concurrencia de estas circunstancias. Estos trámites se regulan con más detalle en el artículo 8 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, y han sido objeto de varias Instrucciones de la Junta Electoral Central (de 10 de febrero de 1992 y de 26 de abril de 1993).

²³¹. En México, “la Junta General Ejecutiva realizará los actos necesarios para enviar, a cada ciudadano, por correo certificado con acuse de recibo, la boleta electoral, la documentación y demás material necesarios para el ejercicio del voto” (artículo 284.3).

²³². A este respecto, la Junta Electoral Central española, en su Acuerdo de 10 de mayo de 1995, estimó que “el artículo 73.3 de la LOREG no exige que el elector personalmente acuda a la Oficina de Correos a certificar el sobre de votación, sino que puede hacerlo cualquier persona en su nombre.”. En buena lógica jurídica, y en coherencia con lo anterior, no podrá ser “cualquier persona”, sino la debidamente autorizada en vía consular o notarial.

En México, “una vez que el ciudadano haya votado, deberá doblar e introducir la boleta electoral en el sobre que le haya sido remitido, cerrándolo de forma que asegure el secreto del voto. 2. En el más breve plazo, el ciudadano deberá enviar el sobre que contiene la boleta electoral, por correo certificado, al Instituto Federal Electoral. 3. Para los efectos del párrafo anterior, los sobres para envío a México de la boleta electoral, tendrán impresa la clave de elector del ciudadano remitente, así como el domicilio del Instituto que determine la Junta General Ejecutiva” (artículo 286).

inscritos en el censo de residentes ausentes... un certificado idéntico al previsto en el artículo 72 y las papeletas y sobres de votación, así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la Junta Electoral Provincial. Con estos documentos adjuntan una nota explicativa.” (artículo 75.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, LOREG). Estos electores, a diferencia de lo que ocurre en México, forman parte de manera permanente del censo, que debe actualizarse de forma periódica, lo que, como veremos de inmediato, no siempre se hace con el rigor debido.

El envío “de oficio” de esta documentación, en lugar de hacerlo previa petición del interesado, se ha justificado como una forma de favorecer la participación de estos ciudadanos y de asegurar la información sobre el proceso electoral en marcha. Sin embargo, el Legislador no es coherente en sus previsiones, dado que en las elecciones municipales estos electores “deben comunicarlo a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral... mediante escrito al que se adjuntará fotocopia del Documento Nacional de Identidad o pasaporte” (artículo 190.1 LOREG). Recibida dicha comunicación, la Delegación Provincial envía la documentación electoral; es decir, que la solicitud previa se exige en las elecciones municipales pero no en las elecciones parlamentarias.

Con esta solicitud del interesado se establecen mayores garantías frente al fraude, aunque nada habría que objetar al envío de oficio si en las oficinas de correos del Estado donde residen los electores ausentes se comprobara que la identidad del remitente coincide con la de la persona que entrega el sobre. Es obvio que un Estado no puede garantizar que se comprobará la identidad del votante en las oficinas postales de otro país, por lo que el propio Legislador, como medida cautelar, prevé la entrega del sobre electoral “en la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática en que estén inscritos, para su remisión, mediante envío electoral, a la Oficina que a estos efectos se constituya en el Ministerio de Asuntos Exteriores, la cual procederá al envío urgente de dichos sobres a las Juntas Electorales correspondientes” (artículo 75.3 LOREG), pero se trata de una opción, no de una obligación, con lo que el riesgo de fraude no desaparece y a ello no es ajena la preocupación de la Junta Electoral Central²³³.

²³³. “... a los Servicios de Correos de los países extranjeros en los que se depositan los votos no les es exigible por la Administración electoral ni por la postal españolas el deber de comprobar la identidad del remitente de los sufragios; incluso en el supuesto permitido por el artículo 75.3 de que, en las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y Diputados al Parlamento Europeo, el voto no se remita por correo sino mediante entrega personal en las Oficinas Consulares o Secciones Consulares españolas, difícilmente cabe también exigir a las citadas Oficinas el control de la identidad del firmante, control que, por otra parte, no les impone expresamente el citado

En segundo lugar, es absolutamente necesario mantener actualizado el censo de los “residentes ausentes” de manera que no figuren en él personas fallecidas bajo cuya identidad podrían ser remitidos los sobres con la papeleta electoral, práctica habitual a finales del siglo XIX²³⁴, pero que, una vez conocidos algunos datos recientes, no cabe declarar extinguida²³⁵, ni privativa de la prosa de Fernando Vallejo²³⁶.

El voto por correspondencia también se contempla en otras legislaciones (por ejemplo, en la alemana -artículo 36 de la Ley Electoral Federal-), aunque en algunos ordenamientos, como el italiano, ha sido rechazado hasta no hace mucho tiempo con disquisiciones que no parecen demasiado convincentes. En el largo proceso de debates políticos y doctrinales²³⁷ previo a la aprobación de este sistema se han utilizado como argumentos constitucionales que impedirían el establecimiento del voto por correo los principios de sufragio personal y secreto previstos en el artículo 48 de la Norma Fundamental italiana²³⁸. Sin embargo, no parece que dichos caracteres del sufragio constituyan obstáculos infranqueables para la introducción del voto por correo, pues está fórmula no constituye un tipo de sufragio no personal si es el elector el que remite el voto.

precepto. De todo ello puede resultar que cualquier persona conocedora del domicilio de un elector inscrito en el CERA puede rellenar el boleto necesario para el reintegro de gastos a nombre de cualquier elector y poner como remite el nombre y domicilio del mismo, produciéndose así los resultados antes aludidos de violación de la autenticidad del sufragio y de posible nulidad de votos válidamente emitidos por razón de duplicidad del voto...” (Instrucción de 20 de abril de 1998).

²³⁴. Para una perspectiva histórica, véase el trabajo de José VARELA ORTEGA *Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)* (2ª ed.), Marcial Pons, Madrid, 2001.

²³⁵. La necesidad de esta actualización se ha puesto de manifiesto ante la aparente longevidad de alguno de los nacionales residentes en el extranjero: por ejemplo, las listas del Censo han tenido inscritos prácticamente tantos españoles con más de 100 años residentes en España -3.488, el 0,008% de los 40 millones de población española- como entre los residentes en el exterior -3.021, el 0,31% del cerca de un millón de españoles emigrantes registrados-. Es decir, si el censo de ausentes reflejara la realidad, se demostraría 40 veces más probable llegar a centenario cuando el español es emigrante que cuando vive en España y, por concretar un ejemplo, en Buenos Aires estuvieron registrados 1.364 españoles de más de 100 años, el 1% del censo de ese consulado; en La Habana, los 297 españoles registrados de más de 100 años equivalieron en su momento al 2,13% del censo.

²³⁶. *Mi hermano el alcalde*, Alfaguara, Bogotá, 2004.

²³⁷. Los términos de este debate, así como las diferentes tesis doctrinales y político-constitucionales, pueden consultarse en Temistocle MARTINES: “Artículo 56-58”, en *Comentario della Costituzione, Le Camere*, Zanichelli-II Foro, 1984, Tomo I, págs 59 y 60; Fulco LANCHESTER: “Il voto degli italiani all'estero: un esercizio difficile”, en *Il voto degli italiani* (a cura di Fulco Lancaster), Roma, 1988; VARIOS AUTORES: *Esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero*, Ministero degli Affari Esteri-CNEL, Roma, 1988; Ernesto BETTINELLI: “Il voto degli italiani all'estero”, en *Riforme elettorali* (a cura di Massimo Luciani e Mauro Volpi), Laterza, Bari, 1995; Silvio GAMBINO-Giovanni MOSCHELLA: “La reforma electoral en Italia”, en *Formas de gobierno y sistemas electorales. La experiencia italiana y española* (coordinado por Gerardo Ruíz-Rico y Silvio Gambino), Universidad de Jaen-Tirant lo Blanc, Valencia, 1997, pág. 167, nota 66.

²³⁸. Asumen estos argumentos, por ejemplo, Temistocle MARTINES: *ibidem*, pág. 60, y Silvio GAMBINO y Giovanni MOSCHELLA: *ibidem*, pág. 167; son rechazados, por ejemplo, por Ernesto BETTINELLI: *ibidem*, págs. 205 y 215 y sigs. La regulación del voto por correspondencia está incluida en la Ley nº 459, de 27 de diciembre de 2001, de normas para el ejercicio del voto de los ciudadanos italianos residentes en el exterior, y en el Reglamento de desarrollo, nº 104, de 2 de abril de 2003.

Tampoco atenta contra el carácter secreto, pues no tiene por qué saberse la opción política por la que ha optado el elector; lo único que se puede constatar es que se ha remitido un sobre, pero esta fórmula también permite el voto en blanco y el voto nulo.

“Quedaba aún sin equipar la especie humana y no sabía qué hacer. Hallándose en este trance, llega Prometeo para supervisar la distribución. Ve a todos los animales armoniosamente equipados y al hombre, en cambio, desnudo, sin calzado, sin abrigo e inermes. Y ya era inminente el día señalado por el destino en el que el hombre debía salir de la tierra a la luz. Ante la imposibilidad de encontrar un medio de salvación para el hombre, Prometeo roba a Hefesto y a Atenea la sabiduría de las artes junto con el fuego (ya que sin el fuego era imposible que aquélla fuese adquirida por nadie o resultase útil) y se la ofrece, así, como regalo al hombre. Con ella recibió el hombre la sabiduría para conservar su vida, pero no recibió la sabiduría política, porque estaba en poder de Zeus y a Prometeo no le estaba permitido acceder a la mansión de Zeus, en la acrópolis, a cuya entrada había dos guardianes terribles. Pero entró furtivamente al taller común de Atenea y Hefesto en el que practican juntos sus artes y, robando el arte del fuego de Hefesto y las demás de Atenea, se las dio al hombre. Y, debido a esto, el hombre adquiere los recursos necesarios para la vida, pero sobre Prometeo, por culpa de Epimeteo, recayó luego, según se cuenta, el castigo del robo”.

Platón, *Protágoras*, 320d-321d²³⁹.

“Y puesto que la política se sirve de las demás ciencias prácticas y legisla además qué se debe hacer y de qué cosas hay que apartarse, el fin de ella comprenderá los de las demás ciencias, de modo que constituirá el bien del hombre, pues aunque el bien del individuo y el de la ciudad sean el mismo, es evidente que será mucho más grande y más perfecto alcanzar y preservar el de la ciudad... Éste es, pues, el objeto de nuestra investigación...”

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro I²⁴⁰.

XIV.- El voto electrónico: ¿el nuevo fuego de Prometeo o la vieja caja de Pandora?.

Democracia y
nuevas
tecnologías

En las páginas siguientes se analiza el empleo de las nuevas tecnologías como instrumento para facilitar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Antes, debe recordarse que el auténtico progreso consiste en lograr que la voluntad de los ciudadanos se convierta en voluntad del Estado, que el pueblo gobernado sea, en la mayor medida posible, el pueblo gobernante. Este es el objetivo al que se debe orientar todo el proceso electoral y, como consecuencia, también las técnicas de emisión del sufragio, cuyo dominio progresivo ha de servir para mejorar la calidad democrática de nuestros sistemas políticos, del mismo modo que el fuego entregado por Prometeo a la Humanidad sirvió para hacer más habitable este planeta.

Es bien conocido que el desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías de la comunicación e información están provocando vertiginosos y profundos cambios en las sociedades modernas y el ámbito de los derechos políticos no es una excepción²⁴¹, ni en la

²³⁹. Disponible en griego y castellano en <http://www.filosofia.org/cla/pla/protbil.htm>

²⁴⁰. Edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pág. 2.

²⁴¹. Para una perspectiva más amplia de la incidencia de las nuevas tecnologías en el constitucionalismo pueden verse los trabajos de Laurence H. TRIBE: *The Constitution in Cyberspace. Law and Liberty Beyond the Electronic Frontier*; que puede leerse en: <http://www.sjgames.com/SS/tribe.html> y en <http://www.fiu.edu/~mizrach/CyberConst.html>; Cass SUNSTEIN: *República.com*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2001; en castellano *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Barcelona, 2003; Tommaso Edoardo FROSINI: “Nuevas tecnologías y constitucionalismo”, *Revista de Estudios*

perspectiva práctica de los procesos de adopción de decisiones, como ya ocurre con el escrutinio informático de los votos emitidos, ni en el plano especulativo, donde se han llegado a sugerir transformaciones más profundas sobre la esencia misma de la democracia, como las propuestas relativas a los “referendos electrónicos”, de los que habla Stefano Rodotà²⁴², o las “encuestas de opinión deliberativa”, de las que se ha ocupado, entre otros, James Fishkin²⁴³.

Resulta evidente que la aplicación de las nuevas tecnologías lleva aparejada una serie de riesgos, pero ello no conduce de modo inexorable a una sociedad tecnocrática, entendida, en palabras de Theodore Roszak, como una “sociedad cuyos gobernantes se justifican valiéndose de expertos técnicos, que a su vez se justifican valiéndose del conocimiento científico”²⁴⁴, sino que, como ha sucedido a lo largo de la Historia, todo avance tecnológico es susceptible de aplicaciones positivas y negativas, debiendo adoptarse las medidas necesarias para que las primeras sean la regla y las segundas una poco menos que inevitable excepción.

Para que tal cosa ocurra es imprescindible pasar de las palabras a los hechos y hacer realidad compromisos como los alcanzados en la *Cumbre mundial sobre la sociedad de la información*, que en su reunión de noviembre de 2005 en Túnez, proclamó la necesidad de “construir una sociedad de la información centrada en la persona, abierta a todos y orientada al desarrollo, con arreglo a los objetivos y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional y el multilateralismo, respetando plenamente y apoyando la Declaración Universal de los Derechos humanos, a fin de que todos los

Sociedad de la
información

Políticos, 124, Madrid, 2004, págs. 129 y sigs., y Lorenzo COTINO HUESO (coordinador): *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Granada, 2005; *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*, Comares, Granada, 2007.

Resulta muy sugerente el libro de Joseph HEATH y Andrew POTTER: *The Rebel Sell: How the Counter Culture Became Consumer Culture*, Capstone Publishing Ltd, 2005; en castellano, *Rebelarse vende. El negocio de la contracultura*, Taurus, Madrid, 2005, donde, entre otras muchas cuestiones, se analiza la incidencia social de la aplicación de las nuevas tecnologías y, en general, se propugna una mayor preocupación por la justicia social, frente a las posturas contraculturales, como exigencia para conseguir que la sociedad experimente un avance auténtico.

Sobre el voto electrónico, véanse los coordinados por María Inés TULA *Voto Electrónico. Entre votos y máquinas. Las nuevas tecnologías en los procesos electorales*, Ariel, Buenos Aires, 2005; y Josep M. RENIU: *E-Voting: The last electoral revolution*, ICPS, Barcelona, 2008. Es de sumo interés el trabajo conjunto de José Julio FERNÁNDEZ, Jordi BARRAT, Rosa María FERNÁNDEZ y Josep M. RENIU: *Voto electrónico. Estudio comparado en una aproximación jurídico-política (Desafíos y posibilidades)*, Fundap, Querétaro, 2007.

²⁴². Véase su obra *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma, 1997.

²⁴³. *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, Yale University Press, New Haven, 1991; en castellano, *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*, Ariel, Barcelona, 1995.

²⁴⁴. Citado por Joseph HEATH y Andrew POTTER: *Rebelarse vende. El negocio de la contracultura*,..., pág. 330.

pueblos del mundo puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento para desarrollar su pleno potencial y alcanzar las metas y los objetivos de desarrollo acordados internacionalmente, entre ellos los Objetivos de Desarrollo del Milenio” y es que “la democracia, el desarrollo sostenible y el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales, así como el buen gobierno a todos los niveles, son interdependientes y se refuerzan entre sí”²⁴⁵.

En primer término nos ocuparemos del sufragio electrónico de carácter presencial y a continuación de los sistemas remotos de votación. Debe anticiparse que con la expresión “voto electrónico” nos referiremos a la emisión del sufragio a través de instrumentos electrónicos (entre otros, urna electrónica, computadora u ordenador), aunque es habitual incluir en esta expresión al entramado tecnológico que hace posible el ejercicio del voto y su escrutinio (registro y control de la identidad del elector, recuento de los sufragios emitidos, transmisión de los resultados y asignación de los puestos a elegir). Incluso a veces se asocia, de forma impropia, el voto electrónico con el mero escrutinio informatizado.

Voto
electrónico

La eventual introducción legislativa del voto electrónico está supeditada al respeto de los elementos que constitucionalmente configuran el sufragio como libertad subjetiva, pero, por otra parte, la dimensión objetiva de este derecho convierte en un “mandato de optimización” dicha introducción si con ella se favorece su ejercicio, pues esa dimensión requiere actuaciones concretas que permitan el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades comprendido en el derecho fundamental.

De esta manera, la tecnología aplicada al sufragio puede servir para superar o, como mínimo, acortar la brecha o división digital²⁴⁶ entre ciudadanos y, lo que es más importante, para igualarlos a todos en el ámbito de las decisiones políticas, lo que se hace más necesario en aquellas sociedades en las que una parte muy importante de los llamados a participar en el ejercicio del poder permanecen excluidos por razones socioeconómicas y culturales, como ha venido sucediendo, por citar dos casos paradigmáticos, como se verá de inmediato, en Brasil e India.

Brecha digital

En todo caso, conviene no perder de vista que lo importante es la intervención con efectos decisorios de los ciudadanos en los asuntos políticos y, por lo tanto, las técnicas a

²⁴⁵. Puede obtenerse más información en <http://www.itu.int/wsis/index-es.html>

²⁴⁶. Como es conocido, durante la presidencia de Bill Clinton se acuñó la expresión “*digital divide*” por parte del Gobierno de Estados Unidos para hacer referencia a la fractura que podía producirse entre personas “conectadas” y “no conectadas” si no se superaban, a través de inversiones públicas en infraestructuras y ayudas a la educación, las serias diferencias entre territorios, razas, clases y género.

emplear han de orientarse a favorecer esa participación, lo que, para el asunto que nos ocupa, incluye no sólo la prohibición de articular un sistema de voto electrónico que impida o dificulte su ejercicio a determinadas personas como consecuencia de su complejidad, sino que, además, debe hacer posible el ejercicio del sufragio por parte de personas que debido a alguna discapacidad física hasta la fecha han padecido las carencias de los distintos instrumentos electorales, en particular para hacer efectivo el principio del carácter secreto y, por tanto, libre de este derecho²⁴⁷.

Si, por su sencillez técnica, el ejercicio electrónico del sufragio es accesible a todos, el respeto al carácter universal de la participación política está garantizado, por lo que siempre que se respeten las demás condiciones propias de un sistema democrático (voto libre, igual, personal, directo y secreto), no plantea mayores problemas su introducción, incluso como primera fórmula para el voto presencial, como sucede en Brasil²⁴⁸, cuya Ley n° 9504, de 30 de septiembre de 1997, ha fijado el sistema electrónico como procedimiento ordinario de votación y el de papeletas como fórmula excepcional (artículo 59)²⁴⁹, y en Venezuela, a partir de la Ley Orgánica del sufragio y participación política, de 13 de diciembre de 1997²⁵⁰, que ha impulsado el voto electrónico como la fórmula

²⁴⁷. En Bélgica se han adoptado convenios con organizaciones no gubernamentales para instruir a las personas con discapacidades mentales al objeto de sean capaces de emplear el sistema electrónico; en Colombia el artículo 1 de la Ley 892, de 2004, dispone que “la Organización Electoral diseñará y señalará los mecanismos necesarios para que el voto electrónico se realice con la misma eficacia para los invidentes, discapacitados o cualquier otro ciudadano con impedimentos físicos” y en Francia la Ley n° 2005-102, de 11 de febrero de 2005, para la igualdad de derechos y oportunidades, la participación y la ciudadanía de las personas discapacitadas, entre otros cambios legales, ha modificado el Código Electoral para “permitir a los electores discapacitados votar de manera autónoma, cualquiera que sea su discapacidad” (artículo 72); con este objetivo se prescribe que “los sistemas de voto deben ser accesibles a las personas discapacitadas, cualquiera que sea su discapacidad, en especial la síquica, sensorial, mental o física, en las condiciones establecidas por decreto” (artículo 73).

Véase al respecto la colaboración de Ingo BOLTZ y Federico CENTENO: “Riesgos y debilidades del voto electrónico: en busca de transparencia, seguridad y confianza en el proceso electoral”, en el libro coordinado por María Inés TULA: *Voto electrónico...*; en concreto, págs. 290 y sigs.

²⁴⁸. Véase más información en la página del Tribunal Superior Electoral, <http://www.tse.gov.br>. Para una exposición detallada de los aspectos técnicos del sistema adoptado en Brasil es de sumo interés la lectura del trabajo, nada complaciente con su articulación, de Amílcar BRUNAZO FILHO: “El voto electrónico en Brasil”, incluido en el libro coordinado por María Inés TULA *Voto electrónico...*, págs. 209 y sigs; puede leerse también en su página: <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/textos/CIPPEC-Brunazo.htm>; él es el supervisor general del *Fórum do voto eletrônico*, <http://www.votoseguro.org> y <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/forum.htm>; asimismo es muy recomendable la consulta del documento *Sistemas electrónicos de votación: fortalezas y debilidades*, elaborado por el Grupo de Trabajo Nuevas Tecnologías y Procesos Electorales, del Ministerio del Interior de Argentina, versión abril de 2005; disponible en http://www.mininterior.gov.ar/elecciones/nuevas_tecnologias/n_tecnologias.asp.

²⁴⁹. “A votação e a totalização dos votos serão feitas por sistema eletrônico, podendo o Tribunal Superior Eleitoral autorizar, em caráter excepcional, a aplicação das regras fixadas nos arts. 83 a 89”.

²⁵⁰. Puede consultarse, entre otros, en los siguientes sitios: <http://www.cne.gov.ve/documentos/leyorg.php>. Se incluye un detenido análisis técnico de la evolución del sistema venezolano en *Sistemas electrónicos de votación: fortalezas y debilidades...*, http://www.mininterior.gov.ar/elecciones/nuevas_tecnologias/n_tecnologias.asp.

mayoritariamente empleada²⁵¹.

Australia, Brasil, Estonia y Venezuela son los Estados que han avanzado más en la introducción del voto electrónico y, en especial Brasil²⁵², se han convertido en países de referencia internacional en el proceso de expansión de este sufragio, tanto en el ámbito iberoamericano (Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana), como en otras latitudes (Alemania, Corea, India, Japón,...)²⁵³.

Los buenos resultados alcanzados por el sufragio electrónico en términos de accesibilidad y rapidez en un país con las características de Brasil han animado a las autoridades de otros países a introducir en sus ordenamientos un sistema de voto electrónico. En algunos Estados, esta implementación ha sido decidida de manera directa bien por el Legislador o por la Autoridad Electoral; ejemplo de lo primero es Perú, donde la Disposición Complementaria Primera de la Ley 28581 dispuso: “autorízase a la Oficina Nacional de Procesos Electorales -ONPE-, la implementación progresiva y gradual del voto electrónico con medios electrónicos e informáticos o cualquier otra modalidad tecnológica que garantice la seguridad, y confidencialidad de la votación, la identificación del elector, la integridad de los resultados y la transparencia en el proceso electoral”; en el segundo caso está la República Dominicana cuya Ley Electoral 257 de 1997 atribuye a la Junta Central Electoral (artículo 6) la facultad de “dictar, dentro de las atribuciones que le confiere la ley, todas las instrucciones que juzgue necesarias y/o convenientes, a fin de rodear el sufragio de las mayores garantías y de ofrecer las mejores facilidades a todos los ciudadanos aptos para ejercer el derecho al voto”. En Colombia, el artículo 2 de la Ley 892, de 2004, dispone que “para los ciudadanos colombianos domiciliados en el exterior la Organización Electoral implementará el mecanismo electrónico de inscripción y votación con la cobertura que facilite su participación en los comicios electorales”.

Expansión del
voto electrónico
en Iberoamérica

Implantación
gradual del voto
electrónico

Debe insistirse, no obstante, en la necesaria cautela seguida en el proceso de

²⁵¹. Según dispone el artículo 154 de la citada Ley Orgánica, “El proceso de votación, escrutinio, totalización y adjudicación será totalmente automatizado. En aquellos casos en los cuales este sistema no pudiese ser implementado por razones de transporte, seguridad, infraestructura de servicios todo lo cual determinará expresamente y con la debida anticipación, el Consejo Nacional Electoral, mediante resolución especial, se optará por el sistema manual de votación, escrutinio, totalización y adjudicación, con estricta sujeción a las disposiciones establecidas en esta Ley y sus Reglamentos”.

²⁵². Sobre la experiencia brasileña véase el análisis que realiza el Tribunal Superior Eleitoral en su página web: <http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/votoeletronico/sumario.htm>

²⁵³. Para una rápida panorámica de la extensión del voto electrónico véanse Eduardo PASSALACQUA: “El voto electrónico: ni panacea ni amenaza. Panorámica del estado de la cuestión y apostillas a un debate con sesgos y lagunas” y Marcelo ESCOLAR: “Sistema político, administración electoral y voto electrónico en perspectiva comparada”, ambos en María Inés TULA (coordinadora): *Voto electrónico...*, págs. 76 y sigs, y 115 y sigs.

generalización del sistema, que en Brasil, si contamos la fase de registro de los electores, se ha ido extendiendo de manera gradual a lo largo de un período de casi veinte años, desde 1986 hasta 2004²⁵⁴. También en Estados mucho más pequeños y con un número de electores diez veces menor la generalización del sufragio electrónico ha sido lenta: en Bélgica se inició en 1994 y en las elecciones municipales celebradas el 8 de octubre de 2006 el voto electrónico con tarjeta de banda magnética estaba disponible para un 46,4 por ciento de los electores del conjunto del país y para el cien por cien de los de Bruselas, según datos oficiales.

Y es que antes de poder emitir el sufragio de manera electrónica es imprescindible superar con éxito diversas fases: la modernización de toda la documentación necesaria para el proceso electoral, la consolidación de una infraestructura electrónica y de comunicaciones fiable, la difusión eficaz del nuevo sistema entre todos los destinatarios y, en especial, entre los electores con más dificultades para asimilar y poner en práctica estos instrumentos, y la actualización de las normas reguladoras. Y todo ello sin olvidar el desembolso económico necesario para culminar esta transformación del sistema electoral, motivo por el que todavía no se ha extendido a la totalidad del territorio de Bélgica, a pesar de que la Ley que lo introdujo es de 11 de abril de 1994²⁵⁵ y que esta fórmula pretende paliar las complejidades derivadas de un sistema de voto obligatorio, varias elecciones simultáneas, 3 idiomas (francés, flamenco y alemán) y listas muy extensas (hasta 87 candidatos), lo que dificulta de manera extraordinaria el escrutinio manual.

La complejidad de todo este proceso aconseja, pues, un ritmo pausado de implementación, al que no siempre está dispuesto a someterse en principio el promotor de estas iniciativas, hasta que las dificultades prácticas imponen la ralentización, por muy alto que sea el nivel de desarrollo tecnológico del Estado que pretende dotarse de este entramado electoral, y Estados Unidos²⁵⁶, Canadá, Japón, Irlanda²⁵⁷ o el propio Brasil²⁵⁸

²⁵⁴. En el año 1996 la informatización del proceso electoral alcanzó al 1,03% de los municipios y al 32% del electorado; en el año 1998 estos porcentajes fueron, respectivamente, del 9,74% y del 56,61% y en el año 2000 se alcanzó en ambos casos el 100%, porcentajes que se repitieron en los años 2002 y 2004; en las últimas elecciones, las municipales de 2004, votaron con este sistema 102.809.826 electores, según datos facilitados por el Tribunal Supremo Eleitoral (<http://www.tse.gov.br>); véase el informe, ya citado, de Amílcar BRUNAZO FILHO: "El voto electrónico en Brasil", *ob. cit.*, págs. 209 y sigs; también en <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/textos/CIPPEC-Brunazo.htm>.

²⁵⁵. Véase la información electoral en <http://www.ibz.fgov.be>

²⁵⁶. A finales de octubre de 2005 se hizo público un informe en Estados Unidos en el que se anuncia que los estándares federales -necesarios para la certificación de los sistemas de voto electrónico en ese país- no estarán listos para las elecciones legislativas del año 2006, a pesar de las previsiones, ya mencionadas, incluidas en la *Help America Vote Act*, de 29 de octubre de 2002. Se ha constatado que los sistemas electrónicos de votación previstos para su uso en Estados Unidos pueden ser alterados, carecen de sistemas de protección del *software* y muchos han sido instalados sin la certificación requerida por el Estado nacional.

constituyen buenos ejemplos.

En Brasil se ha optado por un sistema de los denominados “RED” (Registro Electrónico Directo) o “DRE” (*Direct Recording Electronic*) en la terminología anglosajona, que, como indica su nombre, consiste en que el sufragio es registrado de manera directa en la memoria del instrumento de votación²⁵⁹, si bien cabe una amplia

La *Help America Vote Act* incluye la asignación de un presupuesto para que cada Estado modernice sus sistemas y cumpla con las normas de seguridad requeridas; además prevé la creación de un ente federal encargado de las cuestiones electorales, la *Electoral Assistance Comisión* (EAC). Sin embargo, ni la EAC ni el *National Institut for Standards and Technology* (NIST) disponen todavía del apoyo tecnológico previsto en la Ley. Como consecuencia, estos dos organismos han dedicado los últimos tres años al estudio y elaboración de unos estándares federales que no podrán ser aplicados a los actuales sistemas antes de 2007. Para conocer los debates sobre este proceso en Estados Unidos pueden consultarse diversas opiniones en <http://www.nytimes.com/makingvotescount>

²⁵⁷. En Japón se aprobó en 2002 una ley que permite el uso del voto electrónico en las elecciones locales. Sin embargo, las elecciones celebradas en Kani en julio de 2003 padecieron tales problemas técnicos que el Tribunal Supremo las anuló y cuando se repitieron no se empleó el causaron una serie de inconvenientes que ha generado una surte de repliegue en el uso voto electrónico.

Tampoco han resultado satisfactorios los resultados del voto electrónico aplicado en las elecciones locales de Canadá de noviembre de 2005, en especial en las ciudades de Québec y Montreal. En esta última ciudad se detectó una diferencia de 45.000 votos entre los resultados provisionales y los definitivos y en Québec a las dos horas de cerradas las urnas no se conocían resultados y el recuento total de los votos casi dos días.

²⁵⁸. Véase Amílcar BRUNAZO FILHO: “El voto electrónico en Brasil”, *Voto electrónico...*, pág. 217; también en <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/textos/CIPPEC-Brunazo.htm>;

²⁵⁹. En el caso de Brasil, la emisión del sufragio se realiza de la siguiente manera: Apertura: el presidente digita una contraseña, la urna se autohabilita y se emite el “Boletín de Urna estado cero” (o *zerésima*). Identificación del votante: el votante presenta su documento; el presidente de la mesa digita su número de documento en la microterminal; si el número es correcto, y la identidad del elector comprobada, se habilita la urna electrónica para recibir el voto. Votación: el elector se acerca a la máquina y el sistema despliega el nombre del partido, la foto de los candidatos y otros datos. En el caso brasileiro, los candidatos son identificados con números y en la pantalla se ve el logotipo del partido. El elector inicia el proceso digitando un número que corresponde al candidato o lista de su preferencia y luego presiona la tecla “confirma” (ubicada en el teclado de la urna) para realizar la votación. El sistema permite corregir y votar en blanco. Una vez concluida la operación, aparecerá en la pantalla una leyenda que dice FIN. Dado que en Brasil existe el “sistema preferencial” (se puede escoger dentro de una lista a un candidato determinado), en algunas elecciones municipales se han utilizado hasta cinco números: dos de ellos para reconocer la organización partidaria y los tres restantes para identificar al candidato o miembro de los consejos municipales. En caso de que el elector no quiera hacer uso del “voto preferencial”, sólo debería digitar el número del partido. Al hacerlo, aparece una pantalla que indica qué candidatura está eligiendo (muestra la foto del candidato, su nombre, partido y lugar de ubicación en la lista preferencial) y sólo resta que demuestre su conformidad presionando la tecla que dice confirma.

Proceso de cierre, totalización y transmisión de los resultados: Una vez concluida la votación, el presidente digita la contraseña para indicar el fin de la utilización de la máquina. La urna totaliza los votos e imprime el primer “Boletín de urna”. Si no da error, se imprimen 4 copias: una para los fiscales de partido y otras tres para ser enviadas a los centros de cómputo. El Boletín de Urna se graba en la memoria *flash-card* de la máquina y en un *diskette* con firma digital. El presidente rompe el lacre de la máquina y retira el *diskette*; que es llevado junto al acta de cierre y demás documentación a la sede de la Justicia Electoral; quien transmite los datos vía red al Tribunal Regional Electoral y totaliza los votos para una región. Para elecciones regionales (gobernadores, diputados o senadores), los resultados son divulgados en este punto. Para elecciones presidenciales, los datos son enviados a través de la red de comunicación de datos al Tribunal Superior Electoral que totaliza los votos. Algunas urnas cuentan con un módem incorporado para transmitir la información a una computadora central, que recibe los resultados de todas las mesas electorales. Esta información se graba en un *diskette* que luego es trasladado a la sede de la autoridad electoral. En el centro de procesamiento se inserta el *diskette* y el sistema: verifica la firma digital, descripta el archivo y lo procesa en segundos.

diversidad de variantes²⁶⁰.

En Venezuela se implantó inicialmente un sistema de los llamados “LOV” (Lectura Óptica del Voto), que admite dos variantes: el sistema de boleta múltiple y marca manual, que se computa a través del reconocimiento óptico de caracteres (OCR), opción empleada en Venezuela hasta el año 2003, y el sistema de boleta por candidatura y código de reconocimiento, que permite el registro y recuento del sufragio²⁶¹.

Sistema LOV

La experiencia venezolana con el sistema “LOV” no fue positiva, al menos durante el escrutinio de las elecciones de 1998, pues en lugar de agilizarse, se prolongó durante meses, por lo que en procesos posteriores se optó por un sistema “RED” que, además, facilita un resguardo o comprobante del voto emitido.

En la actualidad los sistemas más extendidos son los del tipo “RED” (Australia²⁶², Bélgica²⁶³, Brasil, Venezuela a partir del año 2004), que automatizan todas las fases del proceso de emisión del voto y de recuento de los sufragios, lo que plantea el problema adicional de cómo se resuelve, una vez que se ha emitido y computado un voto, la eventual impugnación derivada del cuestionamiento de la capacidad del elector para votar (por ser incapaz, menor, estar registrado en otro lugar,...).

Con carácter general, la adopción de un sistema electrónico (“RED” o “LOV”) como fórmula de ejercicio presencial del sufragio tiene sentido si aporta algo adicional a lo

Esta explicación está incluida en el documento *Sistemas electrónicos de votación: fortalezas y debilidades*,..., http://www.mininterior.gov.ar/elecciones/nuevas_tecnologias/n_tecnologias.asp

²⁶⁰. A título de ejemplo, a) sistema de registro del voto en memoria propia del dispositivo de votación, mediante teclado numérico (Brasil); b) sistema de registro del voto en y mediante una tarjeta de banda magnética individual, con pantalla táctil, puntero láser y lectura en equipo separado (Bélgica); c) sistema de registro del voto en memoria propia del dispositivo de votación mediante computadora y teclado comunes, con impresión de boleta o papeleta electrónica; d) sistema de registro del voto en memoria propia del dispositivo de votación mediante consola con botonera; e) sistema de registro del voto en memoria propia del dispositivo de votación mediante pantalla táctil con impresión de comprobante del sufragio (Venezuela desde 2004).

Para más detalles, véase el informe, ya citado, *Sistemas electrónicos de votación: fortalezas y debilidades*,..., http://www.mininterior.gov.ar/elecciones/nuevas_tecnologias/n_tecnologias.asp.

²⁶¹. La boleta o papeleta puede ser de carácter múltiple, si incluye la totalidad de las candidaturas y el elector debe escoger entre ellas, o de tipo singular, de manera que hay una por cada candidatura. La empresa española Indra ha diseñado la urna electrónica “Papervote Plus”, que permite escrutar las papeletas electorales dentro de un sobre. Uno de los problemas del sistema venezolano consistió, precisamente, en el carácter múltiple de las boletas, lo que en algunos supuestos implicaba un tamaño de un metro de largo por veinticuatro centímetros de ancho.

Véanse sobre este particular, Juan RIAL: “Modernización del Proceso Electoral: el Voto Electrónico en América Latina”, *Apoyo al Programa de Reforma Política del PNUD*; disponible en http://www.undp.org.ar/archivos/A184_Informe_Rial_voto_electr%C3%B3nico.DOC, y María Inés TULA “Las nuevas tecnologías en los procesos electorales. Perspectivas y comentarios sobre la adopción del voto electrónico en Argentina”, en el libro *Voto electrónico*..., por ella coordinado, pág. 18.

²⁶². <http://www.aec.gov.au>; véanse también las consideraciones de Kim ZETTER: *Aussies Do It Righ: E-Voting*, 2003, en <http://www.wired.com/news/ebiz/0,1272,61045,00.html>

²⁶³. Se ha descartado de manera definitiva la utilización del sistema de lectura óptica que se empleaba en algunos entes locales.

que ya ofrece la fórmula exclusiva de las boletas o papeletas tradicionales, que en muchos Estados (Chile, España²⁶⁴, Uruguay) está asentada social y políticamente y, como regla general, es de una gran sencillez, con lo que a corto o medio plazo no se prevé la implantación generalizada del sufragio electrónico, lo que no excluye su utilización presente o futura en comicios locales (Distrito Federal en México) o regionales (País Vasco en España, Estado de Coahuila en México)²⁶⁵.

La automatización del sufragio sin duda puede contribuir a una agilización del escrutinio, si bien esta operación, merced precisamente a las nuevas tecnologías, ya se realiza en buena parte de los países de manera rápida y, desde luego, con la garantía y buena dosis de legitimidad que proporciona su realización directa y pública por los propios ciudadanos, sin necesidad de una formación previa ni del auxilio técnico especializado, como, por ejemplo, se prevé en Bélgica, Brasil²⁶⁶ o Venezuela y, en España, en la Ley para las elecciones al Parlamento Vasco²⁶⁷.

Ventajas y
problemas del
voto
electrónico

Si por el contrario, el voto electrónico, en lugar de contribuir a la reducción de la complejidad propia del sistema electoral, la incrementa, obstaculizando parte del flujo comunicativo y haciendo menos transparente su desarrollo, puede originar el cuestionamiento del conjunto del sistema por parte de los que no pueden canalizar sus demandas o de los que ya no pueden supervisarlos, introduciendo así un peligroso riesgo de deslegitimación²⁶⁸; lo que, como es obvio, no es privativo de los sistemas de sufragio

²⁶⁴. Sobre la introducción del voto electrónico en España son interesantes las reflexiones recogidas en el Observatorio del Voto Electrónico, <http://www.votobit.org/> y Rosa María FERNÁNDEZ RIVEIRA “La regulación jurídica del voto electrónico: el ejemplo del caso español”, en el libro colectivo ya citado *Voto electrónico. Estudio comparado en una aproximación jurídico-política*,..., págs. 37 y sigs.

²⁶⁵. Para conocer dichas experiencias hasta el año 2007 véase el trabajo de Jordi BARRAT “El voto electrónico en Latinoamérica: radiografía de un proceso en vías de consolidación”, en *Voto electrónico. Estudio comparado en una aproximación jurídico-política*,..., págs. 152 y sigs.

²⁶⁶. Véase Amílcar BRUNAZO FILHO: “El voto electrónico en Brasil”, *Voto electrónico*..., pág. 210; también en <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/textos/CIPPEC-Brunazo.htm>;

²⁶⁷. Ley 5/1998, de 19 de junio; se define al “Responsable del mantenimiento de material del voto electrónico”, como el “asesor técnico en materia de voto electrónico que actúa bajo la autoridad del Presidente de la Mesa” y que es la “persona física encargada fundamentalmente en cada Colegio Electoral de suministrar y subsanar los fallos de alguno de los elementos e instrumentos de voto electrónico a petición del Presidente o Vocales de la Mesa, así como de recoger, al finalizar el escrutinio de las Mesas Electorales, todas las tarjetas con banda magnética de votación contenidas o no en el recipiente de la urna electrónica de la Mesa” (Anexo al artículo 132). Para más información, véase <http://www.euskadi.net> y Rosa María FERNÁNDEZ RIVEIRA: “El voto electrónico: el caso vasco”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 112, 2001, págs. 199 a 236.

Sobre los riesgos para la legitimación democrática del sistema electoral que puede representar una presencia excesiva de los “técnicos”, véase Jordi BARRAT i ESTEVE: “Marco jurídico para la implantación de las urnas electrónicas”, Simposio “Urnas electrónicas para la emisión del voto ciudadano”, Instituto Electoral del Distrito Federal (México); en el mismo sentido Eduardo PASSALACQUA: “El voto electrónico: ni panacea ni amenaza...”, *ob. cit.*, pág. 74.

²⁶⁸. Véase, en el mismo sentido, el trabajo de Andreas AUER y Nicolas VON ARX: *La légitimité des procédures de vote: les défis du e-voting*, Ginebra, 2001, pág. 8.

electrónico modernos, sino que puede suscitarse con otra fórmula de sufragio; por ejemplo, las ya célebres papeletas perforables empleadas en las elecciones presidenciales norteamericanas del año 2000, cuyo recuento resolvió el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de manera cuando menos discutible (*George W. Bush et al., petitioners v. Albert Gore Jr., et al.*²⁶⁹).

En todo caso, la introducción del sufragio electrónico estará siempre condicionada a la accesibilidad, transparencia y eficacia del sistema adoptado y mientras no existan plenas garantías parece aconsejable la prudencia para no tener que deshacer lo mal hecho, como ha sucedido en Filipinas, donde se introdujo el voto electrónico por la Ley 8436, de 22 de diciembre de 1997 y se suspendió el año 2002 al entender la Comisión Electoral que suponía más un problema que una solución²⁷⁰.

Por este motivo, las garantías y controles frente a las amenazas susceptibles de poner en peligro la eficacia de este derecho fundamental son de suma importancia y tendrían que extenderse tanto al entramado técnico que permite el desarrollo del proceso (el *software* electoral) como al resultado del ejercicio del derecho.

Respecto a la primera cuestión, debe asegurarse en la práctica, y no únicamente en la norma, el acceso al “código fuente” y a los programas empleados, lo que requiere el auxilio de expertos informáticos, aunque, tampoco así se conseguirán garantías definitivas.

Código
fuente

A la hora de implantar el *software* electoral, entendemos que se debe elegir el “libre”, pues permite verificar el funcionamiento interno del sistema²⁷¹, como ha ocurrido en Australia²⁷². En todo caso, parece acertado que el *software* sea desarrollado, bien de manera directa o bajo su estricta supervisión, por la Administración electoral que ha de aplicarlo, como ocurre en Brasil, país en el que el Tribunal Supremo Eleitoral es el titular del derecho de propiedad.

Software libre

Una garantía muy importante para que al elector no le quepan dudas sobre el sentido final de su decisión consiste en que al concluir la emisión del sufragio electrónico se le entregue algún comprobante del voto emitido, cuya articulación, de una u otra forma, ha sido demandada de manera reiterada desde las primeras aportaciones de Rebecca Mercuri, con cuyo nombre también se conoce el *Voter Verified Paper Trail* o “método

Comprobante
del voto
electrónico

²⁶⁹. Puede consultarse en <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-949.ZPC.html>

²⁷⁰. La página de la Comisión Electoral es <http://www.comelec.gov.ph>

²⁷¹. Véase el estudio de Juan Antonio MARTÍNEZ CASTAÑO: *Voto electrónico y software libre*, en <http://oasis.dit.upm.es/~jantonio/documentos/voto-electronico/article.html>

²⁷². <http://www.aec.gov.au>; sobre esta cuestión véase Kim ZETTER: *Aussies Do It Right: E-Voting*, 2003, en <http://www.wired.com/news/ebiz/0,1272,61045,00.html>

Mercuri”²⁷³, que sin entregar un comprobante al elector le permite ver impreso su voto, que se deposita también en papel y de manera automática en una urna por si es preciso un recuento alternativo al electrónico.

A modo de recapitulación cabe decir que todo cambio legal en materia de participación política ha de orientarse a facilitar el ejercicio del derecho de sufragio, por lo que no parece razonable la introducción de un sistema de voto electrónico si lo que supone es un incremento desproporcionado tanto de la complejidad del ejercicio del sufragio como del control de todo el proceso electoral y únicamente aporta una pequeña ganancia temporal en el conocimiento de los resultados electorales. En este sentido debe recordarse que entre las “Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, aprobadas el 30 de septiembre de 2004, sobre los estándares legales, operativos y técnicos del voto electrónico”²⁷⁴, se incluyen la de que el sistema de voto electrónico tiene que ser fácilmente comprensible y manejable, y que mientras los sistemas de voto electrónico a distancia no sean de acceso universal, serán únicamente una forma adicional y voluntaria de sufragio.

Fortalezas y debilidades del voto electrónico

Las objeciones que se acaban de esbozar no impiden que, al menos, el voto electrónico se configure como un instrumento complementario dirigido, de manera principal, a aquellas personas para las que, precisamente, el sistema presencial a través de papeletas supone un obstáculo a su participación efectiva en los asuntos públicos. En este sentido, debe recordarse que, entre las citadas “Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre los estándares legales, operativos y técnicos del voto electrónico”, se incluye la de que el sistema de voto electrónico sirva para maximizar las oportunidades de participación de las personas con discapacidades.

Finalmente, si la configuración legal y técnica que se realiza del sufragio electrónico garantiza todas las exigencias del derecho fundamental (carácter universal, libre, igual, directo y secreto), favorece a grupos de personas excluidas o poco protegidas por los sistemas tradicionales de votación (analfabetos, ciegos,...), agiliza de manera notable el recuento y evita o aminora los fraudes, como se ha constatado en el caso paradigmático de Brasil -con sus propias “debilidades”²⁷⁵-, la dimensión objetiva de este derecho convierte la introducción del voto electrónico en un “mandato de optimización”

²⁷³. Puede consultarse su trabajo *A better ballot box?. New eletronic voting systems pose risks as well as solutions*, disponible en <http://www.notablessoftware.com/Papers/1002evot.pdf>

²⁷⁴. Puede consultarse en <http://www.coe.int/>

²⁷⁵. Véase el *Fórum do voto eletrônico*, <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/forum.htm>; también en *Sistemas electrónicos de votación: fortalezas y debilidades...*, http://www.mininterior.gov.ar/elecciones/nuevas_tecnologias/n_tecnologias.asp

para los poderes públicos.

Debe, finalmente, hacerse mención a un aspecto derivado de la implantación del voto electrónico que ha suscitado alguna controversia: la desaparición o el mantenimiento de la posibilidad del voto nulo, que ya no dependerá, como en el sistema de votación en papel, en exclusiva de la voluntad del elector, sino de que el Legislador decida mantener abierta esa opción, como, por ejemplo, sucede en España en la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco²⁷⁶.

Voto
electrónico
"nulo"

A nuestro juicio, la eliminación de esa posibilidad, que no plantea mayores problemas técnicos con un sistema "RED", no menoscaba en absoluto el derecho fundamental al sufragio, pues entre el haz de facultades protegido por este derecho no hay motivos para incluir una opción que no constituye en sentido estricto una forma de participar en la formación de las decisiones políticas y de las normas a través de las que se expresa la voluntad popular.

El voto se ejerce tomando parte en los procesos de elaboración y aprobación de las decisiones relativas al desempeño del poder, conformando así el estatuto político de la comunidad y a la propia comunidad como una entidad política, y ninguna conformación se produce a través del voto nulo, que puede ser una forma de ejercicio de la libertad personal o ideológica, pero no necesariamente del derecho de sufragio²⁷⁷.

²⁷⁶. "Artículo 132 Bis.- El sistema de voto electrónico incluye los siguientes elementos: a) La tarjeta con banda magnética de votación. b) La urna electrónica. c) La pantalla de votar. d) La cabina electoral. e) El software o programa informático electoral. II.-1.-El software electoral de la urna electrónica y de la pantalla de votar es el conjunto de programas informáticos que permiten realizar, conforme a lo previsto en la presente Ley, la apertura y cierre de la urna, la votación con tarjetas con banda magnética validadas por la Mesa, el control del número de tarjetas con banda magnética registradas en la urna, el escrutinio y la transmisión de los resultados electorales de la Mesa. 2.-Además, para cada circunscripción electoral el software electoral deberá contener los datos referentes a las especificaciones siguientes: a) Fecha del proceso electoral. b) Denominación y, en su caso, sigla y símbolo de cada candidatura proclamada, así como la opción de voto en blanco y de voto nulo, en el orden y modo indicado en el artículo 132 Quater I.2 de esta Ley. Artículo 132 Quater - Votación electrónica I.- 1.- Los electores se acercarán uno por uno a la Mesa Electoral que les corresponda y uno de los Vocales de la Mesa les entregará una tarjeta con banda magnética de votación validada. 2.- A continuación, el elector deberá entrar en la cabina electoral e introducir en la pantalla de votar la tarjeta con banda magnética de votación, para efectuar la selección de la opción deseada. A estos efectos, figurarán las denominaciones, siglas y símbolos de las candidaturas en la circunscripción electoral correspondiente, colocadas por filas de izquierda a derecha según el orden de proclamación de las mismas, así como la opción de voto en blanco y de voto nulo en últimos lugares. Artículo 132 Quinqués - Escrutinio electrónico en las Mesas Electorales y escrutinio general I.- Será voto nulo: a) El voto emitido en tarjeta con banda magnética grabada con la opción de voto nulo. b) El voto emitido en tarjeta con banda magnética sin tener grabada opción alguna, por no haber sido utilizada la misma en la pantalla de votar".

²⁷⁷. Rechaza también el establecimiento de una opción de voto nulo Alejandro TULLIO: "Organización, administración y actores electorales frente a las nuevas tecnologías, en María Inés TULA (coordinadora) *Voto electrónico...*, pág. 55; defienden la conveniencia democrática de la opción del voto nulo Josep M^a RENU I VILAMALA/Jordi BARRAT I ESTEVE [2004] *Legal and Social Issues in Electronic Voting. Report on the Catalan Essays during the Elections of November, 2003* en Julian Padget / Ricardo Neira / Juan Luis Díaz de León (eds.) *e-Government and e-Democracy*, (Col. "Research on Computing Science" - 8), México DF, Instituto Politécnico Nacional, pp. 129-137. ISBN: 970-36-0152-9; este trabajo puede consultarse en Jordi

Una vez analizado el voto electrónico presencial es necesario ocuparse de la emisión del sufragio a distancia, cuestión a la que nos referimos en su momento a propósito del voto por correspondencia, que, como ya se ha dicho, impone unos condicionantes temporales y administrativos que pueden dificultar el ejercicio del sufragio, por lo que podría pensarse en la posibilidad de desarrollar un sistema de voto por Internet o a través del correo electrónico²⁷⁸.

Se trataría, a diferencia de lo que hemos visto antes, de un voto electrónico a distancia, bien desde un ámbito propio del elector (su domicilio, su lugar de trabajo, un centro privado,...) o desde un espacio público habilitado con esta finalidad, en el que podría emplearse una amplia diversidad de instrumentos (una computadora u ordenador personal, un teléfono, un televisor digital,...).

El sistema consistiría, en esencia, en que el ciudadano podría ejercer su derecho previa identificación a través de un número digital personalizado (PIN), transmitiéndose su decisión por medio de la red de comunicaciones hasta la urna digital remota o servidor central.

En esta materia es de cita obligada la Ley colombiana sobre el voto electrónico (892 de 2004), pues aunque no prevé de manera expresa la implantación de un voto electrónico remoto sí contempla esa eventualidad, no en vano su artículo 2 dice que “para los ciudadanos colombianos domiciliados en el exterior la Organización Electoral implementará el mecanismo electrónico de inscripción y votación con la cobertura que facilite su participación en los comicios electorales”. Salvo que este mandato implique que los ciudadanos colombianos residentes en el exterior voten electrónicamente de forma presencial en los lugares habilitados al efecto, la única alternativa es que puedan hacerlo a distancia, con lo que se habilita a la administración electoral para introducir el sufragio electrónico remoto.

Pero, sin duda, el Estado de referencia es Estonia, que realizó la primera experiencia “real” del voto electrónico a distancia en unas elecciones legislativas, las de 4 de marzo de 2007²⁷⁹. Este sistema se introdujo en 2002 para las elecciones locales, entre

BARRAT I ESTEVE (2004) *Marco jurídico para la implantación de las urnas electrónicas*, Simposio "Urna electrónica para la emisión del voto ciudadano", Instituto Electoral del Distrito Federal, Mexico DF [forthcoming]; comparte esta opinión favorable a la habilitación técnica del voto nulo, JAVIER LORENZO RODRÍGUEZ: “El voto electrónico en España. Historia, experiencias y percepción ciudadana ante los nuevos sistemas de votación”, en María Inés TULA (coordinadora): *Voto electrónico*,..., pág. 200.

²⁷⁸. Sobre el tratamiento de estas cuestiones en Estados Unidos, véase ALVAREZ/HALL: *Point, click, and vote. The future of internet voting*, Brookings Institution Press, Washington, 2004.

²⁷⁹. Sobre el voto electrónico en Estonia, Ülle MADISE: “Legal and political aspects of the Internet voting: Estonian case”, en Josep M. RENIU (ed.): *E-Voting: The last electoral revolution*,..., págs. 45y sigs.; sobre

otros motivos, para incrementar la participación, sobre todo de los jóvenes. El Tribunal Constitucional avaló su compatibilidad con la Norma Fundamental y su carácter no discriminatorio. En 2005 lo usaron 9.287 electores (el 1,85% de los votantes) y en las elecciones legislativas de 2007 940.000 ciudadanos pudieron votar por Internet enviando sus papeletas de voto vía electrónica antes del día de las elecciones. Lo hicieron unos 30.000; el resto de los electores ejerció el derecho de sufragio de manera tradicional, es decir con urna y papeleta.

El voto por Internet se ejerce entre el 6º y el 4º día anterior al de las elecciones y exige tener un documento de identidad electrónico, del que dispone ya la práctica totalidad de la población. Se ejerce a través de dos PIN: uno para elegir el voto y otro para encriptarlo. El voto por Internet se invalida si después se ejerce presencialmente. La Comisión Nacional Electoral es el órgano responsable de la gestión, aunque ha sido desarrollado por una compañía privada.

La cuestión fundamental que plantea el sufragio electrónico a distancia es la de la garantía frente las amenazas a la emisión libre y secreta del sufragio, y a los eventuales, y perfectamente imaginables, intentos de fraude (por manipulación o suplantación de la identidad del elector, alteraciones en la transmisión de los sufragios, en el recuento,...).

Aunque es bien sabido que la seguridad absoluta no se ha alcanzado en ninguna de las configuraciones actuales del procedimiento electoral, en los sistemas democráticos más consolidados el riesgo es mínimo y, en todo caso, su materialización en supuestos concretos no ha cuestionado la legitimidad del sistema.

En lo que respecta al carácter libre y secreto del sufragio y a la efectiva coincidencia entre la voluntad del elector y la decisión finalmente registrada, las garantías que hoy presenta el sistema presencial de votación, bien a través de papeletas bien por medio del voto electrónico, no se han extendido todavía al voto electrónico a distancia, pues a pesar del empleo de mecanismos de encriptación y otras medidas de seguridad, no se ha alcanzado en el momento presente un desarrollo suficiente del *software* ni de los métodos de criptografía, con lo que nos encontramos ante un conjunto de insuficiencias (riesgo de ataques que bloqueen el sistema o hagan posible el fraude; dificultades para la acreditación del voto y, en su caso, para realizar impugnaciones y recursos; posibilidad real

de manipular las líneas de código de programas para conocer la identidad del votante;...) tales que en muchos países han desaconsejado por ahora su implantación²⁸⁰.

No en vano, uno de los proyectos más ambiciosos en materia de voto electrónico a distancia, el *Secure Electronic Registration and Voting Experiment* (SERVE), promovido por el Gobierno de Estados Unidos y pensado para permitir el voto de los ciudadanos de los Estados Unidos que vivan fuera del país y para el personal militar destinado en el extranjero, ha sido abandonado ante los numerosos fallos de seguridad que presenta y que, en palabras de algunos de los más prestigiosos expertos en esta materia, pueden resumirse en los siguientes: carácter cerrado y privado del *software*, especial vulnerabilidad a los ataques informáticos en sus múltiples variantes, tanto por personas vinculadas al sistema informático como por sujetos ajenos al mismo, insuficiente garantía de la confidencialidad del voto,...²⁸¹.

Estas objeciones de índole tecnológica tienen, como es evidente, implicaciones de carácter sociopolítico, entre las que destacan la poca transparencia que ofrecen hasta ahora estos métodos y la consiguiente ausencia de confianza social en su seguridad, a lo que no es ajena la circunstancia, de sobra constatada, de que ninguna institución pública (el Gobierno de Estados Unidos) o privada (las empresas Microsoft, Yahoo,...), por poderosa que sea, resulte inmune a los fallos de seguridad.

Es cierto que la inseguridad electrónica no es óbice para que cada vez se desarrollen más actividades de carácter no presencial por esa vía, especialmente en el ámbito comercial, pero, a diferencia de lo que ocurre en estas operaciones, en los procesos políticos de toma de decisiones son difícilmente remediabiles a posteriori los errores o fraudes que alteren de manera determinante el resultado. Por otra parte, ¿con qué legitimidad social y política puede introducir el Legislador un procedimiento para el ejercicio de la soberanía popular cuando de antemano debe de admitir su falibilidad?

Advertido lo anterior, cabe concluir que en materia de participación política cualquier cambio legal debe orientarse a facilitar el ejercicio del derecho de sufragio, suturando así la “brecha política” y permitiendo que los ciudadanos participen de manera

²⁸⁰. Véase el estudio de KOHNO/STUBBLEFIELD/RUBIN/WALLACH: “Analysis of an Electronic Voting System” presentado en el *IEEE Symposium on Security and Privacy 2004*. IEEE Computer Society Press, Mayo 2004; está disponible en <http://www.avirubin.com/>; de Avi RUBIN puede consultarse también su trabajo *Security Considerations for Remote Electronic Voting over the Internet*, en <http://avirubin.com/e-voting.security.html>

²⁸¹. Véase el minucioso trabajo de JEFFERSON, RUBIN, SIMONS/WAGNER: *A security análisis of de Secure Electronic Registration and Voting Experiment (SERVE)*, que está disponible en <http://servesecurityreport.org/paper.pdf>

efectiva en el gobierno de la sociedad.

El voto electrónico debe estar, pues, al servicio de la superación de la brecha digital²⁸² entre Estados y ciudadanos y, sobre todo, de la brecha política; si lo consigue, su introducción será una buena elección para la comunidad y significará para la democracia más el fuego de Prometeo que los males que escaparon de la caja de Pandora, donde, por cierto, quedó a salvo la esperanza.

²⁸². Según el “Estudio sobre la Brecha Digital y sus Repercusiones en los Países Miembros de la ALADI”, de 30 de julio de 2003, preparado por la Secretaría General de la Asociación Latinoamericana de Integración, “el desarrollo del voto electrónico ha puesto a Brasil en la vanguardia mundial, en cuanto a servicios ciudadanos para la democracia. Si bien otros países han desarrollado iniciativas similares, la mayoría han sido limitadas o bajo la forma de plan piloto. Brasil ha sido uno de los pioneros mundiales en este campo, acercando y simplificado la participación democrática en el país...” (pág. 72). Por ello, más adelante se dice que “a partir de los amplios antecedentes internacionales existentes y potenciando las experiencias nacionales, resulta recomendable la instalación de nuevos sitios que permitan a los habitantes obtener servicios por parte del Estado. El mayor poder inductor en el uso de las TIC, por parte de los habitantes, se alcanzará implementando aquellos trámites más frecuentes y de mayor impacto social, dejando los menos habituales para etapas posteriores. A este respecto, existen tres grupos de servicios que poseen una virtualidad inductora muy importante: a) Los servicios denominados “facilitadores” de las obligaciones del ciudadano y de las empresas con el Gobierno (declaración y pago de impuestos, posibilidad del ejercicio del voto electrónico, por ejemplo);...” (pág. 156). Puede consultarse en <http://www.aladi.org/nsfaladi/estudios.nsf/vestudiosydocumentosweb/169F2E26BFC7A23C03256D74004D6C5F>

“Debe ponerse ante todo de manifiesto la conexión inescindible existente entre el derecho fundamental de sufragio y la inscripción censal, pues, dado que sólo tendrán la condición de electores, y podrán ser elegibles, los ciudadanos que figuren inscritos en el censo, la inclusión en éste constituye un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio. Es cierto que se trata de dos derechos de naturaleza distinta -la inscripción censal es de naturaleza declarativa de la titularidad del derecho de voto y no constitutiva de la misma-, pero no existe un derecho a tal inscripción separado del de sufragio, y éste comprende el de ser inscrito en el censo... Dada la relevancia de la inscripción censal en el ejercicio del derecho fundamental de sufragio, el censo se convierte así en un instrumento indispensable para dicho ejercicio.”

Tribunal Constitucional español, Sentencia nº 154/1988, de 21 de julio de 1988 (F. 3)²⁸³.

XV.- La naturaleza declarativa de la inscripción en el censo o padrón electoral.

A lo largo de este trabajo nos hemos referido a los requisitos de carácter positivo y negativo que configuran la capacidad jurídica electoral. Pero para tener capacidad electoral de obrar suele exigirse, además, el registro o inscripción del elector en el censo o padrón correspondiente.

Inscripción censal para el ejercicio del voto

No nos detendremos aquí en el significado político que tuvo esta inscripción durante el siglo XIX como instrumento para la selección del cuerpo electoral a partir de criterios económicos fundados en la obtención de una renta o en la titularidad de bienes muebles e inmuebles (sufragio censitario), o, bien avanzado el siglo XX, la implantación de pruebas de conocimiento y alfabetización (sufragio capacitario) como mecanismo que sirvió, en Estados Unidos, para la exclusión del censo por motivos de raza²⁸⁴.

Sufragio censitario y capacitario

Nos centraremos en el significado del registro en un ordenamiento plenamente democrático²⁸⁵ y, de modo particular, en la naturaleza de esta inscripción en lo que respecta al sufragio activo.

El censo, padrón o registro electoral contiene la inscripción de quienes reúnen los requisitos para ser elector y no están privados, de manera definitiva o temporal, del derecho de sufragio. No resulta sencillo realizar consideraciones de carácter general en

Registros o padrones electorales

²⁸³. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

²⁸⁴. Sobre la lucha legislativa y jurisprudencial contra esta forma de exclusión del sufragio basada en la raza, véase la obra *Quiet Revolution in the South: The Impact of the Voting Rights Act, 1965-1990*, coordinada por Chandler DAVIDSON y Bernard GROFMAN, Princeton University Press, 1994. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo son de obligada mención los asuntos *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301, de 7 de marzo de 1966, http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0383_0301_ZO.html; *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641, de 13 de junio de 1966, http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0384_0641_ZO.html, y *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112, de 21 de diciembre de 1970, http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0400_0112_ZO.html

²⁸⁵. A este respecto es obligada la cita de la obra de W. J. M. MACKENZIE: *Elecciones libres*, Tecnos, Madrid, 1962, págs. 125 y sigs.

materia de registro electoral, pues de un Estado a otro varían cuestiones tan importantes como que venga incluido de una forma u otra en la Constitución (Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Uruguay) o su regulación sea enteramente legal (España, Estados Unidos); su carácter permanente (España, México) o temporal (Estados Unidos); su naturaleza exclusiva o preferentemente electoral (Argentina, España, Honduras, México, Panamá, Venezuela) o como parte integrante del registro civil general (Colombia, Costa Rica, Guatemala, Perú, Uruguay); que sea único para todos los electores (Venezuela) o especial, por ejemplo, para los residentes en el exterior (Argentina, República Dominicana); que la inscripción la realicen de oficio los poderes públicos competentes (Costa Rica, España) o deba ser instada por los ciudadanos (Estados Unidos, México); que sea obligatoria la inscripción (Bolivia, Brasil, El Salvador, España, México, Uruguay) o se configure como un derecho del ciudadano (Chile),

No obstante esta diversidad normativa, pueden esbozarse una serie de principios generales: en primer lugar, si la inscripción en el censo o registro electoral es necesaria para la emisión efectiva del sufragio, la misma ha de producirse en tanto se faciliten los datos exigidos en esta materia -en general, la nacionalidad, la edad y el lugar de residencia- por las disposiciones correspondientes. Si por parte de las autoridades competentes se le niega al elector la inscripción, el interesado debe poder hacer uso de los recursos administrativos y jurisdiccionales, para lo que es imprescindible la articulación de estos instrumentos de garantía. Así, en palabras de la Sala Superior del Tribunal Electoral de México (sentencia de 10 de julio de 2009):

“Para ejercer el derecho a sufragar, los ciudadanos deben cumplir con los requisitos establecidos para tal efecto por las leyes electorales, a saber, aparecer en la lista nominal correspondiente y contar con la credencial para votar con fotografía, según se desprende de los artículos 175, 176 y 181 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Frente a tal obligación ciudadana, se encuentra, a su vez, el imperativo de las autoridades electorales administrativas, de facilitar el citado registro y la consecuente expedición de la credencial para votar con fotografía, salvo cuando exista impedimento legal para hacerlo; por tanto, la negativa injustificada de realizar cualquiera de estas gestiones, implica la limitación al derecho político-electoral de ejercer libremente el voto”²⁸⁶.

Y es que los instrumentos necesarios para el ejercicio de este derecho afectan de lleno al contenido del derecho fundamental al sufragio activo, lo que significa que forma parte del sufragio el derecho a la inscripción en el censo electoral. Dicho desde una perspectiva negativa, la no inclusión de una persona con capacidad electoral -de un elector-

Inscripción
censal
declarativa, no
constitutiva

²⁸⁶. <http://www.trife.gob.mx/index.asp>

en el censo constituye una privación de su derecho a participar en los asuntos públicos²⁸⁷.

En segundo lugar, y a diferencia de lo que ocurría con el sufragio censitario donde la inclusión en el censo era un elemento constitutivo del voto, con un sufragio de carácter universal la inscripción censal no es más que una declaración de que la persona posee los requisitos necesarios para ostentar la condición de titular del derecho de sufragio o una prueba de esa condición.

El individuo tiene así “derecho” a estar inscrito en el censo y la Administración electoral tiene la obligación de llevar a cabo la mencionada inscripción o registro y ello con independencia de que, por exigencias constitucionales o legales, además el elector esté obligado a inscribirse. Lo importante es que la inscripción es un acto debido para el poder público encargado del registro electoral. Así, por citar un ejemplo, en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales mexicano se incluye tanto la obligación del elector (artículo 139: “los ciudadanos están obligados a inscribirse en el Registro Federal de Electores”) como la del Instituto Federal Electoral (artículo 140: “el Instituto Federal Electoral debe incluir a los ciudadanos en las secciones del Registro Federal de Electores y expedirles la Credencial para Votar”).

²⁸⁷. Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional español (STC 154/1988, F. 3) ha declarado que “debe ponerse ante todo de manifiesto la conexión inescindible existente entre el derecho fundamental de sufragio y la inscripción censal, pues, dado que sólo tendrán la condición de electores, y podrán ser elegibles, los ciudadanos que figuren inscritos en el censo, la inclusión en éste constituye un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio. Es cierto que se trata de dos derechos de naturaleza distinta -la inscripción censal es de naturaleza declarativa de la titularidad del derecho de voto y no constitutiva de la misma-, pero no existe un derecho a tal inscripción separado del de sufragio, y éste comprende el de ser inscrito en el censo.... Dada la relevancia de la inscripción censal en el ejercicio del derecho fundamental de sufragio, el censo se convierte así en un instrumento indispensable para dicho ejercicio.” Véase, en este mismo sentido, la STC 148/99, F. 7, ambas disponibles en

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada... no tiene Constitución”.

Artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789²⁸⁸.

XVI.- Las garantías del derecho de voto.

La participación de los ciudadanos en el gobierno político de la comunidad mediante el ejercicio del voto ha de protegerse frente a las amenazas susceptibles de poner en peligro la eficacia de este derecho fundamental, que pueden provenir tanto de los poderes públicos como de otros ciudadanos. En el caso que nos ocupa, la defensa frente a esos peligros se articula, en primer término, a través de unas normas que regulan el ejercicio del derecho. Como estos requisitos pueden resultar vulnerados es imprescindible, además, arbitrar los mecanismos de control jurídico y las sanciones oportunas.

1.- Las garantías sustantivas del sufragio activo: las infracciones y los delitos electorales.

Aunque las normas penales son, en esencia, limitativas de un derecho fundamental, normalmente el de la libertad personal, también sirven para garantizar el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho de voto que ahora nos ocupa, pues el bien jurídico protegido por la norma sancionadora es, precisamente, el propio derecho de sufragio: su carácter libre, su ejercicio de manera secreta, etcétera. Con la tipificación penal y administrativa de comportamientos que impiden o dificultan la libertad de decisión de los titulares del derecho de voto se pretende, además de tutelar este derecho, dotar de protección eficaz al proceso electoral mismo²⁸⁹, pues si la voluntad de los electores no se forma y manifiesta de manera libre tampoco tendrá este atributo la decisión que es su resultado.

Infracciones y delitos electorales

Lo que aquí nos interesa no es lo que se refiere en general a todos los delitos electorales, sino los que constituyen garantías específicas del sufragio activo, que, además, no suelen venir incluidos en el Código Penal, sino en las propias Leyes Electorales²⁹⁰, que actúan así como normas penales específicas y, por tal motivo, son de aplicación preferente sobre la norma penal general, que actuará como supletoria en todo lo no previsto en la legislación electoral y se aplicará en materia de garantías penales y disposiciones generales

²⁸⁸. <http://constitucion.rediris.es/principal/versionoriginal-declaration1789.htm>

²⁸⁹. En este mismo sentido, véase la voz “Delitos electorales”, de la que son autores Francisco MUÑOZ CONDE y Ángela SALAS HOLGADO, en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, volumen II, págs. 2084 y 2085.

²⁹⁰. Es lo que ocurre, por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, España, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

sobre aplicación de la ley, personas responsables, delitos y consecuencias de la infracción penal.

En esta legislación penal especial suelen comprenderse una serie de conductas contrarias al derecho de sufragio activo caracterizadas por la comisión de las mismas por parte de “funcionarios públicos”, categoría que incluye tanto a los que tienen esa consideración profesional de modo permanente como a las personas que, sin ser empleados públicos, desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones.

Las conductas de estos “funcionarios” susceptibles de atentar contra el sufragio se refieren, para expresarlo con algunos ejemplos, a la formación, conservación y exhibición del censo o padrón electoral²⁹¹; al planteamiento, sin motivo racional, de dudas sobre la identidad de las personas o la entidad de sus derechos²⁹²; al incumplimiento de los trámites establecidos para el voto por correspondencia²⁹³; a los fraudes en la anotación de los votantes o el recuento de los electores, y al consentimiento, pudiendo evitarlo, de que una persona vote dos o más veces o lo haga careciendo de capacidad para ello²⁹⁴.

En segundo lugar, se prevé la conducta de los particulares que, de una u otra manera, atenten contra el ejercicio del derecho de sufragio o perturben el desarrollo de la votación²⁹⁵.

En tercer lugar, se sanciona a los que voten dos o más veces en la misma elección o voten dolosamente sin capacidad para hacerlo²⁹⁶.

²⁹¹. En Argentina, artículo 143 del Código Electoral Nacional: “Falsificación de padrones y su utilización. Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que falsificare un padrón electoral y al que a sabiendas lo utilizare en actos electorales”.

²⁹². Así, en Paraguay, artículo 317 del Código Electoral: “el funcionario que incurriere en alguno de los hechos que a continuación se tipifican sufrirá la pena de seis meses a un año de penitenciaría, más una multa equivalente a trescientos jornales mínimos y la inhabilitación especial para ser elector o elegible por tres años:... b) el que, sin causa justificada suspendiere el acto electoral o basado en dudas injustificadas sobre la identidad de los votantes, impidiere sistemáticamente su legítimo derecho del sufragio...”

²⁹³. En España, artículo 139 LOREG: “Serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas los funcionarios públicos que dolosamente: 8. Incumplan los trámites establecidos para el voto por correspondencia”.

²⁹⁴. Por ejemplo, en Venezuela, artículo 256 de la Ley Orgánica de Sufragio y Participación Política, “serán penados con prisión de seis (6) meses a un (1) año: 9. El miembro o secretario de una Mesa electoral que se niegue a firmar las actas electorales, o cuando consientan una votación ilegal doble o suplantada”.

²⁹⁵. En Argentina, artículo 136 del Código Electoral Nacional: “Expendio de bebidas alcohólicas. Se impondrá prisión de quince días a seis meses, a las personas que expendan bebidas alcohólicas desde doce horas antes y hasta tres horas después de finalizado el acto electoral”.

²⁹⁶. En Panamá, “Delitos contra la Honradez del Sufragio: artículo 329 (Del Código Electoral) Se sancionará con pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de los derechos ciudadanos e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por uno a dos años, a quienes: 2. Emitan su voto en una elección sin tener derecho para ello”. Artículo 330. “Se sancionará con pena de prisión de seis meses a tres años y suspensión de los derechos ciudadanos e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por uno a tres años, a las personas que: 4. Voten más de una vez en la misma elección”.

Para terminar con este recorrido, meramente ilustrativo y no exhaustivo como ya se ha dicho, debe recordarse que también se tipifican una serie de conductas ilícitas que, en esencia, constituyen cohecho o coacciones a los electores y que representan de manera evidente la lesión del principio de libertad del sufragio²⁹⁷.

Existen, además, delitos específicos de los ordenamientos que configuran el voto como un deber cuyo incumplimiento lleva aparejado una sanción²⁹⁸; de los sistemas que imponen el carácter secreto del sufragio al propio elector²⁹⁹, o de los que han desarrollado el voto electrónico³⁰⁰.

Finalmente, además de estos delitos, y como instrumento adicional de garantía, se suele contemplar las “infracciones” o “faltas electorales”, considerados comportamientos reprochables de menor entidad³⁰¹.

La atribución de competencias sancionadoras puede recaer, dependiendo a veces de la entidad de la infracción, en un órgano administrativo (en España en el caso de las infracciones menores) o judicial electoral (Brasil, Panamá) o puede estar asignada la competencia a la jurisdicción penal ordinaria (República Dominicana, Venezuela).

2-. Las garantías procedimentales: la rigidez constitucional y las reservas legales.

Sobre estas garantías no nos extenderemos pues, en parte, ya han sido comentadas

Intangibilidad y
rigidez
constitucional
del voto

²⁹⁷. En España, artículo 146 LOREG: “1. Serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas: a) Quienes por medio de recompensas, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención. b) Quienes con violencia o intimidación presionen sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto del voto. c) Quienes impidan o dificulten injustificadamente la entrada, salida o permanencia de los electores, candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en los que se realicen actos del procedimiento electoral. 2. Incurrirán en la pena señalada en el número anterior y además, en la inhabilitación especial para cargo público, los funcionarios públicos que usen de sus competencias para algunos de los fines señalados en este artículo”.

²⁹⁸. En Chile, artículo 139 de la Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, “el ciudadano que no votare será penado con multa a beneficio municipal de media a tres unidades tributarias mensuales”.

²⁹⁹. Así, de acuerdo con el artículo 142 del Código Electoral Nacional argentino, “se impondrá prisión de uno a dieciocho meses al elector que revelare su voto en el momento de emitirlo”.

³⁰⁰. En Brasil, artículo 72 de la Ley 9.504, “constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos: I - obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos; II - desenvolver ou introduzir comando, instrução, ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral;...”.

³⁰¹. En Bolivia, artículo 194 del Código Electoral, “todo acto u omisión en el cumplimiento de los deberes electorales constituye falta electoral. Toda acción u omisión dolosa o culposa, violatoria de las garantías que establece este código, constituye delito electoral”; en España, vienen definidas en el artículo 153.1 LOREG: “Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 20.000 a 200.000 pesetas si se trata de autoridades o funcionarios y de 5.000 a 100.000 si se realiza por particulares....”

al hablar del desarrollo normativo del derecho de sufragio y, además, es de sobra conocida la garantía que ofrece la incorporación de un derecho a un texto constitucional, que no es otra que su sustracción a la disponibilidad del Legislador y su sometimiento, en caso de que se pretenda modificarlo o suprimirlo, a los procedimientos de reforma constitucional previstos en la Norma Fundamental de que se trate. Este rasgo es característico de las Constituciones democráticas, lo que impide que se produzca el fenómeno, frecuente durante el siglo XIX, de que el objeto del sufragio sea determinado por el Legislador ante el silencio del texto constitucional.

En algunos ordenamientos, la Constitución dota de una especial protección o rigidez a los preceptos que tienen que ver de manera directa con el principio democrático y el derecho de voto, exigiendo una consulta popular para su reforma³⁰², o, además, la aprobación por parte de una mayoría parlamentaria especialmente reforzada³⁰³, llegando al grado máximo de protección, en la línea de las constituciones alemana³⁰⁴ y portuguesa³⁰⁵,

³⁰². Es lo que sucede, por ejemplo, en la Constitución colombiana, en cuyo artículo 377 se dice que “deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral”; es decir, que si se quiere modificar el artículo 40, incluido dentro del Capítulo 1 del Título II, sería necesario en todo caso un referendo.

³⁰³. En España, la reforma del artículo 23 de la Norma Fundamental, que reconoce la participación política directa o por medio de representantes, goza del mayor grado de protección, pues su eventual modificación o supresión tendría que articularse a través del procedimiento agravado de reforma regulado en el artículo 168, donde se exigen una serie de requisitos que hacen harto complicado el cambio: “1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o de una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección 1ª del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”. Debe añadirse, no obstante, que no todos los aspectos de la participación política gozan de esta protección preferente, por lo que habrá elementos del derecho que podrían ser alterados a través del procedimiento menos agravado previsto en el artículo 167. Incluso, como ya se ha comentado, uno de los requisitos exigibles para el ejercicio pleno de la participación como es el de tener los dieciocho años cumplidos podría ser modificado a través de la reforma de la Ley Electoral.

³⁰⁴. De acuerdo con el artículo 79.3, “no está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20” y en artículo 20 se proclama que “1. la República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. 2. Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. 3 El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho. 4. Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso”.

³⁰⁵. Artículo 288: “Las leyes de revisión constitucional deberán respetar: a) La independencia nacional y la unidad del Estado; b) La forma republicana de gobierno; c) La separación de las Iglesias y el Estado; d) Los

cuando se declaran irreformables esos preceptos, con lo que no se podrían suprimir las elecciones y por tanto el derecho de sufragio³⁰⁶.

Ya se habló con anterioridad de la protección consistente en la reserva a la Ley del desarrollo de los aspectos esenciales del derecho de sufragio, reserva que en algunos ordenamientos alcanza un grado mayor al requerirse que se trate de una Ley Orgánica, Ley Constitucional o denominación equivalente, con un procedimiento más agravado, en el sentido de exigir un acuerdo parlamentario más amplio, para su aprobación o reforma, como sucede, por ejemplo, en España³⁰⁷, Guatemala³⁰⁸, Perú³⁰⁹ y Portugal³¹⁰.

Reservas legales
reforzadas

3-. Las garantías orgánicas e institucionales.

Dentro de estas garantías se pueden incluir los órganos e instituciones cuya existencia tiene como finalidad la protección y salvaguarda del derecho de participación a través del voto.

Poder electoral
e instituciones
electorales

En términos generales, existen una serie de órganos que garantizan el sufragio y, de

derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; e) Los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales; f) La coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción; g) La existencia de planes económicos en el ámbito de una economía mixta; h) El sufragio universal, directo, secreto y periódico en la designación de los titulares electivos de los órganos de soberanía, de las regiones autónomas y del gobierno local, así como el sistema de representación proporcional; i) El pluralismo de expresión y organización política, incluyendo los partidos políticos, y el derecho de oposición democrática;...”.

³⁰⁶. Por citar el ejemplo de la República Dominicana, su Constitución proclama en su artículo 119 que “ninguna reforma podrá versar sobre la forma de Gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo”.

³⁰⁷. El artículo 81 de la Constitución establece que “1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del Proyecto”.

³⁰⁸. El artículo 223 declara que “todo lo relativo al ejercicio del sufragio, los derechos políticos, organizaciones políticas, autoridades y órganos electorales y proceso electoral, será regulado por la ley constitucional de la materia”; previamente, el artículo 175.2 dispone que “las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad”.

³⁰⁹. La Constitución peruana (artículo 31) atribuye a los ciudadanos “el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”, y, de acuerdo con el artículo 106, “los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

³¹⁰. Artículo 168.6.c): Carecem de aprovação por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções: a) A lei respeitante à entidade de regulação da comunicação social; b) As normas que disciplinam o disposto no n.º 2 do artigo 118.º; c) A lei que regula o exercício do direito previsto no n.º 2 do artigo 121.º...

manera más amplia, el proceso electoral y que, dependiendo del contexto histórico y político y de la cultura jurídica presentan un amplio espectro organizativo, competencial y funcional³¹¹.

El tratamiento pormenorizado de las instituciones encargadas de la supervisión de los procesos electorales demanda un espacio propio que excede con mucho de las pretensiones de este trabajo, a lo que se suma la especial riqueza de las estructuras organizativas existentes en Iberoamérica. A modo de simple enunciación, cabe recordar la existencia de órganos e instituciones considerados Poder del Estado, similar al Legislativo, Ejecutivo y Judicial, como sucede en Nicaragua³¹²; los que constituyen una organización administrativo-judicial autónoma, como la de la República Dominicana³¹³ o Perú³¹⁴; los que integran una jurisdicción especializada, como ocurre con los Tribunales Electorales en Brasil³¹⁵, México³¹⁶ y Paraguay³¹⁷ y con la Justicia Electoral en Argentina³¹⁸, pasando por los que forman una estructura administrativa que dicta resoluciones de esta naturaleza y cuyas decisiones son recurribles ante órganos jurisdiccionales ordinarios o especializados, como es el caso de Chile (Servicio Electoral)³¹⁹, Colombia (Consejo Nacional Electoral)³²⁰, España (Juntas Electorales) o Venezuela (Consejo Nacional Electoral)³²¹, encontrándonos también con entramados judiciales autónomos del Poder Judicial ordinario y que resuelven de manera definitiva (Bolivia³²², Costa Rica³²³, Ecuador³²⁴, Guatemala³²⁵), o que están sometidos a un control de constitucionalidad (Honduras³²⁶, Panamá³²⁷).

³¹¹. Véase una muestra de esta riqueza, así como de los principios por los que deberían regirse, en la parte relativa a la Administración Electoral del “Proyecto ACE”; está disponible en: <http://www.aceproject.org/main/espanol/em/em.htm>.

³¹². De acuerdo con el artículo 129 de la Norma Fundamental, “los poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral son independientes entre sí y se coordinan armónicamente, subordinados únicamente a los intereses supremos de la nación y a lo establecido en la presente Constitución”. El Capítulo VI del Título VIII es el del Poder Electoral y sus dos primeros artículos disponen lo siguiente: artículo 168, “al Poder Electoral corresponde en forma exclusiva la organización, dirección y vigilancia de las elecciones, plebiscitos y referendos”; artículo 169, “el Poder Electoral está integrado por el Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales subordinados”. <http://www.cse.gob.ni/>

³¹³. <http://www.jce.do/>

³¹⁴. <http://www.jne.gob.pe/>

³¹⁵. <http://www.tse.gov.br/>

³¹⁶. <http://www.trife.gob.mx/index.asp>

³¹⁷. <http://www.tsje.gov.py>

³¹⁸. <http://www.pjn.gov.ar/>

³¹⁹. <http://www.servel.cl/SERVEL/index.aspx?channel=5>

³²⁰. <http://www.cne.gov.co/>

³²¹. <http://www.cne.gov.ve/>

³²². <http://www.cne.org.bo/>

³²³. <http://www.tse.go.cr/>

³²⁴. <http://www.tse.gov.ec/>

³²⁵. <http://www.tse.org.gt/>

³²⁶. <http://www.tse.hn/>

³²⁷. <http://www.tribunal-electoral.gob.pa./>

Esta diversidad de entramados institucionales de control del proceso electoral y, en algunos casos, también del propio sistema de partidos políticos, dificulta la tarea de realizar consideraciones de carácter general; no obstante, y por lo que se refiere a la garantía del ejercicio del derecho fundamental de voto, convendría recordar una serie de cometidos, por lo demás bastante evidentes, que deberían presidir la organización y funcionamiento de estas instituciones como garantes del derecho del ciudadano: han de tutelar de manera efectiva la incorporación y la actualización de los titulares del derecho de sufragio en el instrumento administrativo (censo, padrón o registro electoral) que acredita su condición de electores y hace posible su intervención en los procesos electorales; deben supervisar, en su caso, la expedición de los documentos o credenciales necesarios para el ejercicio del voto; tienen que resolver las reclamaciones y recursos presentados por los electores orientándose en su interpretación del ordenamiento jurídico electoral de manera que se favorezca la efectividad de este derecho fundamental, ya que, como recordó el Tribunal Supremo de Canadá (*Sauvé c. Canada -Chief Electoral Officer-*), “debemos continuar el criterio mantenido siempre por el Tribunal ; a saber, que los derechos deben ser interpretados de manera amplia y liberal... Una interpretación amplia y fundada en el objeto es particularmente importante en el caso del derecho de voto. Los autores de la *Carta* han subrayado la importancia privilegiada que reviste este derecho... el artículo 3 debe interpretarse de manera literal y su contenido no debe ser limitado por intereses colectivos opuestos, como ha tratado de defender el Gobierno...”³²⁸.

4-. Las garantías jurisdiccionales.

Como es bien sabido, las jurisdiccionales son las garantías jurídicas encomendadas de modo inmediato a las instituciones del Estado que tienen atribuidas el ejercicio de funciones de esta naturaleza, aunque no siempre estén integradas de modo orgánico dentro del Poder Judicial. Por este motivo deben incluirse aquí tanto las denominadas garantías ordinarias, conferidas a jueces y tribunales, integrantes o no del Poder Judicial, como las que se articulan a través de los recursos ante la jurisdicción constitucional, como sucede, por ejemplo, en los ordenamientos que prevén un recurso de amparo ante el órgano encargado de la justicia constitucional³²⁹.

Garantía
jurisdiccional
del voto

³²⁸. <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html>
<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

³²⁹. Véase, sobre estas cuestiones, el estudio de María Vicenta GARCÍA SORIANO: *Jueces y magistrados en el proceso electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

No nos referiremos aquí a los diferentes instrumentos procesales previstos para proteger el ejercicio efectivo del voto, que varían de manera notable de unos a otros ordenamientos, pero sí haremos una breve mención a las garantías que debe revestir la privación del ejercicio de este derecho.

Hemos visto que con la fijación de una mayoría de edad electoral se establece la presunción de que por encima de esa edad todos los ciudadanos tienen la capacidad intelectual necesaria para participar de manera activa en los asuntos políticos del Estado, con lo que se excluye la posibilidad de imponer un sufragio capacitario. Una vez alcanzada esa edad mínima para el ejercicio del derecho de voto, únicamente se puede excluir a las personas que carezcan de las condiciones intelectivas necesarias para que su intervención sea expresión de una voluntad con capacidad reflexiva y de discernimiento. Esta exclusión procede cuando ha quedado desvirtuada la presunción que se deriva del cumplimiento de la edad y la fórmula que ofrece más garantías para llevarla a cabo es un procedimiento judicial especial en el que se constate de manera expresa la incapacidad para el ejercicio del sufragio.

Esta incapacidad debería ser declarada de manera expresa y, sobrevenidas nuevas circunstancias, debe poder instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida. De esta manera, los internados en un hospital psiquiátrico tienen derecho de sufragio si no se encuentran legalmente incapacitados conforme al procedimiento establecido y lo mismo tendría que ocurrir con los deficientes mentales.

Resulta trasladable aquí el criterio establecido para la privación del sufragio a los presos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Asunto Hirst c. Reino Unido* (nº 2), 6 de octubre de 2005), “no se pueden adoptar a la ligera medidas rigurosas como la privación del derecho de voto; por el contrario, el principio de proporcionalidad exige que exista una relación discernible y suficiente entre la sanción y el comportamiento así como con la situación de la persona afectada. El Tribunal toma nota, a este respecto, de la recomendación de la Comisión de Venecia según la cual la supresión de derechos políticos debe ser acordada por un tribunal en una decisión específica. Como en otros contextos, un tribunal independiente que aplique un procedimiento contradictorio ofrece una sólida garantía contra la arbitrariedad”.

SEGUNDA PARTE

I.- EL derecho de voto como derecho fundamental.

Asunto *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 15 de junio de 1964³³⁰

Reynolds v. Sims

Y concluimos 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....

Indudablemente, el derecho de sufragio es un elemento fundamental en una sociedad libre y democrática. Si consideramos que el ejercicio del derecho de voto de forma libre e incondicionada sirve para proteger los demás derechos civiles y políticos, toda presunta vulneración del derecho de los ciudadanos al voto debe ser analizada con cuidado y de forma meticulosa. Como ya dijimos hace casi cien años, en *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, “el derecho de voto” es “el derecho político fundamental porque garantiza todos los demás derechos.”

Asunto *Hirst c. Reino Unido* (nº 2), Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en Gran Sala, de 6 de octubre de 2005³³¹

Hirst c. Reino Unido

1. El Tribunal ha recordado en diversas ocasiones la importancia de los principios democráticos que sustentan la interpretación y aplicación del Convenio (véase, entre otras, *Partido comunista unificado de Turquía y otros c. Turquía*, sentencia de 30 de enero de 1998, § 45), y aprovecha la ocasión para subrayar que los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo nº 1 son cruciales para el establecimiento y la conservación de los fundamentos de una democracia auténtica regida por el Estado de derecho.

2. Como pone de manifiesto el demandante, el derecho de voto no es un privilegio. En el siglo XXI, en un Estado democrático, la presunción juega en favor del goce de este derecho por el mayor número de personas, como ilustra, por ejemplo, la historia parlamentaria del Reino Unido o de otros países en los que este derecho se ha ido extendiendo de manera progresiva, con el correr de los siglos, a personas distintas a los individuos elegidos, grupos elitistas o sectores de la población que contaban con la venia del poder establecido. El sufragio universal será en lo sucesivo el principio de referencia.

³³⁰. http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0377_0533_ZO.html.

³³¹. <http://cmiskp.echr.coe.int/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua*Sentencia de 23 de junio de 2005³³²*Yatama vs.
Nicaragua*

191. La Corte ha establecido que “[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada”, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. Al ponderar la importancia que tienen los derechos políticos la Corte observa que incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.

192. Este Tribunal ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”. Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político.

194. El artículo 23 de la Convención consagra los derechos a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad.

197. El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política.

198. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.

*II.- El objeto del derecho de voto, su ejercicio y las formas de ejercerlo*Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua**Yatama vs.
Nicaragua*Sentencia de 23 de junio de 2005³³³

194. El artículo 23 de la Convención consagra los derechos a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad.

³³². <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec127.pdf>

³³³. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec127.pdf>

195. Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. Los hechos del presente caso se refieren principalmente a la participación política por medio de representantes libremente elegidos, cuyo ejercicio efectivo también se encuentra protegido en el artículo 50 de la Constitución de Nicaragua.

196. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

197. El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política.

198. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.

Sentencia del Tribunal Constitucional italiano nº 16, de 2 de febrero de 1978³³⁴

3.- Salvando las indicaciones ulteriores para los fines de los distintos juicios de admisibilidad, este Tribunal considera que existen valores de orden constitucional, referibles a las estructuras o a los temas de las peticiones, que deben ser tutelados excluyendo los relativos referendos, más allá de la letra del artículo 75.2 de la Constitución. De aquí derivan, precisamente, no uno sino cuatro distintos conjuntos de razones de inadmisibilidad.

Sentencia del
Tribunal
Constitucional
italiano de 2 de
febrero de 1978

En primer lugar, son inadmisibles la peticiones formuladas de manera que cada cuestión sometida al cuerpo electoral contenga una pluralidad tal de preguntas heterogéneas, carentes de matriz racionalmente unitaria, que no pueda ser reconducida a la lógica del artículo 75 de la Constitución, alejándose manifiesta y arbitrariamente de los

³³⁴. <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>

finés para los cuales la institución del referéndum derogatorio fue introducida en la Constitución, como instrumento de genuina manifestación de la soberanía popular.

En segundo lugar, son inadmisibles las peticiones que no se refieren a actos legislativos del Estado con fuerza de ley ordinaria y tienden a derogar –total o parcialmente– la Constitución, las leyes de revisión constitucional, las “demás leyes constitucionales” consideradas por el artículo 138 de la Constitución, así como también los actos legislativos dotados de una fuerza pasiva peculiar (y por tanto no susceptibles de ser válidamente derogados por leyes ordinarias posteriores).

En tercer lugar, tampoco proceden los referendos cuyo objeto sean disposiciones legislativas ordinarias con contenido constitucionalmente vinculado, cuyo núcleo normativo no pueda ser modificado o privado de eficacia sin que resulten lesionadas las correspondientes disposiciones específicas de la propia Constitución (o de otras leyes constitucionales).

Finalmente, en cuarto lugar, valen las causas de inadmisibilidad textualmente descritas en el artículo 75, que a diferencia de las demás han sido explicitadas por la Constitución, precisamente porque respondían y responden más a particulares elecciones de política institucional, que son inherentes a la propia naturaleza de la institución examinada. Sin embargo, también en este ámbito, queda claro que la interpretación literal debe ser integrada –donde sea necesario– con la lógico-sistemática, por lo que hay que sustraer al referéndum las disposiciones productoras de efectos conectados de forma tan estrecha al ámbito de operatividad de las leyes expresamente indicadas por el artículo 75, que la preclusión se sobreentiende.

...Por una parte, le corresponde a la función natural de la institución (adhiriéndose a algunas importantes indicaciones deducibles de las actas de la Asamblea Constituyente) la exigencia de que la cuestión a plantear a los electores sea formulada en términos simples y claros, con referencia a problemas afines y bien determinados, y que, en caso contrario, estén previstas la escisión o incluso el rechazo integral de las peticiones que no se correspondan con tal modelo. Coherentemente con estos fines, la legislación de desarrollo del artículo 75 de la Constitución tenía y tendría que prever controles apropiados para cada iniciativa, a realizar –preferiblemente– aún antes de que hayan sido reunidas las firmas necesarias para sostener cada una de las peticiones; para que los propios firmantes se encuentren previamente en condiciones de entender con precisión el valor y el alcance de sus manifestaciones de voluntad.

Por otra parte, hay que reconocer que la Ley n. 352 de 1970 no ha preestablecido ningún remedio necesario en ese sentido. El artículo 27.1, aún prescribiendo la indicación de los “términos de la pregunta que se quiere someter a la votación popular”, se limita sustancialmente a prever que la fórmula “¿quieren Ustedes que sea derogada...” (o “¿quieren Ustedes la derogación...”) sea completada remitiendo a los extremos de la ley en cuestión, citando el número del artículo o de los artículos específicamente interesados, y además transcribiendo tan sólo los textos de los apartados o de los fragmentos eventualmente en discusión (pero no las disposiciones íntegras de los mismos artículos). Y lo más importante es que la ley de desarrollo no aclara de ninguna manera con qué criterios, por parte de qué órganos, en qué momento, y con qué efectos debería ser efectuado el control sobre la homogeneidad de las peticiones: con la consecuencia de que la introducción de las necesarias garantías de sencillez, univocidad, plenitud de las preguntas, hasta ahora descuidadas o ignoradas por el Legislador, queda confiada a una futura reforma.

Sin embargo, la valoración de este Tribunal no puede detenerse ante la constatación de las carencias o las lagunas de la Ley n. 352 de 1970... este Tribunal debe juzgar sobre la admisibilidad de las mismas peticiones en aplicación directa de las normas o los principios de orden constitucional que comportan una causa impeditiva —expresa o implícita— de los votos populares derogatorios...

En la disposición del artículo 75.1 de la Constitución (“Se convoca referéndum popular... cuando lo solicitan quinientos mil electores...”) está ciertamente incluida una amplísima gama de peticiones, indeterminadas e indeterminables *a priori*.

Sin embargo, del mismo modo en que la llamada discrecionalidad legislativa no excluye el juicio de los arbitrios del Legislador, realizable por este Tribunal en relación con los más variados parámetros, la normativa dictada por el artículo 75 no implica la admisibilidad de peticiones estructuradas, incluidas las que exceden los límites externos e internos de las previsiones constitucionales, que conservan tan sólo en nombre y no la sustancia del referéndum derogatorio. Si es cierto que el referéndum no es un fin en sí mismo, sino un trámite de la soberanía popular, es necesario que las preguntas planteadas sean tales que ensalcen y no coarten sus posibilidades de elección; en cambio, es manifiesto que un voto bloqueado alrededor de múltiples conjuntos de cuestiones, no susceptibles de ser reducidas a unidad, contradice el principio democrático, incidiendo de hecho en la libertad del propio voto (en violación de los artículos 1 y 48 de la Constitución).

Tampoco ayuda reiterar que serán los electores quienes expresen al respecto su libre juicio político, aprobando o rechazando la petición, dependiendo de si la pregunta ha sido formulada en términos más o menos claros y precisos. Ya sea que los ciudadanos estén convencidos de la oportunidad de derogar ciertas normas y para ello se resignen a la derogación de normas totalmente distintas, tan sólo porque estén involucradas en la misma pregunta, aún considerando que merecerían seguir vigentes; ya sea porque prefieran orientarse hacia la abstención, renunciando a influir en el resultado de la consulta, ya que la inextricable complejidad de las cuestiones (cada una de las cuales requeriría ser evaluada de modo distinto y separado) no les consiente expresarse de forma afirmativa ni negativa; ya sea porque decidan votar “no”, en nombre del predominante interés en que no se eliminen ciertas normativas, pero pagando el precio de la no derogación de otras normas que consideran ya superadas (y viendo que se les impide la posibilidad de proponer más referendos en este sentido, antes de que hayan transcurrido al menos cinco años, dada la prohibición dispuesta por el artículo 38 de la Ley n. 352 de 1970); es evidente que los resultados del experimento del referéndum quedan falseados en su raíz, por el único motivo de que referendos distintos –y de por sí admisibles- han sido englobados a la fuerza en un solo contexto.

En efecto, la libertad de los promotores de las peticiones de referéndum y la libertad de los electores llamados a valorar las mismas peticiones no deben ser confundidas, ya que es cierto que la presentación de las peticiones representa el inicio necesario del procedimiento destinado a concluir con la consulta popular, pero no es menos cierto que la soberanía del pueblo no conlleva la soberanía de los promotores y que el pueblo mismo ha de tener garantías, en esta sede, en el ejercicio de su poder soberano. Un instrumento esencial de democracia directa, como el referéndum derogatorio, no puede ser transformado en un instrumento distorsionado de democracia representativa, mediante el cual se llegue sustancialmente a proponer plebiscitos o votos populares de confianza, respecto de un conjunto de inseparables elecciones políticas de los partidos o de los grupos organizados que han asumido y respaldado las iniciativas de referéndum.

Sentencia del Tribunal Constitucional de España nº 189/1993, de 14 de junio de 1993³³⁵ STC 189/1993

5... Lo que ejercitan los trabajadores en los procesos electorales sindicales no es una parcela subjetivizada del derecho que regula el artículo 23.1 C.E., sino un singular derecho,

³³⁵. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

emanación del legislador, que se enmarca en las modalidades participativas de acceso de los trabajadores a la empresa. De suerte que al no poderse configurar el tiempo dedicado a emitir el voto para la elección de representantes unitarios en el seno de la empresa como un verdadero derecho fundamental al sufragio activo (artículo 23.1 C.E.), ha de concluirse que el cómputo de las elecciones sindicales con pérdida del incentivo por reducción del absentismo cuando se alcanza un determinado porcentaje de inasistencia a la empresa, no atenta al derecho garantizado en el artículo 23.1.

Por lo que se refiere a las elecciones políticas, la legitimidad de la inclusión entre las faltas de asistencia que pueden producir la privación del incentivo, merece, sin embargo, una valoración totalmente distinta y adversa desde la óptica constitucional que estamos analizando. La posibilidad de ausentarse del trabajo para participar en las consultas electorales, mediante la concesión a los trabajadores de un permiso retribuido, aunque derive de una norma infraconstitucional (el Real Decreto correspondiente que se dicta en ciertas convocatorias electorales al amparo del artículo 37.3 Estatuto de los Trabajadores), se configura como un acto de ejecución de un derecho fundamental. La importancia que el derecho de sufragio tiene en el sistema democrático justifica que los poderes públicos traten de favorecer la participación de quienes tienen mayores dificultades para votar, concretamente los trabajadores por cuenta ajena, mediante el establecimiento de un permiso retribuido para ejercerlo, sin que ello, como este Tribunal ha declarado en ATC 346/1991, sea arbitrario o discriminatorio. Es justificable que, aquellos que por razón del trabajo por cuenta ajena no pueden disponer de la jornada completa para votar, se les habilite, bien que no sea preciso, un tiempo dedicado a la emisión del voto en el horario en que el trabajo ha de prestarse, compensando una gravosa situación. Habiéndose previsto dicha ventaja para hacer efectivo el ejercicio del derecho al sufragio, no se compadece bien con la índole de este derecho, que por Convenio Colectivo, contrato de trabajo o decisión unilateral del empresario se establezcan incentivos tendentes a contrarrestar o enervar la finalidad de la ventaja reconocida a los trabajadores.

Esta obstaculización se ha producido en el presente caso como consecuencia de la inclusión de las elecciones políticas en el porcentaje de absentismo para calcular el incentivo económico tantas veces citado, porque, al configurarse el permiso como un derecho o facultad adicional al sufragio pero integrado en el contenido de éste (SSTC 9/1988 y 51/1988), su uso, que no puede conllevar ninguna consecuencia perjudicial para el trabajador que ejerce tal derecho de ausentarse para votar, tiene, sin embargo, aquí repercusiones negativas para la totalidad de los trabajadores en cuanto que el cómputo del

tiempo para votar junto con otras causas de inasistencia al trabajo puede determinar la pérdida de todo un incentivo económico de vencimiento anual, superados ciertos niveles de absentismo.

Todo ello, sin perjuicio de que el cómputo de tales ausencias puede llevar a dificultar la participación de los trabajadores en las consultas electorales, coaccionándoles al no ejercicio de su derecho de sufragio. No cabe argumentar, como hace la empresa, que no se ha limitado para nada este derecho porque, de un lado, en la única consulta electoral - concretamente al Parlamento Europeo- hiciera uso del derecho al voto el 95 por 100 de los trabajadores, y, de otro, todos hayan percibido el plus, pues por encima de la nula repercusión práctica, es lo cierto que se ha recortado su libertad para el ejercicio del derecho de sufragio, ya que pesaba sobre ellos la eventual privación de dicho incentivo, lo que no es admisible desde el ámbito del derecho de sufragio activo. La cláusula paccionada, en cuanto integra dentro de las causas del índice de absentismo determinante de la adquisición o pérdida del incentivo la participación en los procesos electorales políticos, desde un punto de vista objetivo, olvida que el fomento de la productividad no puede nunca erigirse en obstáculo que dificulte la participación de los trabajadores en la vida política (artículo 9.2 Constitución española), por lo que, al erigirse en un estímulo de absentismo, ha de merecer el mayor reproche desde el prisma de las exigencias de todo sistema democrático y desde el subjetivo, que aquí interesa, constituye una vulneración del artículo 23.1 de la Constitución española).

BVerfGE 89, 155, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht, de 12 de octubre de 1993³³⁶

BVerfGE 89, 155

a) El artículo 38, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental garantiza a todo ciudadano alemán con derecho de voto, el derecho subjetivo a tomar parte en la elección de los diputados del Parlamento Federal (cfr. STCF 47, 253 (269)). En el acto de la elección, la soberanía estatal emana del pueblo. El Parlamento Federal alemán ejerce la soberanía en cuanto órgano legislativo que, a su vez, elige al Canciller Federal y controla al Gobierno (artículo 20, pár. 2, frases 1 y 2 Ley Fundamental; LF). El artículo 38 Ley Fundamental no sólo garantiza que al ciudadano le asiste el derecho de voto para el Parlamento Federal y que en las elecciones se preserven los principios constitucionales del derecho electoral. Las garantías se extienden también al contenido democrático fundamental de este derecho: se

³³⁶ . <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv089155.html> y <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

garantiza a los ciudadanos alemanes con derecho de voto el derecho subjetivo a tomar parte en las elecciones para el Parlamento Federal alemán y, con ello, en la legitimación de la soberanía estatal por parte del pueblo a nivel general, así como a influir en el ejercicio de tales derechos.

III.- El desarrollo legislativo del derecho de voto.

Comisión contra Bélgica, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta), de 9 de julio de 1998³³⁷

1. Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 17 de septiembre de 1997, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso, con arreglo al artículo 169 del Tratado CE, un recurso que tiene por objeto que se declare que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 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 (DO L 368, p. 38; en lo sucesivo, «Directiva»), al no adoptar dentro del plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva.

2. A tenor del párrafo primero del artículo 14 de la Directiva, los Estados miembros debían adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la Directiva antes del 1 de enero de 1996 e informar inmediatamente de ello a la Comisión.

5. Mediante escrito de 28 de marzo de 1997, las autoridades belgas respondieron que el Gobierno estaba examinando las dificultades que implicaba la adaptación de su Derecho interno a la Directiva, que exigía una previa reforma del artículo 8 de la Constitución belga.

7. El Reino de Bélgica no discute que no ha adaptado su Derecho interno a la Directiva dentro del plazo señalado, pero explica que esta demora resulta de la necesidad de una previa reforma del artículo 8 de la Constitución belga respetando las normas de procedimiento establecidas en el artículo 195 de dicha Constitución. Por otra parte, alega que el procedimiento para la adaptación del Derecho interno a la Directiva se encuentra en un estado muy avanzado. Así, se esperaba que la Ley para adaptar el Derecho interno a la

³³⁷. <http://curia.europa.eu/jurisp/>

Directiva fuera aprobada dentro del segundo semestre de 1998 y publicada en el *Moniteur belge* durante el último trimestre del mismo año.

8. Sobre este aspecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva.

9. Dado que no se ha realizado la adaptación del Derecho interno a la Directiva dentro del plazo establecido, debe considerarse fundado el recurso interpuesto por la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) decide:

1. Declarar que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del párrafo primero del artículo 14 de la Directiva 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, al no adoptar dentro del plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva.

Asunto *Matthews c. Reino Unido*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 18 de febrero de 1999³³⁸ *Matthews c. Reino Unido*

34. Para determinar en que medida corresponde al Reino Unido «reconocer» los derechos consagrados por el artículo 3 del Protocolo n° 1 en relación con las elecciones al Parlamento europeo en Gibraltar, el Tribunal considera que el Convenio no garantiza derechos teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos (véase, por ejemplo, el caso *Partido comunista unificado de Turquía y otros*, pp. 18-19, § 33)...

49. El Tribunal debe velar por que exista «régimen político auténticamente democrático» en el territorio de aplicación del Convenio y, en este contexto, debe atender no solo a los poderes estrictamente legislativos de un órgano dado, sino también al papel que desempeña en el conjunto del procedimiento legislativo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua* *Yatama vs. Nicaragua*
Sentencia de 23 de junio de 2005³³⁹

³³⁸. En <http://cmiskp.echr.coe.int/>

201. La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.

204. De acuerdo al artículo 29.a) de la Convención no se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de ésta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial.

206. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

207. Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración

³³⁹. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec127.pdf>

de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas.

225. La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.

226. Las violaciones a los derechos de los candidatos propuestos por Yatama son particularmente graves porque, como se ha dicho, existe una estrecha relación entre el derecho a ser elegido y el derecho a votar para elegir representantes (*supra* párr. 197). La Corte estima necesario hacer notar que se afectó a los electores como consecuencia de la violación al derecho a ser elegidos de los candidatos de Yatama. En el presente caso, la referida exclusión significó que los candidatos propuestos por Yatama no figuraran entre las opciones al alcance de los electores, lo cual representó directamente un límite al ejercicio del derecho a votar e incidió negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado, lo cual supone una consecuencia grave para la democracia. Dicha afectación a los electores deviene del incumplimiento del Estado de la obligación general de garantizar el ejercicio del derecho a votar consagrada en el artículo 1.1 de la Convención.

Mignone, Emilio F., Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, de 14 de agosto de 2002³⁴⁰

*Mignone,
Emilio F*

³⁴⁰. <http://www.csjn.gov.ar/>

Considerando: 2. Que según surge de las constancias de la causa, Emilio F. Mignone, en su condición de representante del Centro de Estudios Legales y Sociales, promovió una acción de amparo a fin de que “se adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho de sufragio (artículo 37 Constitución Nacional) de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la Nación en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos” y que, consecuentemente, “se declare la inconstitucionalidad del artículo 3° inc. d), Cód. Electoral Nacional”.

3. Que el a quo tras reconocer la legitimación activa de la demandante y la admisibilidad de la vía del amparo para resolver la cuestión, halló a la norma impugnada “como manifiestamente contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto consagra el principio de inocencia y al artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que limita la reglamentación de los derechos políticos por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en proceso penal”.

Precisó también el tribunal que la inconstitucionalidad decretada “sólo importa declarar que la disposición legal que determina la exclusión del padrón electoral de los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad es contraria a la normativa de la Carta Magna y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. “Mas no se sigue de esto que podrán efectivamente emitir el voto en tanto los poderes competentes -el Legislativo y el Ejecutivo- no dicten la necesaria reglamentación que posibilite el sufragio de tal categoría de personas, atendiendo a los requerimientos de seguridad y técnica electoral. Mientras ello no ocurra quienes se hallan detenidos sin condena, si bien no se encuentran jurídicamente impedidos de votar, se verán impedidos de ejercer ese derecho por razones de fuerza mayor al estar privados de su libertad y no poder entonces egresar de los lugares en que están detenidos para acudir a las mesas de votación”. Finalmente, al rechazar la aclaratoria deducida por la actora, la cámara consideró que no le competía al Poder Judicial adoptar las medidas necesarias para garantizar, efectivamente, el derecho al sufragio de las personas que se encuentran procesadas sino a los “poderes políticos” por “no haber previsto el constituyente, que el poder jurisdiccional pueda ordenar a aquellos ejecutar ciertos actos”...

5. Que la parte actora, en sustancial síntesis, sostuvo que: a) la sentencia no garantiza en forma efectiva el derecho al sufragio, ya que sujeta su ejercicio a la voluntad de la administración en tanto no ordena “tomar las medidas necesarias para que, de hecho, las personas detenidas puedan votar”; b) tampoco garantiza el derecho a la jurisdicción

pues pese a haber resuelto adecuadamente el fondo del asunto en su favor omite “restablecer de inmediato el efectivo goce del derecho restringido” y se limita a “notificar de tal decisión a los demás poderes”.

9. Que, finalmente, corresponde dar respuesta a los agravios del demandante. El reconocimiento del a quo de la razón del reclamo de la parte actora y la consiguiente declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada resultan incompatibles con el rechazo parcial de la pretensión que, en definitiva, contiene la sentencia al sostener que “no se sigue de esto que podrán efectivamente emitir el voto en tanto los poderes competentes - el Legislativo y el Ejecutivo- no dicten la necesaria reglamentación que posibilite el sufragio de tal categoría de personas”. Reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo. En consecuencia, corresponde urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados y en este marco, esta Corte considera prudente disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses.

Sentencia T-473/03, de la Corte Constitucional de Colombia, de 9 de junio de 2003³⁴¹

Sentencia T-473/03

5. El carácter del voto secreto en relación con los disminuidos físicos o sensoriales.

Concebido el derecho al voto como un derecho y un deber ciudadano, siendo por esencia de carácter secreto, se impone la implementación de medidas garantizadoras tales como: realizarse de manera individual y en cubículos separados que deberán instalarse en cada mesa de votación, con tarjetas electorales preimpresas en papel, etc. Las anteriores medidas deben ofrecer la seguridad necesaria, de tal manera que no se presente coacción indebida sobre el votante, o cualquier otra actuación que pudiese perturbar la libertad y autonomía del mismo. Es por ello que la “organización electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones todos los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.” (artículo 258 CP)...

No es justo, ni constitucional, que los limitados físicos, en la práctica, vean restringido su derecho al voto. Esto conlleva a que se presente, excepcionalmente, la

³⁴¹. En http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/

posibilidad de que ciertas personas voten en compañía de otra que les facilite el ejercicio del derecho político citado.

Lo anterior se fundamenta en que una medida de prevención en contra la manipulación del votante, como lo es el modo de ejercicio del derecho al voto, no puede llegar al extremo de significar, en la práctica, la total denegación del derecho a elegir y ser elegido libremente. En efecto, si la delimitación del marco de acción del derecho se hace tan reducida que anula su núcleo duro, la esencia se desvirtúa, ocurriendo, entonces, la desnaturalización de la figura. (Sentencia T-446/94. M. P. Alejandro Martínez Caballero).

En la misma sentencia antes referida, esta Corporación sostuvo que, “por mandato de la Constitución Política, artículo 13 superior in fine, el Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición física se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, como en efecto lo están aquellas cuyo sentido de la vista se encuentra disminuido. Así mismo, el artículo 47 de la Carta radica en cabeza del Estado la obligación de adelantar una política de integración social para los disminuidos físicos. Es lógico concluir que el aislamiento del ejercicio de derechos políticos de los ciudadanos limitados físicamente, significaría soslayar las anteriores normas constitucionales dado que el distanciamiento de la vida, en su dimensión política, coloca en situación de discriminación a un sector deprimido del pueblo. En ese orden de ideas, el aparato estatal debe crear el ambiente propicio en el cual las personas con limitaciones físicas puedan desenvolverse con la dignidad humana que las caracteriza.”

En esta medida, la Ley 163 de 1994, en su artículo 16 establece que, “Los ciudadanos que padezcan limitaciones o dolencias físicas que les impidan valerse por si mismos, podrán ejercer el derecho al sufragio "acompañados" hasta el interior del cubículo de votación. Así mismo los mayores de ochenta (80) años o quienes padezcan problemas avanzados de la visión.

Esta Corte en ejercicio del control de constitucionalidad sobre la norma antes transcrita, en sentencia C-353 de 1994 manifestó que la exigencia establecida por la norma de que sea un familiar quien acompañe a quien padezca limitaciones y dolencias físicas, o sea mayor de ochenta años, implica una restricción desmedida e inaceptable del derecho al sufragio. Por ello, quien padezca de tales limitaciones podrá, “si esa es su voluntad, pedir la ayuda de alguien. Pero imponerle la presencia de un "familiar", es algo que limita el ejercicio de un derecho, Además, la ley no define qué es un familiar, pues jurídicamente debe hablarse de parientes.

Fueron los anteriores razonamientos los que llevaron a la Corte a declarar ajustada a la Constitución la norma censurada, a excepción de las expresiones “un familiar” “y sus familiares” (este último estaba contenido en el párrafo de la misma norma) que fueron declaradas inexecutable.

Sin embargo la Corte dejó abierta la posibilidad para que en el futuro el gobierno implemente tarjetones en sistema Braille, a fin de que puedan ejercer el derecho al voto, sin necesidad de acompañante, los ciudadanos que padezcan limitaciones y dolencias físicas y los mayores de 80 años, o quien padezca problemas avanzados de la visión siempre que el votante conozca dicho sistema...

Esta Sala encuentra que no se vulnera la calidad del voto secreto por el sólo hecho de que una persona acompañe al votante invidente para que pueda ejercer este derecho, dado que es razonable que si el mismo sufragante lo escoge libremente, es porque confía plenamente en ella dadas sus condiciones personales o profesionales, ya que es precisamente su idoneidad para tal efecto lo que lo convenció libremente de que fuese su acompañante. Debe resaltarse además que, no es el acompañante del votante disminuido quien decide por cuál candidato votar, sino que directamente lo hace quien va a ejercer el derecho al sufragio, pues el hecho de ser acompañante no equivale a votar por el invidente, ya que el sufragio es un derecho subjetivo de este último.

De otro lado, esta Corporación ha sostenido que la igualdad se predica entre iguales, de suerte tal que se vulneraría este derecho si no existiese dentro del ordenamiento jurídico interno la posibilidad de que una persona disminuida física en las condiciones en que lo establece el artículo 16 de la Ley 163 de 1994 (como en el caso concreto), al momento de ejercer su derecho al sufragio, no pudiese escoger autónoma y libremente un acompañante para el efecto. En similar forma se predicaría la vulneración sí solamente para los disminuidos físicos (invidentes), que saben leer mediante el sistema Braille con la finalidad de garantizar el derecho al voto, se implementara el sistema Braille; dejando sin posibilidad de voto a los invidentes que no saben utilizar ese sistema.

En síntesis, a los invidentes que saben leer por medio de ese sistema se les debe permitir votar con él, además de ir acompañados. A los invidentes que no manejen dicho sistema se les debe permitir que vayan también con un acompañante, pero que el voto lo emita el invidente...

Resuelve: Segundo. Ordenar a la Registraduría Nacional del Estado Civil, que debe hacer publicidad con el fin de que los invidentes que quieran utilizar el sistema Braille hagan conocer su interés de votar con ese sistema a la Organización Electoral; debe

también hacer acopio de la información del número de personas invidentes, con las organizaciones o asociaciones de invidentes que existan, diseñar una política y un programa que le permita identificar a los usuarios del sistema Braille u otro con el que se pueda determinar las personas invidentes que deseen votar sin acompañante, con el fin de determinar la cantidad de personas que ejercerán su derecho al voto por este sistema y tendrá un plazo máximo de un (1) año contado a partir de la fecha de esta sentencia para ponerlo en ejecución respecto de todos los invidentes que no han sido actores dentro de esta sentencia. El acopio de la información debe iniciarse por la Registraduría Nacional del Estado Civil dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta tutela. En relación con el tutelante debe hacerse efectiva a partir de la próxima votación.

Decisión n° 2003-475 del Consejo Constitucional de Francia, sobre la Ley relativa a la elección de senadores, de 24 de julio de 2003³⁴²

Decisión n°
2003-475

5. Considerando que el juego combinado del artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789 y de los artículos 3 y 24 de la Constitución imponen al Legislador la reforma del reparto de los escaños de senador por departamento para tener en consideración los cambios de población de las entidades territoriales a las que el Senado otorga representación;

12. Considerando que, conforme a los apartados siete y ocho del artículo 34 de la Constitución, la ley fijará las reglas relativas al régimen electoral de las asambleas parlamentarias; que de acuerdo con el apartado cinco del artículo 3 “la ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos”; que el artículo 4 dispone: “Los partidos y las agrupaciones políticas concurren a la expresión del sufragio. Se constituirán y ejercerán su actividad libremente dentro del respeto a los principios de la soberanía nacional y de la democracia. Estas entidades contribuirán a la aplicación del principio enunciado en el último apartado del artículo 3 de acuerdo con lo dispuesto por la ley”.

18. Considerando, por otra parte, que lo dispuesto en el apartado cinco del artículo 3 de la Constitución no tiene por objeto ni podría tener como efecto privar al Legislador de la facultad que le atribuye el artículo 34 de la Constitución de establecer el régimen electoral de las asambleas;

20. Considerando que corresponde al Legislador ejercer plenamente la competencia que le confiere el artículo 34 de la Constitución; que debe, en el ejercicio de esta

³⁴². <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

competencia, respetar los principios y reglas constitucionales y velar por que ese respeto sea asegurado por las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de aplicar la ley; que, a este respecto, el principio de claridad de la ley, que deriva del mismo artículo de la Constitución, y el fin constitucional de inteligibilidad y accesibilidad de la ley, que deriva de los artículos 4, 5, 6 y 16 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789, le imponen, con el fin de proteger a los sujetos jurídicos contra una interpretación contraria a la Constitución o contra el riesgo de arbitrariedad, adoptar disposiciones suficientemente precisas y fórmulas inequívocas.

Asunto *Aziz c. Chipre*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 22 de junio de 2004³⁴³

Aziz c. Chipre

28. El Tribunal considera que aunque los Estados parte disponen de un margen considerable para establecer, en el marco de su sistema constitucional, las normas que han de regir las elecciones legislativas y la composición de su Parlamento y que los criterios a tener en cuenta pueden variar en función de las circunstancias históricas y políticas de cada Estado, en todo caso, estas normas no pueden privar a determinadas personas o grupos de personas de la participación en la vida política del país; en especial de la elección del Parlamento, derecho garantizado tanto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos como por las Constituciones de todos los Estados parte.

Asunto *Hirst c. Reino Unido* (nº 2), Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en Gran Sala, de 6 de octubre de 2005³⁴⁴

Hirst c. Reino Unido

1. A la vista de los trabajos preparatorios del artículo 3 del Protocolo nº 1 y de la interpretación que se le ha dado en el conjunto del Convenio, el Tribunal ha establecido que éste garantiza derechos subjetivos como el derecho de voto y el de presentarse como candidato a las elecciones. De hecho, hemos considerado que esta dicción, única en su genero, se explica por la voluntad de otorgar un plus de solemnidad al compromiso asumido por los Estados parte y de destacar que se trata de un ámbito en el que tiene la obligación de adoptar medidas positivas en lugar de limitarse a abstenerse de cualquier ingerencia.

³⁴³. En <http://cmiskp.echr.coe.int/>

³⁴⁴. Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>

2. No obstante, los derechos consagrados por el artículo 3 del Protocolo nº 1 no son absolutos. Caben limitaciones implícitas y los Estados parte deben gozar de un margen de apreciación en esta materia.

3. La amplitud de este margen ha suscitado un amplio debate. El Tribunal reafirma que el margen de apreciación en este ámbito es amplio... Existen formas tan variadas de organizar y hacer funcionar los sistemas electorales y tal cantidad de diferencias en Europa dependiendo de la evolución histórica, la diversidad cultural y el ideario político, que corresponde a cada Estado parte incorporar su propia visión de la democracia.

4. No obstante, corresponde al Tribunal decidir en última instancia sobre el cumplimiento de las exigencias del artículo 3 del Protocolo nº 1. El Tribunal garantiza que las eventuales restricciones no menoscabarán los derechos en aspectos esenciales, privándoles de su contenido y eficacia; que responderán a un fin legítimo y que los medios empleados no resultarán desproporcionados. En particular, ninguna de las condiciones impuestas pueden afectar a la libre expresión del pueblo para la elección del poder legislativo; dicho de otra manera, deben reflejar, y no contravenir, la integridad y efectividad de un procedimiento electoral dirigido a expresar la voluntad popular a través del sufragio universal. Se puede, por ejemplo, fijar una edad mínima para asegurar que las personas que participen en el proceso electoral sean suficientemente maduras o incluso, en determinadas circunstancias, la elegibilidad puede someterse a criterios tales como la residencia para acreditar que las personas que se presenten tengan relaciones suficientemente estrechas o continuadas con el país en cuestión. Cualquier limitación al principio de sufragio universal corre el riesgo de socavar la legitimidad democrática del poder legislativo así elegido y de las leyes que apruebe. En consecuencia, la exclusión de cualesquiera grupos o categorías de población debe conciliarse con los principios que sustenta el artículo 3 del Protocolo nº 1.

5. Esta norma de tolerancia no impide a una sociedad democrática adoptar medidas para protegerse contra actividades dirigidas a destruir los derechos y libertades incluidos en el Convenio. El artículo 3 del Protocolo nº 1, que reconoce la capacidad del individuo para influir en la composición del poder legislativo, no excluye que se impongan restricciones a los derechos electorales de la persona que, por ejemplo, ha cometido graves abusos en el ejercicio de funciones públicas o cuyo comportamiento amenaza con socavar el Estado de derecho o los fundamentos de la democracia. No obstante, no se pueden adoptar a la ligera medidas rigurosas como la privación del derecho de voto; por el contrario, el principio de proporcionalidad exige que exista una relación discernible y suficiente entre la sanción y el

comportamiento así como con la situación de la persona afectada. El Tribunal toma nota, a este respecto, de la recomendación de la Comisión de Venecia según la cual la supresión de derechos políticos debe ser acordada por un tribunal en una decisión específica. Como en otros contextos, un tribunal independiente que aplique un procedimiento contradictorio ofrece una sólida garantía contra la arbitrariedad.

6. El Tribunal debe dilucidar si la medida cuestionada persigue un fin legítimo y reviste un carácter proporcional a la vista de los principios antes definidos.

a. Fin legítimo. 7. El Tribunal recuerda que, a diferencia de otras disposiciones del Convenio, el artículo 3 del Protocolo n° 1 no precisa ni limita los fines que debe cumplir una restricción, por lo que serían compatibles con él una gran variedad de ellos.

b. Proporcionalidad. 8. El Gobierno sostiene que la medida es proporcionada; pone de manifiesto que no afecta más que a 48.000 presos y no a 70.000 como señaló en su sentencia la Cámara, que se olvidó de descontar las personas en prisión provisional, dispensadas de la prohibición y que, en realidad, se ha aplicado poco, pues no afecta más que a las personas consideradas culpables de delitos suficientemente graves como para ser condenadas a una pena privativa de libertad y no a aquellas en situación de prisión provisional o encarceladas por desacato a la autoridad judicial o por no haber pagado sus deudas... En primer lugar, el Tribunal no considera que la diferencia numérica mencionada sea decisiva; se trata en todo caso de un número elevado y no se puede afirmar que la prohibición cuestionada produzca un efecto desdeñable; en segundo lugar, si es cierto que determinadas categorías de presos escapan a esta prohibición, ésta afecta a un gran número de personas encarceladas y por todo tipo de penas de prisión, desde un día a cadena perpetua, y de infracciones, desde actos relativamente leves a los más graves..

9. El Tribunal confirma que, si el margen de apreciación es amplio, no es ilimitado. Por añadidura, si bien la situación ha mejorado un poco con la Ley de 2000, que ha reconocido por vez primera el derecho de voto para las personas en prisión provisional, el artículo 3 de la ley de 1983 mantiene un instrumento, que, sin excepción, priva del derecho de voto, garantizado por el Convenio, a gran número de personas y de manera indiferenciada. Esta disposición inflige una restricción global a todos los presos que cumplan su pena y se les aplica automáticamente, cualquiera que sea la duración de su condena e independientemente de la naturaleza y gravedad de la infracción cometida y de su situación personal. Es obligado considerar que tal restricción general, automática e indiferenciada a un derecho consagrado por el Convenio, y que reviste una importancia

crucial, sobrepasa el margen de apreciación aceptable, por amplio que sea, y es incompatible con el artículo 3 del Protocolo nº 1.

10. El Tribunal concluye que ha habido violación del artículo 3 del Protocolo nº 1 del Convenio. Por estos motivos, el Tribunal 1. Decide, por doce votos contra cinco que ha habido violación del artículo 3 del Protocolo nº 1 del Convenio;... 4. Decide, por unanimidad, que la constatación de la violación constituye una satisfacción equitativa suficiente por el perjuicio moral sufrido por el demandante...

IV.- La titularidad del derecho de voto y las abstracciones necesarias para garantizar su carácter universal.

Asunto *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 15 de junio de 1964³⁴⁵

Reynolds v. Sims

[En] *Wesberry* establecimos claramente que el principio fundamental del gobierno representativo en este país es el de la representación igual de todos los ciudadanos, sin discriminación por razón de raza, sexo, situación económica o lugar de residencia en el Estado...

Si el gobierno representativo es, en esencia, el autogobierno a través de los representantes elegidos por el pueblo, todos y cada uno de los ciudadanos tienen el derecho inalienable a la plena y efectiva participación en el proceso político del poder legislativo de su Estado... Por lo tanto, la plena y efectiva participación de todos los ciudadanos en el gobierno del Estado requiere que cada uno tenga en la práctica la misma voz en la elección de los miembros del Parlamento estatal. Eso es lo que la moderna forma de gobierno necesita y la Constitución exige.

Asunto *Aziz c. Chipre*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 22 de junio de 2004³⁴⁶

Aziz c. Chipre

II. Sobre la vulneración del artículo 14 del Convenio.

34. Como ha declarado el Tribunal en diversas ocasiones, la diferencia de trato es discriminatoria, conforme a lo previsto en el artículo 14 del Convenio, si no existe “una justificación objetiva y razonable”; es decir, si no persigue un “fin legítimo” y si no existe

³⁴⁵ . Disponible en http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0377_0533_ZO.html.

³⁴⁶ . En <http://cmiskp.echr.coe.int/>

una “relación razonable y proporcional entre los medios empleados y el objetivo alcanzado”.

36. El Tribunal considera que, en este caso, la diferencia de trato resulta del mero hecho de que el demandante es turco-chipriota. Las disposiciones constitucionales que regulan los derechos de voto de los miembros de las comunidades greco-chipriota y turco-chipriota han resultado imposibles de aplicar en la práctica .

37. Aunque el Tribunal ha tenido en cuenta los argumentos del Gobierno, considera que no existen razones objetivas y razonable para esta diferencias, máxime si se tiene en cuenta el hecho de que los turco-chipriotas que se encuentren en la situación del demandante están excluidos de la posibilidad de votar en cualquier elección parlamentaria.

38. En conclusión, el Tribunal declara que existe una clara desigualdad de trato en el disfrute del derecho en cuestión, que constituye un aspecto fundamental en el presente caso. Así pues, consideramos que ha existido una violación del artículo 14 del Convenio en conexión con el artículo 3 del Protocolo nº 1.

V.- La exigencia de capacidad para la autodeterminación política libre: el caso de los menores e incapaces.

BVerfGE 89, 155, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht, de 12 de octubre de 1993³⁴⁷

BVerfGE 89, 155

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 con el poder público.

Asunto *Hirst c. Reino Unido* (nº 2), Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en Gran Sala, 6 de octubre de 2005³⁴⁸.

Hirst c. Reino Unido

Las eventuales restricciones no menoscabarán los derechos en aspectos esenciales, privándoles de su contenido y eficacia; responderán a un fin legítimo y los medios empleados no resultarán desproporcionados. En particular, ninguna de las condiciones impuestas pueden afectar a la libre expresión del pueblo para la elección del poder legislativo; dicho de otra manera, deben reflejar, y no contravenir, la integridad y efectividad de un procedimiento electoral dirigido a expresar la voluntad popular a través

³⁴⁷ <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv089155.html> y <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

³⁴⁸ . Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>

del sufragio universal. Se puede, por ejemplo, fijar una edad mínima para asegurar que las personas que participen en el proceso electoral sean suficientemente maduras o incluso, en determinadas circunstancias, la elegibilidad puede someterse a criterios tales como la residencia para acreditar que las personas que se presenten tengan relaciones suficientemente estrechas o continuadas con el país en cuestión. Cualquier limitación al principio de sufragio universal corre el riesgo de socavar la legitimidad democrática del poder legislativo así elegido y de las leyes que apruebe. En consecuencia, la exclusión de cualesquiera grupos o categorías de población debe conciliarse con los principios que sustenta el artículo 3 del Protocolo n° 1.

VI.- ¿Sirve a la democracia que no puedan votar los policías y militares?

Asunto *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 15 de junio de 1964³⁴⁹

Reynolds v. Sims

Si el gobierno representativo es, en esencia, el autogobierno a través de los representantes elegidos por el pueblo, todos y cada uno de los ciudadanos tienen el derecho inalienable a la plena y efectiva participación en el proceso político del poder legislativo de su Estado... Si a un ciudadano se le menoscaba su derecho al voto, deja de ser ciudadano en el pleno sentido de la palabra.

Richard Sauvé c. Canada -Chief Electoral Officer-, Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, de 31 de octubre de 2002³⁵⁰

Sauvé c. Canadá

11. Como primera cuestión,..., debemos continuar el criterio mantenido siempre por el Tribunal ; a saber, que los derechos deben ser interpretados de manera amplia y liberal. Una interpretación amplia y fundada en el objeto es particularmente importante en el caso del derecho de voto. Los autores de la *Carta* han subrayado la importancia privilegiada que reviste este derecho... el artículo 3 debe interpretarse de manera literal y su contenido no debe ser limitado por intereses colectivos opuestos, como ha tratado de defender el Gobierno...

13. Los derechos democráticos fundamentales de los canadienses no constituyen «una gama de soluciones aceptables» en las que el Legislador pueda elegir a su agrado...En

³⁴⁹ . Disponible en http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0377_0533_ZO.html.

³⁵⁰ . <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html>
<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

este caso, no se trata simplemente de una concurrencia entre filosofías sociales opuestas, sino de un conflicto entre el derecho de voto de los ciudadanos -uno de los derechos más importantes garantizados por la *Carta*- y la supresión de este derecho por el Legislador. El debate público sobre una cuestión no la transforma en una cuestión de «filosofía social», sustrayéndola así al control judicial. Corresponde a los tribunales, ajenos a los requerimientos de la opinión pública y a los intereses electorales, proteger el derecho de voto garantizado por el artículo 3 de la *Carta*.

14. Los derechos garantizados 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.... Los tribunales deben aplicar criterios estrictos en materia de justificación cuando examinan las cuestiones relativas a la privación del derecho de voto.

VII.- La condena penal no debe suspender la ciudadanía: los presos también son importantes.

*Richard Sauvé c. Canada -Chief Electoral Officer-, Sentencia del Tribunal
Supremo de Canadá, de 31 de octubre de 2002³⁵¹*

*Sauvé c.
Canadá*

2 La versión anterior del artículo 51e) de la *Ley electoral de Canadá*, L.R.C. 1985, ch. E-2, prohibía a todos los presos votar en las elecciones federales, con independencia de la duración de su condena. Esta disposición fue declarada inconstitucional por constituir una lesión injustificada del derecho de voto garantizado por el artículo 3 de la *Carta*. El Legislador reaccionó ante esta decisión cambiando la disposición por un nuevo 51e) (L.C. 1993, ch. 19, artículo 23), que priva del derecho de voto a los presos que cumplan una pena de dos o más años.

11. Como primera cuestión,..., debemos continuar el criterio mantenido siempre por el Tribunal ; a saber, que los derechos deben ser interpretados de manera amplia y liberal. Una interpretación amplia y fundada en el objeto es particularmente importante en el caso del derecho de voto. Los autores de la *Carta* han subrayado la importancia privilegiada que reviste este derecho... el artículo 3 debe interpretarse de manera literal y su contenido no debe ser limitado por intereses colectivos opuestos, como ha tratado de defender el Gobierno...

³⁵¹ <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html>
<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html>

13. Los derechos democráticos fundamentales de los canadienses no constituyen «una gama de soluciones aceptables» en las que el Legislador pueda elegir a su agrado...En este caso, no se trata simplemente de una concurrencia entre filosofías sociales opuestas, sino de un conflicto entre el derecho de voto de los ciudadanos -uno de los derechos más importantes garantizados por la *Carta*- y la supresión de este derecho por el Legislador. El debate público sobre una cuestión no la transforma en una cuestión de «filosofía social», sustrayéndola así al control judicial. Corresponde a los tribunales, ajenos a los requerimientos de la opinión pública y a los intereses electorales, proteger el derecho de voto garantizado por el artículo 3 de la *Carta*.

14. 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.... Los tribunales deben aplicar criterios estrictos en materia de justificación cuando examinan las cuestiones relativas a la privación del derecho de voto...

31. Privar a los presos del derecho de voto da una falsa idea de la naturaleza de nuestros derechos y obligaciones legales y, en consecuencia, los pone en peligro. En una democracia como la nuestra, el poder de los legisladores emana de los ciudadanos votantes, y los legisladores actúan a título de mandatarios de esos ciudadanos. Esta delegación de poder de los electores a los legisladores confiere a la ley su legitimidad y su fuerza y, como corolario, la obligación de respetar la ley deriva de que ha sido elaborada por los ciudadanos y en su nombre. En suma, la legitimidad de la ley y la obligación de respetarla derivan del derecho de voto de cada ciudadano. En la práctica, reclamamos a todos los que se encuentran en el interior de nuestras fronteras que respeten las leyes, tengan el derecho de voto o no, pero eso no rompe el nexo vital que existe, desde un punto de vista simbólico, teórico y práctico, entre la participación y la elaboración de la ley y la obligación de respetarla. Esta relación, derivada de la teoría del contrato social y consagrada en la *Carta*, está en el corazón de nuestro sistema de democracia constitucional.

32. El Gobierno invierte completamente esta lógica al pretender que la privación a las personas de su derecho a participar en las decisiones del Gobierno les enseña a respetar la ley. El «mensaje educativo» que el Gobierno pretende enviar privando a los presos del derecho de voto es a la vez antidemocrático e intrínsecamente contradictorio. Privar a un ciudadano del derecho de voto ataca las bases de la legitimidad democrática; viene a decir que los mandatarios que han sido elegidos por los ciudadanos pueden luego impedir a esos

ciudadanos, o a una parte de ellos, participar en las próximas elecciones. Pero si admitimos que el poder del Gobierno en una democracia emana de los ciudadanos, es difícil percibir como ese poder puede ser utilizado legítimamente para privar del derecho de voto a los ciudadanos de los que emana. ... En el momento de entrada en vigor de la *Carta*, las exclusiones aplicables al derecho de voto eran tan pocas en nuestro país que se puede suponer con justicia que hemos abandonado la idea de que el electorado debe limitarse a los «ciudadanos honestos y responsables»,..., en favor de un electorado pluralista, que bien puede incluir a los canadienses que son enemigos del Estado.

El artículo 3 de la *Carta* ha eliminado los últimos vestigios de sufragio selectivo, como la exclusión de las personas afectadas de «enfermedad mental» y los jueces nombrados por el Gobierno federal. Privar a los presos del derecho de voto nos haría retroceder y restringiría nuestros derechos democráticos

37. La analogía que establece [el Gobierno] entre las restricciones al derecho de voto de los menores y la supresión del derecho de los presos no es procedente, pues la decisión que adopta el Legislador en los dos casos es bien diferente. En el primer caso, toma una decisión basada en la situación empírica en las que se encuentran los ciudadanos mientras son menores; esta decisión no significa que la categoría excluida no sea digna de votar, sino que establece una forma de aplicación del sufragio universal; en el segundo caso, decide que ciertas personas, con independencia de su capacidad, no son dignas, moralmente, de votar; no “merecen” ser consideradas miembros de la comunidad... Pero no le corresponde al Legislador tomar esta decisión; la *Carta* la ha tomado por nosotros, garantizando el derecho de voto a “todo ciudadano”, colocando expresamente a los presos bajo su protección... La *Carta* afirma categóricamente que los presos son ciudadanos protegidos, y en ausencia de una reforma constitucional, el Legislador no puede cambiarlo.

38. El Gobierno pretende que la privación del derecho de voto permite “educar” y readaptar a los presos; sin embargo, esta privación más bien puede generar un efecto Pygmalion que favorecer la reinserción social. Privar a las personas de su identidad colectiva y de su sentimiento de pertenencia a la comunidad es poco propicio para insuflarles un sentido de la responsabilidad y de la identidad colectiva, mientras que el derecho de participar con el voto permite inculcar valores democráticos y el sentido de la responsabilidad social... Como escribió J. S. Mill: “la posesión y el ejercicio de los derechos políticos, particularmente del derecho de voto, figuran entre los principales instrumentos de formación, tanto moral como intelectual, del espíritu popular”. (J. S. Mill, « Thoughts on Parliamentary Reform » (1859), en J. M. Robson, dir., *Essays on*

Politics and Society, vol. XIX, 1977, 311, p. 322-323)... 41. Que no todas las democracias autoproclamadas como tales se adhieran a esta conclusión poco afecta a la visión canadiense de la democracia consagrada en la *Carta*.

V. Conclusión : 1. ¿El artículo 51e) de la *Ley electoral de Canadá* es contrario al derecho de voto en las elecciones legislativas federales, garantizado por el artículo 3 de la *Carta canadiense de derechos y libertades*? Sí. 2. Si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa, esa contradicción es un límite razonable prescrito por una regla de derecho y se puede justificar en el contexto de una sociedad libre y democrática en el sentido del artículo primero de la *Carta canadiense de derechos y libertades*? No.

Asunto *Hirst c. Reino Unido* (nº 2), Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en Gran Sala, de 6 de octubre de 2005³⁵² *Hirst c. Reino Unido*

13. De acuerdo con el estudio realizado por el Gobierno a partir de las informaciones aportadas por sus representaciones diplomáticas, en dieciocho países (Albania, Alemania, Azerbayán, Croacia, Dinamarca, República de Macedonia, Finlandia, Islandia, Lituania, Moldavia, Montenegro, Países Bajos, Portugal, República Checa, Eslovenia, Suecia, Suiza, Ucrania) los presos están autorizados a votar sin ninguna restricción; en trece países (Armenia, Bélgica³⁵³, Bulgaria, Chipre, Estonia, Georgia, Hungría, Irlanda, Reino Unido, Rusia, Serbia, Eslovaquia³⁵⁴, Turquía) todos los presos están condenados a la prohibición de votar o están imposibilitados para hacerlo, y en once países (Austria³⁵⁵, Bosnia-Herzegovina³⁵⁶, España³⁵⁷, Francia³⁵⁸, Grecia³⁵⁹, Italia³⁶⁰, Luxemburgo³⁶¹, Malta³⁶², Noruega³⁶³, Polonia³⁶⁴, Rumania) el derecho de voto de los presos puede estar limitado de alguna manera.

³⁵². Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>

³⁵³. La privación del derecho de voto puede prolongarse hasta el fin de la detención.

³⁵⁴. No hay prohibición pero nada permite a los presos votar.

³⁵⁵. El derecho de voto se prohíbe a los presos condenados a una pena de más de un año que hayan obrado de manera intencionada.

³⁵⁶. Las restricciones al derecho de voto se aplican a los presos acusados de graves violaciones del derecho internacional o inculcados por un tribunal internacional.

³⁵⁷. Salvo si el juez que fija la pena suprime expresamente el derecho de voto, lo que raras veces se produce.

³⁵⁸. Los presos pueden votar si el tribunal les concede el derecho.

³⁵⁹. Las restricciones se aplican a los presos condenados a penas superiores a diez años ; los condenados a cadena perpetua son privados definitivamente del derecho de voto. Para las penas comprendidas entre un año y diez, los tribunales pueden limitar el derecho de voto por un período de un a cinco años si el comportamiento demuestra perversidad moral.

³⁶⁰. Los autores de delitos graves y los quebrados condenados a una pena de cinco años o más pierden automáticamente el derecho de voto, mientras que los autores de infracciones menores excluidos de la función pública pierden, o no, el derecho de voto según la decisión del juez.

³⁶¹. Salvo si la supresión de derechos políticos forma parte de la pena impuesta por el juez.

³⁶². Los presos condenados por un delito grave pierden el derecho de voto.

14. Los otros elementos de los que dispone el Tribunal demuestran que en Rumania, los presos pueden estar privados del voto si la pena principal es superior a dos años de prisión, mientras que en Letonia, los presos que cumplan su pena en una penitenciaría no tienen derecho de voto. En cuanto a Liechtenstein, los presos no tienen derecho de voto.

Consideraciones jurídicas.

15. El presente caso trae a la luz la cuestión del derecho de voto de los presos que cumplen su condena. 11. En el pasado, diversas restricciones que afectaban a determinadas personas condenadas fueron admitidas por la jurisprudencia de los órganos del Convenio. 12. El Tribunal precisa que es la primera ocasión en la que debe examinar una privación general y automática del derecho de voto para los presos.

18. En lo que respecta al presente caso, el Tribunal destaca de antemano que los presos, en general, siguen disfrutando de todos los derechos y libertades fundamentales garantizados por el Convenio, con la excepción del derecho a la libertad, puesto que una privación regular entra expresamente en el campo de aplicación del artículo 5 del Convenio. Por ejemplo, los presos no pueden ser sometidos a malos tratos o a penas y condiciones inhumanas o degradantes, prohibidas por el artículo 3 del Convenio; siguen disfrutando del derecho al respeto a la vida familiar, del derecho a la libertad de expresión, del derecho a la práctica de su religión, del derecho acceso efectivo a un abogado o a un tribunal a los efectos del artículo 6, del derecho al respeto de la correspondencia y del derecho a contraer matrimonio. Cualquier restricción a estos derechos debe estar justificada, aun cuando tal justificación se base en consideraciones de seguridad, sobre todo en la prevención del delito y el mantenimiento del orden, que se derivan inevitablemente de las circunstancias del encarcelamiento (véase, por ejemplo, el asunto *Silver y otros* citado, §§ 99-105, en el que las restricciones generales al derecho de los presos a su correspondencia fueron juzgadas contrarias al artículo 8 pero en el que la interceptación de determinadas cartas que contenían amenazas y otras informaciones discutibles se consideró justificada para la prevención de delitos y el mantenimiento del orden).

19. No se trata, pues, únicamente de la cuestión de que el preso sea privado de los derechos garantizados por el Convenio por el mero hecho de que esté encarcelado a

³⁶³. El derecho de voto puede ser suprimido por un tribunal, aunque sea muy raro y puede limitarse a los casos de traición y de atentado a la seguridad nacional.

³⁶⁴. Los presos condenados a una pena de tres años o más cuando la infracción es “reprochable” (muy grave) pueden ser privados del derecho de voto.

consecuencia de una condena. No hay lugar en el sistema del Convenio, que reconoce la tolerancia y apertura de espíritu como las características de una sociedad democrática, para la privación automática del derecho de voto basándose únicamente en que podría contrariar a la opinión pública.

Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral de la Federación de México de 28 de febrero de 2007³⁶⁵

Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral de 28 de febrero de 2007

I. De la lectura del escrito inicial de demanda del presente juicio se desprende que el actor expresa como único agravio que la resolución impugnada lo imposibilita a ejercer sus derechos político-electorales de votar y ser votado al no emitirle su credencial para votar con fotografía. Lo anterior a pesar de que el actor presentó copia simple de la sentencia que lo coloca en el régimen jurídico de prelibertad al demostrar, por distintas razones, que tiene un pronóstico de readaptación favorable después de cumplir parte de la sentencia que lo privó de su libertad y como consecuencia de ello le suspendió, entre otros, sus derechos político-electorales...

Para ejercer el derecho a sufragar, los ciudadanos deben cumplir con los requisitos establecidos por las leyes electorales para tal efecto, tales como aparecer en la lista nominal correspondiente y contar con la credencial para votar con fotografía, según se desprende de los artículos 139, 140 y 145 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que imponen la obligación a los ciudadanos, de inscribirse en el Registro Federal de Electores, para que participen en la formación y actualización del Catálogo General de Electores y del Padrón Electoral; puedan obtener la credencial para votar con fotografía, y estén inscritos en la lista nominal respectiva. Con la satisfacción de los requisitos mencionados, los ciudadanos podrán participar, tanto en las elecciones federales, como en las locales...

I. Suspensión de Derechos. Conforme con lo establecido en la Constitución General de la República, en el artículo 38 fracciones III y VI, los derechos de los ciudadanos se suspenden durante la extinción de una pena corporal y/o por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión. En el primer supuesto la suspensión de los derechos es una pena accesoria derivada de la pena corporal. En el segundo supuesto la suspensión de los derechos es en sí la pena principal, como en el caso de las penas impuestas por la comisión de algunos delitos electorales.

³⁶⁵. <http://www.trife.gob.mx/>

En atención a la naturaleza accesoria de la suspensión de derechos político-electorales como consecuencia necesaria de la prisión, debe señalarse que cuando esta última es sustituida, la suspensión sigue la misma suerte que aquélla, por lo que cuando la pena principal es sustituida, debe entenderse que lo es en su integridad, incluyendo la suspensión de derechos políticos...

Cabe precisar que lo anterior es aplicable para cualquier sustitutivo (multa o trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, tratamiento en libertad o semilibertad), pues cuando la pena de prisión es sustituida por cualquier sustitutivo, incluye la suspensión de derechos políticos.

...La procedencia del beneficio de sustitución de pena por el régimen de prelibertad se podrá otorgar dos años antes del cumplimiento de las tres quintas partes de la pena de prisión impuesta tratándose de delitos dolosos, o dos años antes del cumplimiento de las dos cuartas partes de la pena de prisión impuesta en el caso de los delitos culposos. Dicha prelibertad deberá ser concedida en forma gradual y sistemática por el juez ejecutor de sentencias, atendiendo a los dictámenes técnico jurídico emitido por el Consejo Interno y Técnico Interdisciplinarios correspondientes.

...Es importante destacar que el régimen de preliberación tiene por objeto la reincorporación social del individuo lo cual concuerda plenamente con lo señalado en el artículo 18 de la Constitución General de la República que obliga a las autoridades mexicanas a organizar un sistema penal orientado a la readaptación social del delincuente, lo que deriva en ciertos beneficios que pueden o deben otorgarse, según sea el caso, cuando ello sea procedente.

...Es un criterio reiterado de esta Sala Superior, reconocido también por otras instancias internacionales, que los derechos político-electorales no son derechos absolutos sino que pueden estar sujetos a restricciones, siempre que las mismas estén previstas en la legislación, sean objetivas y razonables y respondan a un fin legítimo. En este sentido, atendiendo a las circunstancias del caso en particular, se considera que la suspensión de los derechos políticos del actor es innecesaria y desproporcionada si se atiende a la finalidad del régimen de derecho penal previsto constitucional basado en la readaptación social del individuo, pues al no haberse establecido como pena principal en la sentencia condenatoria, no existe una necesidad social imperiosa que justifique el mantenimiento de la suspensión de derechos político-electorales cuando se ha sustituido la pena de prisión con el régimen de preliberación, que no incluye alguna forma de reclusión, máxime si con la rehabilitación de sus derechos se facilita su readaptación social.

...Esta interpretación pro cive refleja la tendencia internacional y comparada de establecer medidas sustitutivas de la prisión siempre que se guarde un adecuado equilibrio entre las necesidades de readaptación del delincuente, sus derechos, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito. Así, lo refieren, por ejemplo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) cuando disponen, en su numeral 3.10, que durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad "los derechos del delincuente no podrán ser objeto de restricciones que excluyan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida." Siendo una de las medidas sustitutivas posteriores a la sentencia el régimen de preliberación o libertad condicional.

...Lo anterior está acorde con el principio de intervención mínima del ius puniendi de todo Estado democrático reflejado en la tendencia internacional. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirst vs Reino Unido*⁴ estimó que extender la suspensión del derecho al sufragio de forma abstracta, general e indiscriminada era incompatible con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente del Convenio Europeo en la materia. Lo anterior, entre otras razones porque no existe una liga entre la suspensión de los derechos políticos y la supresión de la criminalidad, siendo que la supresión del derecho al sufragio podría, de manera colateral, actuar contrariamente a la readaptación social del individuo. En sentido similar se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al señalar que la limitación injustificada del ejercicio del derecho al sufragio a los condenados constituye una sanción adicional que no contribuye a la rehabilitación social del detenido... En el mismo sentido, la Suprema Corte de Canadá en el caso *Sauvé v. Canada* (Chief Electoral Officer), estimó que la autoridad electoral había omitido identificar aspectos particulares que justificaran la negación del derecho de voto, a ciudadanos que se encontraban encarcelados. Dicho de otro forma, "la autoridad no ofreció ninguna teoría creíble que justificara por qué la denegación de un derecho fundamental democrático puede ser considerado como una forma de pena estatal"... La Suprema Corte de Israel discutía en 1996 la suspensión de los derechos de ciudadanía de Yigal Amir, quien fuera el asesino del Primer Ministro Yitzak Rabin, para finalmente favorecer al ciudadano. Igualmente, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en 1999 se pronunció por el carácter universal de los derechos políticos como aspecto fundamental en términos de civilidad y de democracia⁸ En el mismo sentido otros países han limitado la restricción del derecho de

sufragio a favor de los condenados entre ellos, Japón, Perú, Noruega, Polonia, Kenya, Dinamarca, Republica Checa, Rumania, Zimbabwe, Holanda, Suecia, Francia y Alemania...

Lo anterior ilustra una tendencia internacional hacia una minimización del ius puniendi del Estado a favor de la readaptación de los individuos y hacia proscribir la limitación de los derechos político-electorales cuando ella no está justificada...

VIII.- El voto de los extranjeros como expresión de una ciudadanía no nacional.

España contra Reino Unido, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 12 de septiembre de 2006³⁶⁶

*España c.
Reino Unido*

...Mediante su primer motivo, el Reino de España sostiene que el Reino Unido ha infringido los artículos 189 CE, 190 CE, 17 CE y 19 CE al conceder a los QCC [qualifying Commonwealth citizen] residentes en Gibraltar el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. Este motivo se basa en la premisa de que las disposiciones del Tratado establecen un vínculo entre ciudadanía de la Unión y derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo. La existencia de dicho vínculo tiene como consecuencia, según el Reino de España, que únicamente los ciudadanos de la Unión pueden ser titulares de ese derecho.

Con carácter preliminar, procede señalar que el Reino Unido adoptó la normativa impugnada por el Reino de España para dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Matthews c. Reino Unido*...

Por motivos que enlazan con su tradición constitucional, el Reino Unido tomó la decisión, tanto para las elecciones nacionales en el Reino Unido como para las elecciones a la Asamblea legislativa de Gibraltar, de conceder el derecho de sufragio activo y pasivo a los QCC que reuniesen determinados requisitos expresivos de un vínculo específico con el territorio con respecto al cual se organizan las elecciones...

No obstante, ni el artículo 190 CE ni el Acto de 1976 determinan de forma expresa y precisa quiénes son titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. Por lo tanto, dichas disposiciones no excluyen, en sí mismas, que a una persona que no tenga la condición de ciudadano de la Unión, como un QCC residente en Gibraltar, se le reconozca el derecho de sufragio activo y pasivo. Es preciso, sin embargo, comprobar si, como afirma el Reino de España, entre la ciudadanía de la Unión y

³⁶⁶. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>

el derecho de sufragio activo y pasivo existe un vínculo manifiesto que exige que dicho derecho quede siempre reservado a los ciudadanos de la Unión.

No se puede extraer ninguna conclusión clara al respecto de los artículos 189 CE y 190 CE, relativos al Parlamento Europeo, que indican que éste está compuesto por representantes de los pueblos de los Estados miembros, dado que el término «pueblos», que no está definido, puede tener distintos significados según los Estados miembros y las lenguas de la Unión.

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.

En efecto, si bien el artículo 17 CE, apartado 2, dispone que los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el Tratado, debe señalarse que este último reconoce derechos que no están vinculados a la condición de ciudadano de la Unión, ni siquiera de ciudadano de un Estado miembro.

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...

En cuanto al artículo 19 CE, apartado 2, que el Reino de España invoca asimismo para respaldar su tesis de que existe un vínculo entre la ciudadanía de la Unión y el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, se limita a enunciar una norma de igualdad de trato entre ciudadanos de la Unión que residen en un Estado miembro en lo que respecta al mencionado derecho de sufragio activo y pasivo. Si bien esta disposición, al igual que el artículo 19 CE, apartado 1, relativo al derecho de los ciudadanos de la Unión a ser electores y elegibles en las elecciones municipales, implica que los nacionales de un Estado miembro gozan del derecho de sufragio activo y pasivo en su propio país y obliga a los Estados miembros a reconocer tales derechos a los ciudadanos de la Unión que residan en su territorio, no puede deducirse de ella que a un Estado miembro que se encuentre en una situación como la del Reino Unido le esté vedado reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo a determinadas personas que tengan un

estrecho vínculo con él, pero que sin embargo no ostenten la condición de ciudadanos de dicho Estado o de otro Estado miembro.

... Por otra parte, en la medida en que el número de representantes elegidos en cada Estado miembro se fija en el artículo 190 CE, apartado 2, y que en el estado actual del Derecho comunitario, las elecciones al Parlamento Europeo se organizan en cada Estado miembro para los representantes elegidos en dicho Estado, la extensión hecha por un Estado miembro del derecho de voto en esas elecciones a personas distintas de sus propios nacionales o los ciudadanos de la Unión que residan en su territorio únicamente afecta a la identidad de los representantes elegidos en dicho Estado miembro y no tiene repercusión ni en la identidad ni en el número de los representantes elegidos en los demás Estados miembros.

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.

Por motivos que enlazan con su tradición constitucional, el Reino Unido tomó la decisión de conceder el derecho de sufragio activo y pasivo a los QCC que reuniesen determinados requisitos expresivos de un vínculo específico con el territorio con respecto al cual se organizan las elecciones. Ante la inexistencia en los Tratados comunitarios de disposiciones que indiquen de forma expresa y precisa quiénes son titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, no resulta contraria al Derecho comunitario la decisión del Reino Unido de extrapolar a esas elecciones, organizadas en Gibraltar, los requisitos establecidos en su normativa nacional para ser elector y elegible, tanto en las elecciones nacionales en el Reino Unido como en las elecciones a la Asamblea legislativa de Gibraltar...

IX.- El voto de los nacionales ausentes.

Sentencia del Tribunal Constitucional de España nº 153/2003, de 17 de julio de

STC 153/2003

2003³⁶⁷

³⁶⁷. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

6. la remisión que el artículo 23 CE efectúa al marco de la legalidad para el ejercicio del derecho fundamental que en él se consagra nos obliga a realizar un análisis de la normativa que lo disciplina. Pues bien, el artículo 190 LOREG establece las reglas a las que habrá de sujetarse la emisión del voto por correspondencia de los españoles residentes ausentes que vivan en el extranjero y deseen ejercer su derecho en las elecciones del municipio en que estén inscritos, según el censo electoral. A tal efecto, y una vez efectuada la comunicación a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral -no más tarde del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria-, el apartado 2 del precepto determina que se les enviará un certificado idéntico al previsto en el artículo 72, una papeleta de votación en blanco, cuyo formato se determinará reglamentariamente, copia de la página o páginas del Boletín Oficial de la provincia en el que figuren las candidaturas proclamadas en el municipio, el sobre de votación, así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la mesa electoral que le corresponda, todo lo cual irá acompañado de una hoja explicativa. En cuanto a la forma de emitir el voto, el apartado 4 del mismo artículo 190 establece lo siguiente: «El elector escribirá en la papeleta el nombre del partido, federación, coalición o agrupación a cuya candidatura desea votar y remitirá su voto conforme a lo dispuesto en el artículo 73, párrafo 3». El precepto no establece ninguna consecuencia para el caso de que se incumplan las reglas establecidas para la cumplimentación de la papeleta.

Por su parte, el artículo 96.2 LOREG dispone de forma rotunda que «en el caso de elecciones al Congreso de los Diputados, al Parlamento Europeo, a los Ayuntamientos y Cabildos Insulares serán también nulos los votos emitidos en papeletas en las que se hubiera modificado, añadido, señalado o tachado nombres de los candidatos comprendidos en ella o alterado su orden de colocación, así como aquellas en las que se hubiera producido cualquier otro tipo de alteración».

Es preciso que determinemos, pues, si la interpretación excluyente de ambos preceptos realizada por el órgano judicial en la Sentencia impugnada resulta conforme con los derechos consagrados en el artículo 23 CE, tanto en la vertiente del derecho de sufragio activo como en la del derecho de sufragio pasivo.

Pues bien, dicha interpretación no puede ser considerada admisible ni a partir de los propios términos de la Ley Orgánica del régimen electoral general ni desde la necesidad de interpretar las normas según la Constitución y, específicamente, en el presente caso, de acuerdo con los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 23 CE, que aparecen,

en virtud del carácter democrático del Estado, como un elemento básico de todo el sistema constitucional.

Desde la primera perspectiva, hay que partir del hecho de que la Ley Orgánica del régimen electoral general resulta de aplicación, en general, a las elecciones de Diputados y Senadores a Cortes Generales (sin perjuicio de lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía para la designación de los Senadores previstos en el artículo 69.5 CE), a las elecciones de los miembros de las corporaciones locales y a las de los Diputados del Parlamento Europeo (artículo 1.1). La Ley también se aplica a las elecciones a las Asambleas de las Comunidades Autónomas, en los términos de su disposición adicional primera (artículo 2.2). Sobre esta base, su título primero establece las «Disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal directo», recogándose en títulos sucesivos las reglas especiales para cada uno de los distintos procesos electorales. Disposiciones comunes que resultan aplicables también al desarrollo de las elecciones municipales (artículo 140 CE) sin perjuicio de que deban completarse con las disposiciones especiales que establece el título III.

Dentro de estas reglas especiales se encuentran las del artículo 190 LOREG, referidas al voto por correspondencia de los residentes ausentes que vivan en el extranjero, que sustituyen para las elecciones municipales el régimen previsto con carácter general en el artículo 75 de la misma Ley que, en su apartado 7, excluye expresamente de su aplicación el voto en las elecciones municipales, remitiéndolo a sus disposiciones específicas. Sin embargo, no aparece una exclusión similar en el artículo 96 LOREG en cuanto a las causas de nulidad de los votos, ni el artículo 190 incluye norma específica alguna sobre la invalidez del voto por correspondencia de los residentes ausentes que venga a suplir las que de manera general se enuncian en aquel precepto.

Por el contrario, parece evidente que el artículo 96.2 LOREG, tanto por sus categóricos términos como por su situación dentro del título primero de la Ley (y, a su vez, con incardinación en las normas referidas al escrutinio electoral), tiene una vocación de generalidad, entendida en el sentido de que todos los votos, con independencia de su procedencia, se ven sometidos a sus determinaciones.

No carece de trascendencia el hecho de que en las elecciones municipales, a diferencia de las elecciones de Diputados y Senadores a Cortes Generales, de Diputados al Parlamento Europeo y de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, esta aplicación se ha de realizar incluso respecto de los votos de los residentes ausentes emitidos por correspondencia, porque el sobre se envía directamente a la mesa

electoral, según resulta de la remisión que el artículo 190.4 LOREG efectúa a las disposiciones de los apartados 3 y 4 del artículo 73, referidos al voto por correspondencia.

7.... En este punto, es preciso subrayar que el artículo 190 regula el mecanismo a través del cual se facilita a determinados electores -los residentes ausentes que vivan en el extranjero- la emisión de su voto, que se realiza sobre una papeleta de votación en blanco en la que han de indicar únicamente el nombre de la formación política a cuya candidatura desean votar y el nombre del municipio correspondiente. Pero, en esencia, tal proceso no altera la naturaleza de la elección, que sigue recayendo sobre candidaturas cerradas y bloqueadas, que no admiten modificaciones por parte de los electores, con independencia del formato de las papeletas que en cada caso se utilicen. La única diferencia estriba en que a los electores residentes ausentes, en lugar de las papeletas impresas de cada una de las candidaturas, se les envía por la respectiva Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral una copia del Boletín Oficial de la provincia correspondiente en el que figuran todas las candidaturas proclamadas en el municipio en el que figuren inscritos, a las cuales habrán de atenerse sin posibilidad de alteración alguna, razón por la cual el apartado 4 del reiterado artículo 190 sólo les permite escribir en la papeleta el nombre de la formación política a la que deseen votar. En definitiva, aun con distinto instrumento de emisión de su voluntad, los electores residentes ausentes encuentran las mismas limitaciones que los demás a la hora de emitir su voto: en ningún caso pueden alterar las listas electorales sobre las que el mismo recae.

X.- *La igualdad del sufragio y sus distorsiones: “voto reforzado”, “desproporcionalidad”, “barrera electoral”.*

Asunto *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 15 de junio de 1964³⁶⁸

Reynolds v. Sims

En *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368, declaramos inconstitucional el sistema del Estado de Georgia de distribución de escaños en función de los condados, aplicable en las elecciones primarias, pues generaba un menoscabo del valor de los votos de determinados electores por razón de su residencia. De conformidad con las Enmiendas Decimoquinta y Decimonovena se prohíbe a los Estados que sobrevaloren o menoscaben los votos basándose en la raza o en el sexo... Y finalmente, concluimos que la idea de igualdad

³⁶⁸ . http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0377_0533_ZO.html.

política de la Declaración de Independencia, del Discurso de Lincoln en Gettysburg, de la Decimoquinta, Decimosexta y Decimonovena Enmiendas, únicamente puede significar una cosa: una persona, un voto.

En *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1, ..., concluimos 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. Nuestra Constitución prohíbe clasificar a las personas de manera que este derecho se reduzca de forma innecesaria.

En [*Gray* y *Wesberry*] dijimos que, tanto en las elecciones estatales como federales, el voto de una persona debe tener el mismo valor que el de los otros votantes... En *Gray*, a propósito del valor de los votos en las elecciones estatales, establecimos el principio básico de igualdad entre los electores, que, por mandato constitucional, no puede resultar afectado por su clasificación en función de su lugar de residencia. Y nuestra decisión en *Wesberry* estuvo, como es lógico, basada en el texto de la Constitución, que ordena que los miembros de la Cámara Federal de Representa sean elegidos “por el Pueblo”,... [En] *Wesberry* establecimos claramente que el principio fundamental del gobierno representativo en este país es el de la representación igual de todos los ciudadanos, sin discriminación por razón de raza, sexo, situación económica o lugar de residencia en el Estado. Aquí nuestro problema es determinar si encontramos en la Constitución principios que puedan justificar que los Parlamentos estatales puedan apartarse del criterio básico de igualdad entre los votantes en el momento de diseñar los distritos electorales.

Es cierto que las sentencias *Cray* y *Wesberry* no nos permiten resolver automáticamente las cuestiones que ahora nos ocupan, relativas al reparto de escaños en las elecciones a las asambleas legislativas estatales. Pese a que se referían a cuestiones distintas, nos son ahora de utilidad. En ambas sentamos el principio conforme al cual en los procesos electorales (estatales o federales) los votos de los electores deben contabilizarse de manera equitativa e igualitaria. En *Cray*, refiriéndonos a las elecciones estatales, dedujimos el principio fundamental de igualdad entre los electores, que no podía verse alterado por disposiciones o clasificaciones en función del lugar de residencia. Y en *Wesberry* analizamos el problema desde el punto de vista no de la cláusula de protección equitativa de la 14ª enmienda, sino desde la perspectiva de que, conforme a la Constitución, es «el pueblo» quien elige a los congresistas. Sin embargo, establecimos claramente que el principio fundamental de la democracia representativa en este país es la

representación igualitaria de los ciudadanos (es decir, las mismas personas han de tener la misma representación), sin condicionamientos de raza, sexo, situación económica o lugar de residencia en el Estado.

Y, si un Estado estableciese que los votos de los ciudadanos de una parte de su territorio valen dos veces, o cinco veces o diez veces más que los votos de los ciudadanos de otra parte del Estado, difícilmente se podría argumentar que el derecho de voto de los residentes en estas áreas desfavorecidas no ha sido efectivamente menoscabado... Es fácil demostrar matemáticamente la discriminación contra los votantes que viven en las zonas desfavorecidas Su derecho de voto no es, simplemente, igual que el derecho de voto de los habitantes de la zona favorecida del Estado...

No existe ningún criterio válido para discriminar a uno u otro tipo de ciudadano en lo referente al valor de sus votos, salvo que pueda considerarse relevante para los fines legítimos de la redistribución de distritos electorales.

Teniendo en cuenta que el objeto de la legislación electoral y en concreto de la distribución de distritos electorales es una justa y equitativa representación de los ciudadanos, debemos concluir que la cláusula de protección equitativa garantiza la igualdad en la participación de los electores en la elección de parlamentarios estatales. Menoscabar el valor de los votos en función del lugar de residencia vulnera derechos fundamentales de la 14^a enmienda, lo mismo que si se tratase de una discriminación arbitraria basada en la raza (*Brown v. Board of Education, 1954*) o en el nivel económico (*Griffin v. Illinois*)

El valor, mayor o menor, de su voto no puede depender del lugar donde viva. Las sociedades y las civilizaciones evolucionan, a veces a velocidades sorprendentes. Una nación antaño esencialmente rural es ahora sobre todo urbana. Sistemas de representación electoral que antiguamente eran justos y proporcionados se convierten en arcaicos e inservibles. Pero hay un principio que permanece inalterado e inalterable: el valor del voto de los ciudadanos no puede depender del lugar en el que vivan. Por supuesto que la población y el dato demográfico es, necesariamente, el punto de partida para que los tribunales enjuicien la distribución electoral hecha por el legislador. Un ciudadano, cuando reúne las condiciones para ser votante, no lo es más o no lo es menos si vive en la ciudad o en una granja. Este es el mandamiento de la cláusula de protección equitativa de nuestra Constitución. Es una parte esencial del Estado de Derecho, y está en el corazón de la idea de Lincoln del Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Por ello decimos, como estándar constitucional básico, que la cláusula de protección equitativa exige que los

escaños en las dos cámaras de los Estados deben asignarse conforme a la población, y con una representación igualitaria de todos los ciudadanos, vivan donde vivan y tengan la raza que tengan. Sencillamente, el derecho de un ciudadano al sufragio, en las elecciones legislativas estatales, se ve inconstitucionalmente menoscabado cuando el valor de su voto resulta debilitado en comparación con el valor del voto de otros ciudadanos que vivan en otras zonas del Estado [...].

Sentencia del Tribunal Constitucional de España nº 75/1985, de 21 de junio de 1985³⁶⁹ STC 75/1985

5. Existe una considerable variedad de tales fórmulas y sus efectos, aunque todas ellas estén presididas por el criterio de la proporcionalidad, son bien distintos para ésta; así, en lo que se refiere a la regla de Hondt,..., de su aplicación resulta cierta ventaja relativa - aunque no superior a la de otras fórmulas consideradas igualmente proporcionales- para las listas más votadas, y ello como consecuencia del peculiar sistema de cocientes sucesivos que dicha regla articula.

En la aplicación de esta regla de Hondt es donde...el mismo precepto legal ha introducido la exigencia aquí cuestionada, de contar, al menos, con el 3 por 100 de los votos en escaños, existiendo, por tanto, un evidente propósito del legislador de restringir, para los partidos o grupos políticos cuyo soporte electoral es más reducido, el acceso al Congreso de Diputados, así como a las Asambleas legislativas de la Comunidades Autónomas, en la medida de la exigencia se ha extendido a su formación, lo que, si se pone en conexión con los efectos ventajosos ya mencionados para los partidos o grupos más votados, confirma la finalidad, que subyace en este conjunto de reglas, de procurar, combinando incentivos y límites, que la proporcionalidad electoral sea compatible con el resultado de que la representación de los electores en tales Cámaras no sea en exceso fragmentaria, quedando encomendada a formaciones políticas de cierta relevancia.

La validez constitucional de esta finalidad es lo que justifica, en último término, el límite del 3 por 100 impuesto por el legislador, y esa validez se aprecia sí tenemos en cuenta que el proceso electoral, en su conjunto, no es sólo un canal para ejercer derechos individuales (personales o de grupo) reconocidos por el artículo 23 de la Constitución, sino que es también, a través de esta manifestación de estos derechos subjetivos, un medio para dotar de capacidad de expresión a las instituciones del Estado democrático y proporcionar

³⁶⁹. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

centros de decisión política eficaces y aptos para imprimir una orientación general a la acción de aquél.

La experiencia de algunos períodos de nuestra historia contemporánea y la de algunos otros regímenes parlamentarios enseñan, sin embargo, el riesgo que, en relación a tales objetivos institucionales, supone la atomización de la representación política, por lo que no es, por lo tanto, ilegítimo que el ordenamiento electoral intente conjugar el valor supremo que, según el artículo 1.1 de la C.E., representa el pluralismo -y su expresión, en este caso, en el criterio de la proporcionalidad- con la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos, por lo que la posibilidad de tal limitación de la proporcionalidad electoral resulta tanto más justificada cuanto que, según hemos visto, no cabe, en rigor, hablar de un derecho subjetivo a la misma sobre la base estricta del artículo 23.2 de la C.E.

Importa recordar, a estos efectos, que son varios los preceptos constitucionales (arts. 99.3 in fine, 112 y 113.1 básicamente) que pueden comprenderse como expresión de una exigencia racionalizadora en la forma de gobierno, y así lo ha entendido este mismo Tribunal en su Sentencia 16/1984, de 6 de febrero, al afirmar que «junto al principio de legitimidad democrática, de acuerdo con el cual todos los poderes emanan del pueblo y a la forma parlamentaria de gobierno, nuestra Constitución se inspira en un principio de racionalización de esta forma»; por lo que, al servicio de esta experiencia o principio puede perfectamente considerarse que se encuentran también las cláusulas limitativas del escrutinio proporcional del mismo tipo que la que examinamos.

No es difícil, en efecto, percibir que esta cláusula se ha inspirado de modo muy directo, igual que varios de los elementos racionalizadores a que acabamos de hacer referencia, en el precedente de la República Federal de Alemania, donde las candidaturas electorales tienen la necesidad de superar también un porcentaje mínimo de votos -por cierto, superior al que se ha establecido en España, pues allí se trata de un 5 por 100- para tener derecho al reparto electoral. En esta situación, el Tribunal Constitucional Federal ha tenido ocasión de pronunciarse, en una serie de casos análogos al aquí suscitado, sobre la validez constitucional de ese límite, tanto en el plano federal como respecto al ordenamiento de algún Land; y en tales casos, aquel Tribunal siempre concluyó en la validez del límite, considerándolo como garantía legítima de la eficacia de las instituciones parlamentarias, en cuanto tiende a corregir fragmentaciones excesivas en la representación política obtenida mediante la proporcionalidad electoral...

El límite del 3 por 100... respeta, en sustancia, el criterio de la proporcionalidad, ya que la restricción no impide que el reparto de escaños se realice conforme a ese criterio respecto a la inmensa mayoría de los votos emitidos en la circunscripción, y eso que, en el presente caso, al tratarse de unas elecciones y de una circunscripción en las que estaba en juego un elevado número de escaños (85), aumentaba considerablemente la posibilidad de que listas que no hubiesen alcanzado ese límite, de no existir éste, hubiesen tenido acceso al reparto, y la existencia de la barrera legal aparece, por otra parte, plenamente justificada, según todo lo anteriormente expuesto, al haber actuado el legislador con fines cuya licitud, desde la perspectiva constitucional, no es discutible, por lo que no puede, por todo ello, apreciarse que los preceptos de la Constitución y del Estatuto Catalán de Autonomía que determinan la existencia de un sistema de representación proporcional hayan sido vulnerados por la norma legal que impone esa barrera, y esta inexistencia de infracción constitucional o estatutaria nos conduce a la conclusión de que dicha norma tampoco contradice el contenido del derecho del artículo 23.2 de la Constitución, en cuanto al carácter de los requisitos que para el ejercicio de tal derecho se señalan

Decisión n° 2003-475 del Consejo Constitucional de Francia sobre la Ley relativa a la elección de senadores, de 24 de julio de 2003³⁷⁰

Decisión n°
2003-475

5. Considerando que el juego combinado del artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789 y de los artículos 3 y 24 de la Constitución imponen al Legislador la reforma del reparto de los escaños de senador por departamento para tener en consideración los cambios de población de las entidades territoriales a las que el Senado otorga representación.

Sentencia 0066/2005, del Tribunal Constitucional de Bolivia, de 22 de septiembre de 2005³⁷¹

Sentencia
0066/2005

La Constitución, con el objeto de lograr que la representación en la Cámara de Diputados sea proporcional al número de habitantes que tiene cada Departamento, establece que los ciento treinta escaños de los que se compone la Cámara, “se determina por ley en base al número de habitantes de cada uno de ellos, de acuerdo al último Censo Nacional”... Es en desarrollo de esa norma constitucional que el legislador determinó esa

³⁷⁰. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

³⁷¹. <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion12503.html>

distribución mediante la norma prevista por el artículo 88 de la Ley Electoral (texto ordenado de la Ley 1984), basándose en los resultados del Censo Nacional de 1992, ...

Ahora bien, corresponde señalar que tomando en cuenta los datos del Censo Nacional de 1992, la disposición legal impugnada era compatible con la Constitución; sin embargo se ha realizado un nuevo Censo Nacional de Población y Vivienda el 5 de septiembre de 2001, cuyos resultados demuestran que se han producido variaciones importantes y significativas en la población de los departamentos, pues unos departamentos han aumentado de población, en cambio otros han disminuido debido, sobre todo, a los flujos migratorios. En consecuencia, se ha originado una inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 88 de la Ley Electoral, ello por una omisión del Legislativo que no ha cumplido con el mandato constitucional previsto por el artículo 60.VI, cual era actualizar la distribución de los escaños entre los departamentos sobre la base del último Censo Nacional realizado el año 2001; pues resulta que la distribución prevista por el actual texto del artículo 88 de la Ley Electoral ya no responde al número de habitantes que tienen los departamentos en la actualidad...

Asimismo, la disposición legal impugnada también vulnera el valor superior de la igualdad proclamado por el artículo 1.II de la Constitución, toda vez que da un tratamiento discriminatorio a aquellos departamentos que, conforme al último Censo Nacional, han tenido un considerable incremento en el número de sus habitantes, frente a aquellos departamentos que han sufrido una disminución, pues a aquéllos se les asigna un número de escaños proporcionalmente menor con relación a éstos últimos, a los cuales se les asigna un número de escaños proporcionalmente mayor a sus habitantes determinados en el último Censo Nacional; por otra parte, vulnera el derecho a la igualdad de los ciudadanos que habitan en los departamentos con mayor población, derecho consagrado por el artículo 6.I de la Constitución, ya que les brinda un tratamiento discriminatorio con relación a los ciudadanos que habitan en los departamentos con menor población, toda vez que el voto de aquellos tiene un menor valor con relación al voto de estos últimos; por lo tanto, indirectamente también se vulnera el derecho al sufragio de los ciudadanos que habitan en los departamentos con mayor población ya que su voto no es igual respecto al voto de los otros ciudadanos que habitan en los departamentos con menor población.

Finalmente, la disposición legal impugnada es incompatible con la norma prevista por el artículo 219 de la Constitución, que proclama el principio de la representación proporcional como base del sistema electoral en que se sustenta el régimen democrático representativo y participativo; ello en razón a que la distribución de escaños entre los

departamentos prevista por el artículo 88 de la Ley Electoral no es proporcional al número de habitantes que tienen los diferentes departamentos en la actualidad conforme al último Censo Nacional de 2001; al contrario es una distribución que genera sub representación en unos departamentos y sobre representación en otros, lo cual no es compatible con el principio de representación proporcional.

En consecuencia,..., la disposición legal es inconstitucional y debe ser expulsada del ordenamiento jurídico, estando obligado el Poder Legislativo, por mandato del Constituyente, a sustituirla para determinar la nueva distribución de escaños”.

XI.- La libertad del voto como expresión de la capacidad para autodeterminarse políticamente. El sufragio obligatorio y el tratamiento jurídico de la abstención. STC
189/1993

Sentencia del Tribunal Constitucional de España nº 189/1993, de 14 de junio de 1993³⁷²

5. La demanda de amparo aprecia, en primer lugar, como lesión distinta al derecho a la igualdad en aplicación jurisdiccional del Derecho, la del artículo 23.1 de la Constitución española que consagra el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Se quejan las organizaciones sindicales recurrentes de que, por computarse como horas reales de absentismo el tiempo invertido en el ejercicio del voto en todo tipo de elecciones, tanto de carácter político como sindical, para la percepción del referido complemento, se produce un obstáculo al libre ejercicio del derecho de participación electoral. En el problema así planteado deben deslindarse dos cuestiones: a) la vulneración del artículo 23 C.E. por lo que se refiere a las elecciones sindicales, y b) la incidencia en el referido precepto constitucional del hecho de la inasistencia al trabajo por ejercitar el derecho al sufragio...

Por lo que se refiere a las elecciones políticas, la legitimidad de la inclusión entre las faltas de asistencia que pueden producir la privación del incentivo, merece, sin embargo, una valoración totalmente distinta y adversa desde la óptica constitucional que estamos analizando. La posibilidad de ausentarse del trabajo para participar en las consultas electorales, mediante la concesión a los trabajadores de un permiso retribuido, aunque derive de una norma infraconstitucional (el Real Decreto correspondiente que se dicta en ciertas convocatorias electorales al amparo del artículo 37.3 Estatuto de los Trabajadores), se configura como un acto de ejecución de un derecho fundamental. La

³⁷². <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

importancia que el derecho de sufragio tiene en el sistema democrático justifica que los poderes públicos traten de favorecer la participación de quienes tienen mayores dificultades para votar, concretamente los trabajadores por cuenta ajena, mediante el establecimiento de un permiso retribuido para ejercerlo, sin que ello, como este Tribunal ha declarado en ATC 346/1991, sea arbitrario o discriminatorio. Es justificable que, aquellos que por razón del trabajo por cuenta ajena no pueden disponer de la jornada completa para votar, se les habilite, bien que no sea preciso, un tiempo dedicado a la emisión del voto en el horario en que el trabajo ha de prestarse, compensando una gravosa situación. Habiéndose previsto dicha ventaja para hacer efectivo el ejercicio del derecho al sufragio, no se compadece bien con la índole de este derecho, que por Convenio Colectivo, contrato de trabajo o decisión unilateral del empresario se establezcan incentivos tendentes a contrarrestar o enervar la finalidad de la ventaja reconocida a los trabajadores.

Esta obstaculización se ha producido en el presente caso como consecuencia de la inclusión de las elecciones políticas en el porcentaje de absentismo para calcular el incentivo económico tantas veces citado, porque, al configurarse el permiso como un derecho o facultad adicional al sufragio pero integrado en el contenido de éste (SSTC 9/1988 y 51/1988), su uso, que no puede conllevar ninguna consecuencia perjudicial para el trabajador que ejerce tal derecho de ausentarse para votar, tiene, sin embargo, aquí repercusiones negativas para la totalidad de los trabajadores en cuanto que el cómputo del tiempo para votar junto con otras causas de inasistencia al trabajo puede determinar la pérdida de todo un incentivo económico de vencimiento anual, superados ciertos niveles de absentismo.

Todo ello, sin perjuicio de que el cómputo de tales ausencias puede llevar a dificultar la participación de los trabajadores en las consultas electorales, coaccionándoles al no ejercicio de su derecho de sufragio. No cabe argumentar, como hace la empresa, que no se ha limitado para nada este derecho porque, de un lado, en la única consulta electoral - concretamente al Parlamento Europeo- hiciera uso del derecho al voto el 95 por 100 de los trabajadores, y, de otro, todos hayan percibido el plus, pues por encima de la nula repercusión práctica, es lo cierto que se ha recortado su libertad para el ejercicio del derecho de sufragio, ya que pesaba sobre ellos la eventual privación de dicho incentivo, lo que no es admisible desde el ámbito del derecho de sufragio activo. La cláusula paccionada, en cuanto integra dentro de las causas del índice de absentismo determinante de la adquisición o pérdida del incentivo la participación en los procesos electorales políticos, desde un punto de vista objetivo, olvida que el fomento de la productividad no

puede nunca erigirse en obstáculo que dificulte la participación de los trabajadores en la vida política (artículo 9.2 de la Constitución española), por lo que, al erigirse en un estímulo de absentismo, ha de merecer el mayor reproche desde el prisma de las exigencias de todo sistema democrático y desde el subjetivo, que aquí interesa, constituye una vulneración del artículo 23.1 C.E.).

XII.- El secreto del voto como garantía de una participación libre: su ineludible extensión a las personas ciegas.

Sentencia T-473/03, de la Corte Constitucional de Colombia, de 9 de junio de 2003³⁷³

Sentencia T-473/03

5. El carácter del voto secreto en relación con los disminuidos físicos o sensoriales.

Concebido el derecho al voto como un derecho y un deber ciudadano, siendo por esencia de carácter secreto, se impone la implementación de medidas garantizadoras tales como: realizarse de manera individual y en cubículos separados que deberán instalarse en cada mesa de votación, con tarjetas electorales pre impresas en papel, etc. Las anteriores medidas deben ofrecer la seguridad necesaria, de tal manera que no se presente coacción indebida sobre el votante, o cualquier otra actuación que pudiese perturbar la libertad y autonomía del mismo. Es por ello que la “organización electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones todos los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos” (artículo 258 CP)...

No es justo, ni constitucional, que los limitados físicos, en la práctica, vean restringido su derecho al voto. Esto conlleva a que se presente, excepcionalmente, la posibilidad de que ciertas personas voten en compañía de otra que les facilite el ejercicio del derecho político citado.

Lo anterior se fundamenta en que una medida de prevención en contra la manipulación del votante, como lo es el modo de ejercicio del derecho al voto, no puede llegar al extremo de significar, en la práctica, la total denegación del derecho a elegir y ser elegido libremente. En efecto, si la delimitación del marco de acción del derecho se hace tan reducida que anula su núcleo duro, la esencia se desvirtúa, ocurriendo, entonces, la desnaturalización de la figura. (Sentencia T-446/94. M. P. Alejandro Martínez Caballero).

³⁷³. En http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/

... Esta corte en ejercicio del control de constitucionalidad sobre la norma antes transcrita, en sentencia C-353 de 1994 manifestó que la exigencia establecida por la norma de que sea un familiar quien acompañe a quien padezca limitaciones y dolencias físicas, o sea mayor de ochenta años, implica una restricción desmedida e inaceptable del derecho al sufragio. Por ello, quien padezca de tales limitaciones podrá, “si esa es su voluntad, pedir la ayuda de alguien. Pero imponerle la presencia de un “familiar”, es algo que limita el ejercicio de un derecho, Además, la ley no define qué es un familiar, pues jurídicamente debe hablarse de parientes.

Fueron los anteriores razonamientos los que llevaron a la Corte a declarar ajustada a la Constitución la norma censurada, a excepción de las expresiones “un familiar” “y sus familiares” (este último estaba contenido en el párrafo de la misma norma) que fueron declaradas inexecutable.

Sin embargo la Corte dejó abierta la posibilidad para que en el futuro el gobierno implemente tarjetones en sistema Braille, a fin de que puedan ejercer el derecho al voto, sin necesidad de acompañante, los ciudadanos que padezcan limitaciones y dolencias físicas y los mayores de 80 años, o quien padezca problemas avanzados de la visión siempre que el votante conozca dicho sistema...

En síntesis, a los invidentes que saben leer por medio de ese sistema se les debe permitir votar con él, además de ir acompañados. A los invidentes que no manejen dicho sistema se les debe permitir que vayan también con un acompañante, pero que el voto lo emita el invidente...

Resuelve: Segundo. Ordenar a la Registraduría Nacional del Estado Civil, que debe hacer publicidad con el fin de que los invidentes que quieran utilizar el sistema Braille hagan conocer su interés de votar con ese sistema a la Organización Electoral; debe también hacer acopio de la información del número de personas invidentes, con las organizaciones o asociaciones de invidentes que existan, diseñar una política y un programa que le permita identificar a los usuarios del sistema Braille u otro con el que se pueda determinar las personas invidentes que deseen votar sin acompañante, con el fin de determinar la cantidad de personas que ejercerán su derecho al voto por este sistema y tendrá un plazo máximo de un (1) año contado a partir de la fecha de esta sentencia para ponerlo en ejecución respecto de todos los invidentes que no han sido actores dentro de esta sentencia. El acopio de la información debe iniciarse por la Registraduría Nacional del Estado Civil dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta tutela. En relación con el tutelante debe hacerse efectiva a partir de la próxima votación.

XIII.- La participación política inmediata: el voto personal directo. El sufragio asistido y el voto por correspondencia.

Sentencia T-473/03, de la Corte Constitucional de Colombia, de 9 de junio de 2003³⁷⁴

Sentencia T-473/03

No es justo, ni constitucional, que los limitados físicos, en la práctica, vean restringido su derecho al voto. Esto conlleva a que se presente, excepcionalmente, la posibilidad de que ciertas personas voten en compañía de otra que les facilite el ejercicio del derecho político citado.

... Esta corte en ejercicio del control de constitucionalidad sobre la norma antes transcrita, en sentencia C-353 de 1994 manifestó que la exigencia establecida por la norma de que sea un familiar quien acompañe a quien padezca limitaciones y dolencias físicas, o sea mayor de ochenta años, implica una restricción desmedida e inaceptable del derecho al sufragio. Por ello, quien padezca de tales limitaciones podrá, “si esa es su voluntad, pedir la ayuda de alguien. Pero imponerle la presencia de un “familiar”, es algo que limita el ejercicio de un derecho. Además, la ley no define qué es un familiar, pues jurídicamente debe hablarse de parientes.

Fueron los anteriores razonamientos los que llevaron a la Corte a declarar ajustada a la Constitución la norma censurada, a excepción de las expresiones “un familiar” “y sus familiares” (este último estaba contenido en el parágrafo de la misma norma) que fueron declaradas inexecutable.

...Esta Sala encuentra que no se vulnera la calidad del voto secreto por el sólo hecho de que una persona acompañe al votante invidente para que pueda ejercer este derecho, dado que es razonable que si el mismo sufragante lo escoge libremente, es porque confía plenamente en ella dadas sus condiciones personales o profesionales, ya que es precisamente su idoneidad para tal efecto lo que lo convenció libremente de que fuese su acompañante. Debe resaltarse además que, no es el acompañante del votante disminuido quien decide por cuál candidato votar, sino que directamente lo hace quien va a ejercer el derecho al sufragio, pues el hecho de ser acompañante no equivale a votar por el invidente, ya que el sufragio es un derecho subjetivo de este último.

En síntesis, a los invidentes que saben leer por medio de ese sistema se les debe permitir votar con él, además de ir acompañados. A los invidentes que no manejen dicho

³⁷⁴. En http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/

sistema se les debe permitir que vayan también con un acompañante, pero que el voto lo emita el invidente...

XIV.- El voto electrónico: ¿el nuevo fuego de Prometeo o la vieja caja de Pandora?

Resolução nº 21.201, del Tribunal Superior Electoral de Brasil, de 10 de septiembre de 2002³⁷⁵

Resolução nº
21.201

Resolvemos ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, acolher em parte o pedido, nos termos do voto do relator, que fica fazendo parte integrante desta decisão.

O Senhor Ministro Fernando Neves: Sr. Presidente, o Partido dos Trabalhadores - PT requer, em síntese, a adoção de providências para otimizar os testes a que estão sendo submetidos os programas dos sistemas eletrônicos de votação e totalização dos resultados a serem utilizados nas eleições deste ano. Requer, também, a ampliação da auditoria de verificação do funcionamento das urnas eletrônicas, mediante votação paralela, a ser realizada com 349 urnas eletrônicas, em invés de duas por estado...

Sr. Presidente, como se vê da manifestação do Sr. Secretário de Informática, foram adotados procedimentos que atenderão ao requerido pelo Partido das Trabalhadores no tocante aos testes dos sistemas, assegurando-se total transparência.

Aliás, justamente em razão desses cuidados, optou-se pela transferência do novo período de análise dos sistemas.

Penso, portanto, que está assegurada a transparência necessária.

Em relação á segunda pretensão -aumento do número das urnas que serão submetidas à auditoria pelo sistema de votação simulada, titulada pela Lei nº 10.408 de paralela- concordo com o entendimento de que neste momento não há condições operacionais para modificar o que estabelecido na Resolução nº 21.127, de 20.06.2002.

É inequívoco que a simulação de votação exige grande aparato logístico e mão-de-obra qualificada, sob pena de comprometer a segurança desse procedimento e a confiança no sistema em geral.

Assim, impossível atender o pedido como formulado.

Creio, porém, que podemos adotar uma outra medida. Na véspera do día da eleição, no mesmo momento em que sorteadas as duas urnas eletrônicas que deverão seguir o

³⁷⁵. <http://www.tse.gov.br/>

procedimento estabelecido na mencionada Resolução nº 21.127, serão também sorteadas outras urnas, até atingir o número indicado no Anexo, distribuídas em todo o Estado.

Essas urnas não teriam o mesmo tratamento das duas primeiras, ou seja, auditoria por votação simulada no da eleição. Elas seriam separadas e guardadas pelo Tribunal Regional para conterência em momento posterior, na forma que for disciplinada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Desse modo, meu voto é que se acolha o pedido em parte, para o fim acima indicado.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu parcialmente o pedido, nos termos do voto do relator.

XV.- La naturaleza declarativa de la inscripción en el censo o padrón electoral.

Sentencia del Tribunal Constitucional de España nº 154/1988, de 21 de julio de 1988³⁷⁶

STC
154/1988

Debe ponerse ante todo de manifiesto la conexión inescindible existente entre el derecho fundamental de sufragio y la inscripción censal, pues, dado que sólo tendrán la condición de electores, y podrán ser elegibles, los ciudadanos que figuren inscritos en el censo, la inclusión en éste constituye un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio. Es cierto que se trata de dos derechos de naturaleza distinta -la inscripción censal es de naturaleza declarativa de la titularidad del derecho de voto y no constitutiva de la misma-, pero no existe un derecho a tal inscripción separado del de sufragio, y éste comprende el de ser inscrito en el censo... Dada la relevancia de la inscripción censal en el ejercicio del derecho fundamental de sufragio, el censo se convierte así en un instrumento indispensable para dicho ejercicio.

Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral de la Federación de México de 10 de junio de 2009³⁷⁷

Sentencia de la
Sala Superior del
Tribunal Electoral
de 10 de junio de
2009

...Para ejercer el derecho a sufragar, los ciudadanos deben cumplir con los requisitos establecidos para tal efecto por las leyes electorales, a saber, aparecer en la lista nominal correspondiente y contar con la credencial para votar con fotografía, según se desprende de los artículos 175, 176 y 181 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Frente a tal obligación ciudadana, se encuentra, a su vez, el

³⁷⁶. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>

³⁷⁷. <http://www.trife.gob.mx/>

imperativo de las autoridades electorales administrativas, de facilitar el citado registro y la consecuente expedición de la credencial para votar con fotografía, salvo cuando exista impedimento legal para hacerlo; por tanto, la negativa injustificada de realizar cualquiera de estas gestiones, implica la limitación al derecho político-electoral de ejercer libremente el voto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, tiene, entre otras atribuciones, la de formar el Catálogo General de Electores y el Padrón Electoral, así como revisar y actualizar este último... Asimismo, el artículo 198 del referido código sustantivo, faculta a dicha Dirección Ejecutiva a mantener permanentemente actualizados el Catálogo General de Electores y el Padrón Electoral.

...Por tanto, en el supuesto de que un ciudadano sea suspendido en sus derechos político-electorales por virtud de una determinación de un Juez Penal, éste debe hacerlo del conocimiento de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, para que dicho ciudadano sea dado de baja del padrón electoral, así como de la lista nominal de electores correspondiente a su domicilio. En el mismo tenor, cuando un ciudadano es rehabilitado en tales derechos, el juzgador de la causa debe informarlo a la mencionada Dirección Ejecutiva, a efecto de que lo reincorpore al padrón electoral; situación que debe hacerla del conocimiento del mismo ciudadano, para que acuda a solicitar y obtener su credencial para votar y, con ello, conseguir nuevamente su inclusión en la lista nominal de electores correspondiente a su domicilio. Sin que ello, deje de lado la actuación del ciudadano quien es coadyuvante y goza de facultades para acudir y solicitar su inclusión al Padrón Electoral, con la documentación correspondiente, dentro de los plazos previstos en la ley.

...La interpretación sistemática de los artículos 69, párrafo 1, inciso d), 92, párrafo 1, incisos f) y g), 138, párrafo 1, inciso c), 139, párrafo 2, 140, 144, 145, párrafo 1, 146, párrafos 1 y 3, inciso d), 151, párrafo 1, 154, 155, párrafo 1, 160, párrafo 2, 161, párrafo 1, 162, párrafos 1 y 3, 163, párrafo 8, todos del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, conduce a estimar que corresponde a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores la carga de reincorporar en el Padrón Electoral a los ciudadanos rehabilitados en sus derechos políticos una vez recibida la notificación de la resolución respectiva que debe enviar el juez competente. Sin embargo, aun y cuando no se notifique al Registro Federal de Electores, el ciudadano puede acudir, con la

documentación demostrativa de su rehabilitación, a los módulos u oficinas de dicha dirección, dentro de los plazos establecidos en la ley, a efecto de solicitar su incorporación al Padrón Electoral y su credencial para votar con fotografía y una vez recogido este instrumento, ser inscrito en la lista nominal de electores y con ello poder ejercer el derecho de sufragio en las elecciones, sin que se exima a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores, de la obligación de notificar al ciudadano de la rehabilitación en sus derechos político-electorales y de su reincorporación al Padrón Electoral, a fin de que acuda a obtener su credencial para votar...

...El artículo 183, apartado 1, establece el derecho de los ciudadanos para solicitar su incorporación al catálogo general de electores o al padrón electoral en períodos distintos al de actualización, previsto en el artículo 182, esto es, del día siguiente de la elección, hasta el quince de enero del año de la elección. La lectura gramatical de los artículos mencionados, conduce a considerar que el período contemplado en el primero de los artículos citados, es el de actualización, de tal suerte, que lo dispuesto en el segundo, debe corresponder a un plazo distinto. En otras palabras el artículo 182 establece como período de actualización, del primero de octubre al quince de enero de cada año, mientras que para la incorporación el 183 establece un período distinto, esto es del día siguiente de la elección al quince de enero del año de la próxima elección. Con esta lectura, parece estar limitado el derecho de los ciudadanos para acudir a realizar sus trámites de actualización ante la autoridad administrativa correspondiente, a sólo tres meses y medio de cada año, mientras que en el tiempo restante, sólo serían procedentes las incorporaciones.

Esta interpretación debe rechazarse porque resultaría inútil distinguir períodos en los trámites permisibles respecto a las incorporaciones, pues conforme al primer artículo esas solicitudes son procedentes durante tres meses y medio de cada año con conclusión al quince de enero, en el cual se incluye el de la elección, mientras que el segundo las permite, durante el resto del año también hasta el quince de enero del año de la elección. Por lo cual, en año electoral, ambas disposiciones estarían regulando la posibilidad de incorporaciones al padrón electoral hasta la misma fecha, sin posibilidad, de cumplir con la parte de la disposición que habla de períodos distintos a los de actualización.

...esta Sala Superior considera que, conforme a lo previsto en los artículos 173, párrafos 1 y 2, 178, 179, 180, párrafo 1, 182, 183, párrafo 1, y 198, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, cuando un ciudadano es rehabilitado en el goce de sus derechos político-electorales y acude voluntariamente, con la documentación que acredite su rehabilitación, a los módulos u oficinas de la Dirección Ejecutiva del Registro

Federal de Electores, a solicitar su reinscripción al Padrón Electoral, con los demás efectos jurídicos ya precisados, para determinar la oportunidad en la presentación de su solicitud y la posibilidad jurídica de otorgar lo pedido, se debe atender al contexto del caso, en el cual se deben advertir dos supuestos: 1. Si la rehabilitación, en el goce de los derechos político-electorales, se declaró con anterioridad al quince de enero del año de la elección, fecha límite ordinaria establecida expresamente en la ley, para la solicitud de inscripción al Padrón Electoral y la expedición de la credencial para votar. 2. Si la rehabilitación, en el goce de los derechos político-electorales, se declara con posterioridad al quince de enero del año de la elección, fecha prevista ordinariamente como límite para solicitar la incorporación al Padrón Electoral, así como la expedición de la correspondiente credencial para votar.

En la primera hipótesis esta Sala Superior no advierte obstáculo o impedimento alguno para que el ciudadano rehabilitado, en el goce de sus derechos político-electorales, pueda presentar su correspondiente solicitud, a más tardar, al día quince de enero del año de la elección, día fijado como límite, por regla y de manera ordinaria, a todos los ciudadanos que tengan interés en ser inscritos en el Padrón Electoral, obtener su credencial para votar, ser incorporados a la respectiva lista nominal de electores y ejercer su derecho de voto.

Nada impide que el ciudadano rehabilitado acuda a las oficinas o módulos de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores, con la documentación que acredite su rehabilitación, a solicitar su reincorporación al Padrón Electoral, para que la autoridad esté en la posibilidad y el deber jurídico de entregarle su credencial para votar, con las demás consecuencias jurídicas mencionadas.

En la segunda hipótesis, no prevista expresamente por el legislador, esta Sala Superior considera que el ciudadano rehabilitado, en el goce de sus derechos político-electorales, está legitimado para solicitar su inscripción en el Padrón Electoral y la expedición-entrega de su credencial para votar, incluso después de transcurrido el plazo previsto, por regla, para los casos ordinarios, en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, porque en ese supuesto está plenamente justificada la solicitud hecha fuera del plazo ordinariamente previsto en la ley, para tal efecto, porque escapa a la voluntad del ciudadano rehabilitado acudir, dentro del periodo establecido en la normativa electoral, a las oficinas o módulos de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores a llevar a cabo los trámites correspondientes.

XVI. Las garantías del derecho de sufragio

1. La intangibilidad constitucional y las reservas legales.

BVerfGE 89, 155, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht, de 13 de octubre de 1993³⁷⁸

BVerfGE 89,
155

El artículo 38 LF excluye, en el ámbito de aplicación del artículo 23, que la legitimación de la soberanía y la influencia en su ejercicio basada en el voto popular se vacíe de contenido por la transferencia de funciones y competencias del Parlamento Federal, de modo que se lesione el principio democrático, toda vez que el artículo 79, pár. 3 en relación con el artículo 20, párs. 1 y 2 LF lo declaran intangible.

C. 2. Al contenido inmodificable del principio democrático, intangible a tenor de lo dispuesto en el artículo 79, pár. 3 LF pertenece también que el ejercicio de las funciones y competencias estatales se atribuya a la ciudadanía y, por principio, deba responderse ante ella. La necesaria relación entre estas competencias puede atribuirse de formas diversas, y no de una sola forma. Lo que resulta decisivo es que se alcance un contenido suficientemente eficaz de legitimación democrática, un determinado nivel de legitimación (cfr. STCF 83, 60 (72)).

Acórdão n.º 428/05, Processo n.º 656/05, del Tribunal Constitucional de Portugal, de 25 de agosto de 2005³⁷⁹

Acórdão n.º
428/05

...19. O artigo 121º da Constituição da República Portuguesa (a norma que se refere à eleição do Presidente da República) estabelece, no seu n.º 2, que “a lei regula o exercício do direito de voto dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, devendo ter em conta a existência de laços de efectiva ligação à comunidade nacional”.

Certo é portanto que o artigo 121º, n.º 2, da Constituição remete para a lei a regulação do “exercício do direito de voto dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro”. Certo é também que o artigo 168º, n.º 6, alínea c), da Constituição determina que “carece[...] de aprovação por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções [...] a lei que regula o exercício do direito previsto no n.º 2 do artigo 121º”.

³⁷⁸. <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv089155.html> y <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

³⁷⁹. <http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050428.html>

Interessa pois determinar qual a razão de ser e qual o verdadeiro alcance dos requisitos constitucionais estabelecidos para a regulação do “exercício do direito de voto dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro”.

A Constituição remete para a lei a regulação do exercício do direito de voto dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, porque, como explicou o Deputado Barbosa de Melo na Assembleia da República, no âmbito dos trabalhos da 4ª Revisão Constitucional, aquando da discussão das alterações a introduzir no então artigo 124º da Constituição, “há [...] problemas específicos que só a lei, como a lei eleitoral, a lei do recenseamento, a lei do exercício do direito de voto, etc., pode resolver, criando as categorias, os modos de recenseamento e os modos do exercício do voto, por forma a conciliar e a resolver as dificuldades práticas e naturais num voto à distância. Daí a nossa proposta para o n.º 2” (Diário da Assembleia da República, II Série-RC, n.º 39, de 16 de Outubro de 1996, p. 1200).

....Com a exigência de uma maioria reforçada pretende-se seguramente atribuir dignidade particular a esta matéria, atendendo ao significado político especial da alteração introduzida na Constituição em 1997 – ao permitir, pela primeira vez, a participação na eleição presidencial dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro – e tendo em conta as divergências que sobre a questão haviam anteriormente manifestado os partidos políticos nacionais. A exigência de aprovação por “maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções”, fundamenta-se na necessidade de obter um amplo consenso parlamentar, que se traduza num número de votos superior a uma eventual maioria conjuntural na Assembleia da República.

Assim sendo, é indiscutível que os requisitos constitucionais dizem respeito – e dizem respeito apenas– à matéria atinente ao “exercício do direito de voto dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro” na eleição do Presidente da República...

É que a qualificação de uma lei –ou de certa disposição inserida numa lei– como reforçada depende tão somente “da verificação dos requisitos de qualificação constitucionalmente fixados, os quais têm que ver essencialmente com o objecto da lei, com as matérias sobre que versa, com a função que pretende exercer e, em alguns casos, complementarmente, com o respectivo procedimento” (Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, tomo V, cit., p. 371).

A lei eleitoral do Presidente da República – em tudo o que não diga respeito ao exercício de tal direito – deve, por força do disposto nos artigos 164º, alínea a), e 166º, n.º 2, da Constituição, revestir a forma de lei orgânica e está sujeita, nos termos do artigo 168º, n.º 5, da Constituição, à aprovação, na votação final global, por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções...

20. O artigo 5º do Decreto n.º 6/X, ora impugnado – ao alterar o artigo 11º, n.º 1, da lei eleitoral do Presidente da República, fixando em 60 dias a antecedência mínima para a marcação da data do primeiro sufrágio para a eleição presidencial –, nada vem modificar quanto ao regime atinente ao “exercício do direito de voto dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro” na eleição do Presidente da República. A alteração introduzida por tal norma no regime jurídico da eleição do Presidente da República foi pois aprovada com observância das regras constitucionais aplicáveis, como resulta do anteriormente exposto. Conclui-se, deste modo, que o artigo 5º do Decreto n.º 6/X não viola a Constituição.

2. Las garantías jurisdiccionales.

Asunto *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 15 de junio de 1964³⁸⁰

Reynolds v. Sims,

En *Baker v. Carr* (1962) dijimos que una apelación basada en la cláusula de protección equitativa y que cuestione la constitucionalidad de la distribución de los distritos electorales en las elecciones legislativas estatales -por considerar que el derecho al sufragio de determinados ciudadanos se veía sustancialmente menoscabado- podía ser conocida y enjuiciada por los tribunales federales. A raíz de ello, los tribunales inferiores se han pronunciado al respecto, y se ha puesto de manifiesto que varios Estados plantean el mismo problema de inadecuación de la delimitación de los distritos electorales. En *Baker*, en relación con la distribución electoral del Estado de Tennessee, devolvimos la resolución del fondo del asunto al tribunal de Distrito, que inicialmente se había declarado incompetente. De manera que no sentamos entonces ninguna doctrina sobre el criterio constitucional conforme al cual debería enjuiciarse la validez de la asignación electoral que realicen los Estados. Por lo mismo, tampoco quisimos definir las eventuales medidas

³⁸⁰ . http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0377_0533_ZO.html.

correctoras que podrían ser adecuadas. Nos limitamos a declarar que «además de que no es el caso de dudar de la capacidad del tribunal de Distrito para conocer de acciones correctoras o indemnizatorias en caso de que constate la vulneración de derechos fundamentales, nos parece prematuro plantearnos determinar positivamente qué remedio sería el procedente, si los recurrentes así lo solicitaran en función de los hechos».

Sin embargo, en *Baker* sí establecimos claramente que los tribunales inferiores eran competentes para extraer de la cláusula de protección equitativa criterios operativos concretos para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la distribución electoral en las leyes estatales. Así, tras *Baker*, en varias ocasiones reenviamos los asuntos a los tribunales inferiores para que volvieran a resolver el asunto aplicando la nueva jurisprudencia.

Se nos advierte de que los Estados pueden racionalmente tener en cuenta otros factores distintos de la mera población. También de que no debemos limitar el poder de los Estados para imponer a sus ciudadanos determinados puntos de vista políticos. Finalmente, se nos previene de los peligros de que entremos en la maraña de la política y en las complejidades de la aritmética electoral. A ello respondemos que, ante las vulneraciones que puedan sufrir, debemos proteger los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Nuestro juramento y nuestra misión así nos lo exigen [...]. Si a un ciudadano se le menoscaba su derecho al voto, deja de ser ciudadano en el pleno sentido de la palabra.

ÍNDICE ANALÍTICO

Abstención: 91
 Acórdão n.º 428/05: 183
 Actualización del mapa electoral: 79, 82
 Administración electoral: 91, 111, 114, 120
August c. Electoral Commission: 51
 Autodeterminación política de la comunidad: 7
Aziz c. Chipre: 147, 150
 Barrera electoral: 85
 Boletas electorales: 94
 Brecha digital: 104
BVerfGE 83, 37: 63
BVerfGE 83, 60: 63
BVerfGE 89, 155: 137, 151, 183
 Capacidad para autodeterminarse políticamente: 33
 Censo electoral: 61, 73, 98, 119
 Circunscripción electoral: 72, 79, 171
 Circunscripción exterior: 79
 Ciudadanos activos y pasivos: 57
 Ciudadanos de la Unión Europea
 Código fuente: 111
Comisión contra Bélgica: 23, 138
 Comprobante del voto electrónico: 111
 Consejo Constitucional de Francia: 146, 171
 Contenido de la Ley electoral: 24
 Contenido del derecho de sufragio: 10, 119, 171
 Contenido esencial: 22
 Convenios Internacionales sobre sufragio de los emigrantes: 69
 Corte Constitucional de Colombia: 143, 175, 177
 Corte Interamericana de Derechos Humanos: 8, 21, 131, 139
 Corte Suprema de Justicia de Argentina: 46, 126, 141
 Cuotas electorales: 31
 Decisión n.º 2003-475: 146, 171
 Delitos electorales: 121

Democracia sin homogeneidad: 62
 Democracia y nuevas tecnologías: 102
 Derecho necesitado de organización y procedimiento: 10, 22
 Derecho de participación política: 9, 16, 28, 36, 58, 69, 94, 116
 Derecho de sufragio activo: 39, 42, 50, 59, 119 ss
 Derecho de sufragio pasivo: 39, 59
 Desarrollo del derecho de voto: 18
 Desproporcionalidad electoral: 84
 Detenidos: 45, 142
 Dimensión objetiva del derecho de voto: 23
 Dimensión objetiva y derecho de voto de los presos: 43 y ss, 146 y ss
 Doble dimensión del derecho de voto: 22
 Efecto irradiante del derecho fundamental de voto: 23
 Efecto recíproco del derecho fundamental de voto: 23
 Ejercicio del derecho de sufragio: 15, 24, 37, 47, 59, 118 ss
 Enunciado abstracto del derecho fundamental: 11
 Esfera de los nacionales: 52
Esferas de la justicia: 49
España c. Reino Unido: 61, 161
 Estímulos electorales: 90
 Exclusión del voto de los presos: 43, 47, 146 ss
 Exclusión del voto de policías y militares: 39
 Exigencia de reciprocidad: 64
 Expansión del voto electrónico en Iberoamérica: 106
 “Fórmula d’Hondt”: 82
 Fórmula electoral: 81
 “Fórmula Hare”: 83
 Fortalezas y debilidades del voto electrónico: 112
 Funcionarios públicos: 41, 122
 Fuerzas Armadas y fuerzas y cuerpos de seguridad: 41, 152 ss
 Garantía constitucional del voto de los nacionales ausentes: 69
 Garantía jurisdiccional del voto: 127
 Garantías del derecho de voto: 121
Hirst c. Reino Unido: 48, 130, 147, 151, 156

Implantación gradual del voto electrónico: 106
 Indisponibilidad del derecho fundamental para el Legislador: 11
 Infracciones electorales: 121
 Inscripción censal declarativa: 119
 Inscripción censal para el ejercicio del voto: 118
 Intangibilidad y rigidez constitucional del voto: 121
 Interpretación constitucionalmente adecuada del derecho de voto: 12
 Legitimados para participar en los procesos electorales: 26
 Ley o leyes electorales: 24
 Límites a los límites que puede imponer el Legislador: 22, 41
 Mapa electoral: 80
Matthews c. Reino Unido: 139
 Mayoría de edad electoral: 34
Melnitchenko c. Ucrania: 74
Mignone, Emilio F: 141
 Militares: 41, 152 ss
 Objeto del derecho de voto: 14
 Papeletas electorales: 94
 Participación política: 15
 Poder electoral e instituciones electorales: 125
 Policías: 41, 152 ss
 Presos: 43, 47, 146 ss
 Principio de proporcionalidad: 23
 Privación del derecho de voto: 45, 153 ss
 Problemas del voto electrónico: 110
 Progresiva universalización del voto: 29
 Referéndum: 16, 133 ss
 Registros o padrones electorales: 118
 Relación de sujeción especial: 39
 Reserva a los representantes del pueblo: 22
 Reservas legales: 19
 Reservas legales reforzadas: 125
 Residentes ausentes: 98 ss, 164 ss
 Resolução nº 21.201: 178 ss

Reynolds v. Sims: 80, 130, 150, 152, 166, 185
Sauvé c. Canadá: 51, 152
 Sentencia 0066/2005: 171 ss
 Sentencia T-473/03: 143, 175
 Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral de la Federación de 28 de febrero de 2007: 46, 158, 179
 Sistema LOV: 109
 Sistema RED: 108
 Sociedad de la información: 103
Software libre: 111
 STC 75/1985: 169
 STC 154/1988: 179
 STC 189/1993: 135, 173
 STC 153/2003: 163
 Sufragio censitario y capacitario: 118
 Sufragio de las mujeres: 30
 Sujetos facultados para participar: 17
 Tarjeta electoral: 97, 143, 175
 Temor por la soberanía: 53
 Titulares de los derechos: 26
 Titularidad universal: 28
 Tratado de Maastricht: 58
 Tribunal Constitucional de Alemania: 137, 151, 183
 Tribunal Constitucional de Bolivia: 171
 Tribunal Constitucional de España: 135, 163, 169, 173, 179
 Tribunal Constitucional de Italia: 132
 Tribunal Constitucional de Portugal: 183
 Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 139, 149, 150, 151, 156
 Tribunal de Justicia de Unión Europea: 61, 161
 Tribunal Superior Electoral de Brasil: 178
 Tribunal Superior Electoral de México: 46, 158, 179
 Tribunal Supremo de Canadá: 152, 153
 Tribunal Supremo de Estados Unidos: 8, 80, 130, 150, 152, 166, 185
 Tribunal Supremo de Sudáfrica: 43 ss, 51

Urna electrónica: 104

Vecindad política: 72

Ventajas del voto electrónico: 110

Vínculos adicionales a la nacionalidad: 75

Voto asistido: 97

Voto como derecho: 9

Voto como derecho de configuración legal

Voto como derecho fundamental: 7, 9

Voto de los ciegos: 21, 93 ss, 122

Voto de los detenidos: 45, 142

Voto de los extranjeros: 53

Voto de los iberoamericanos en el exterior: 72

Voto de los incapaces: 37

¿Voto de los menores?

Voto de los mexicanos en el exterior: 72

Voto de los nacionales ausentes: 68

Voto de los presos en Estados Unidos: 43

Voto de los presos en Europa: 43

Voto de los presos en los Convenios Internacionales: 44

Voto directo: 96

Voto electrónico: 104

Voto electrónico a distancia: 114

Voto electrónico “nulo”: 113

Voto en blanco: 91

Voto en Braille: 94, 145, 175

Voto en el ámbito del Consejo de Europa: 58

Voto en el ámbito de la Unión Europea: 59

Voto en las Constituciones: 18

Voto en las Declaraciones de derechos: 7

Voto en persona: 96

Voto igual: 77

Voto libre: 88

Voto nulo: 91

Voto obligatorio: 89

Voto por correspondencia: 97

Voto plural y múltiple: 77

Voto reforzado: 77

Voto secreto como garantía de la libertad: 93

Voto y libertad de circulación: 60

Voto y nacionalidad: 56

Voto y residencia: 56

Yick Wo v. Hopkins: 8

Yutama vs. Nicaragua: 8, 21, 131, 139