

# LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Miguel Ángel Presno Linera

## I. De la representación como forma de sustitución a la representación como instrumento de participación política

A diferencia de lo que sucedió en la época liberal, en la que la intervención de los individuos en el ejercicio del poder cumplía, en última instancia, una función legitimadora de las limitaciones impuestas por el legislador a la libertad “natural” de las personas, en un sistema democrático, la posibilidad, garantizada jurídicamente, de que los ciudadanos pueden participar en aquel ejercicio, sirve para canalizar el flujo de comunicaciones políticas de la sociedad al Estado, con lo que se hace posible que la comunidad política se constituya como tal en la medida en que se autodetermina de manera constante y puede decidir el sentido de su orientación política.

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. Con ello no se busca fundamentar la participación en un derecho natural preexistente a la organización del poder político, sino poner de relieve que ese poder es democrático si se ejercita y desarrolla según la orientación que le otorgan en cada momento los destinatarios inmediatos de sus decisiones.

La legitimidad democrática, como la liberal, lo es también de procedimiento, si bien éste es esencialmente distinto al propio del liberalismo: la decisión política adoptada en la sede parlamentaria no es legítima porque sea presuntamente racional como consecuencia de haber sido adoptada por personas capaces de descubrir lo mejor para la comunidad, sino porque es el resultado final de una discusión en la que se han expresado de manera libre e igual las diferentes maneras de entender cuál debe ser la orientación política en un concreto asunto sometido a debate; la decisión final ha de ser una, pero el debate previo tiene que ser plural y la discusión no concluye con el reconocimiento por parte de la minoría de su error, sino, como anticipó Julius Fröbel, con su renuncia a la aplicación práctica de su convicción mientras no logre hacer valer mejor sus razones y conseguir el necesario número de votos([1]). En suma, el debate parlamentario desemboca en una decisión mayoritaria cuando su contenido puede considerarse el resultado racionalmente motivado, pero falible, de una discusión acerca de lo que es correcto, provisionalmente cerrada por imponerle así la necesidad de decidir ([2]).

El sistema representativo democrático, a diferencia del liberal, rechaza que alguien decida, al margen de la voluntad política real de los ciudadanos, lo que se considera mejor para la comunidad; por el contrario, busca que los representantes den continuidad en el proceso político a la decisión que los electores han seleccionado como más adecuada para la defensa de sus intereses. Por este motivo, en cierta medida se podría decir, salvando todas las distancias, que la representación democrática se aproxima más a la estamental que a la liberal, pues, como aquella, pretende que en el órgano representativo estén presentes distintos sectores sociales, y, a semejanza de la estamental, se dirige a la expresión de una pluralidad de “representatividades”, articuladas ahora por las formaciones políticas; por último, y con los ineludibles matices ya apuntados, se busca una aproximación real entre representantes y representados que no podía existir en la época liberal, en la que la entidad representada tenía un carácter abstracto.

Sin abandonar la cuestión de la legitimidad, hay que recordar que ésta, por utilizar la expresión de Ernst W. Böckenförde ([3]), constituye en democracia “una cadena ininterrumpida” que se inicia con la selección de los representantes; el procedimiento mediante el que se eligen y la ampliación del espectro sociopolítico en el que se lleva a cabo su reclutamiento otorgan una nueva legitimidad a la función representativa al articularse el propio sistema de selección de los representantes como una forma mediante la que se propicia la intervención de los ciudadanos en la adopción de las decisiones políticamente relevantes dentro del Estado.

Y es que mediante la universalización del acceso a la condición de elector, la igualdad de valor de todos los votos y el carácter secreto del sufragio se asegura la autonomía del proceso político respecto a 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 social ([4]). La participación libre, plural e igual de los ciudadanos es, por tanto, un elemento fundamentador, nuclear, del nuevo sistema representativo, en el que el sufragio deja de ser una mera función asignada por el ordenamiento estatal a los ciudadanos y adquiere la dimensión de auténtico derecho.

Cuando llega a su término el proceso de democratización del parlamentarismo, el principio de libertad resulta completado por el principio de igualdad, y esa transformación se debe, en realidad, a un cambio radical en la forma de concebir la libertad, no a una mera evolución de la misma del Estado liberal al democrático. El liberalismo busca la protección de la libertad individual e instrumenta la libertad de participación como medio de asegurarla. La democracia busca la libertad de todos, por lo que convierte la libertad de participación en la máxima libertad del ciudadano ([5]).

Con el desarrollo del proceso democratizador adquiere un nuevo significado la relación entre mayoría y minoría presente ya en el Estado liberal, pues ahora se constituye en un elemento estructural del sistema la existencia de un amplio espectro de alternativas, en el que a su vez se pueden encontrar decisiones que satisfagan a los diferentes intereses, de forma que se pueda mantener e, incluso, incrementar, merced al consenso, el apoyo al sistema político ([6]). Esta diversidad de proyectos de acción política es imprescindible para que se pueda hablar de “pluralismo” y, en consecuencia, de la posibilidad de expresión de las opciones políticas minoritarias, verdadero banco de pruebas del carácter democrático del sistema.

Si la representación tiene un componente participativo y otro sustitutivo, en un sistema democrático ha de predominar el primero sobre el segundo, y para ello es necesario, entre otros requisitos de los que se hablará más adelante, que la elección de los representantes se desarrolle a través de una fórmula que dote de verdadero pluralismo al sistema político y permita que cada opción política tenga una presencia en las instancias de decisión ajustada al respaldo electoral obtenido y, en consecuencia, a su implantación social. De esta manera se concede carta de naturaleza jurídica a la expresión del pluralismo presente en la sociedad, se garantiza la presencia parlamentaria de las minorías en el proceso de adopción de decisiones, estructurado así de acuerdo con los principios de contradicción y transparencia, y resulta justificado que la decisión final con la que concluye el procedimiento sea a su vez expresión de la voluntad de la mayoría parlamentaria.

Si la cadena de legitimación democrática del sistema representativo de la que se hablaba antes se inicia con la elección de los representantes, es evidente que no termina ahí y que la elección no es un fin en sí mismo, sino el presupuesto necesario para poner en marcha una correa de transmisión de voluntades entre electores y elegidos, pues éstos lo son para hacer viable la intervención de los ciudadanos en la adopción de las decisiones políticas esenciales para la comunidad.

Puesto que los representantes elegidos han de otorgar efectividad a la participación política de los ciudadanos, resulta que aquéllos, cuando intervienen en el proceso representativo, además de ejercer un derecho propio, sirven a la realización de un derecho de los representados, con lo que nos encontramos ante una “concepción funcional” del ejercicio del cargo representativo dirigida a mantener la vinculación entre electores y elegidos ([7]).

Y es aquí donde se inserta en la cadena representativa el eslabón, inexistente con esta función en la época liberal, que constituyen los partidos políticos en el moderno sistema representativo, pues su intervención es capital tanto en el proceso de selección de los representantes como en el mantenimiento de la vinculación entre éstos y los ciudadanos. En la actualidad, las formaciones políticas son una parte integrante del medio social a la que se le permite expresar “el pluralismo político”, concurrir “a la formación y manifestación de la voluntad popular” y ser “instrumento para la participación política”.

El reconocimiento expreso de los partidos es una prueba de la importancia que tienen para el constituyente, y un reflejo de la fuerza que, de hecho, desempeñan en la forma de gobierno. No parece casual que, por citar un ejemplo, el artículo 6 del texto constitucional español se refiera a la concurrencia de los partidos en la formación y manifestación de la voluntad popular, y que el Preámbulo del mismo texto aluda a la voluntad de la Nación española de “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.” [la cursiva es nuestra]. Y es que la democracia, a diferencia del liberalismo, trata de vincular, a través de la representación, la voluntad popular con la voluntad del Estado.

II. El derecho a la representación política como derecho fundamental y la dogmática adecuada para interpretarlo

Este derecho se atribuye a los ciudadanos en su condición de miembros de una comunidad y para que ésta se articule como una auténtica organización política, de manera que el poder de decisión conferido a los individuos no es la consecuencia de un reparto de competencias entre la sociedad y el Estado, sino una forma de engarzar la primera en el segundo. Por consiguiente, el derecho a la representación política, como veremos más adelante, no se agota en el acto de votar, ni siquiera en la elección de los representantes, sino en el desarrollo del proceso político democrático, al que se “funcionaliza” la propia libertad individual.

La garantía de este derecho se construye a partir de normas que reconocen la libertad y la igualdad de la decisión política del individuo. El componente de derecho significa que ese poder que el ordenamiento le confiere contiene el aseguramiento de la posibilidad de decidir y, sobre todo, de que esta decisión tenga consecuencias jurídicas. Con la incorporación de ese poder de participar al texto constitucional, ese derecho alcanza además el rango de fundamental, lo que, como es sabido, significa que es indisponible para el legislador.

El derecho a la representación política no se identifica de manera exclusiva con un concreto precepto constitucional, sino que su objeto, contenido y límites habrán de deducirse además de diversos preceptos; en especial, de los que concretan el carácter democrático del Estado. 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 contienen[8].

Por este motivo es necesario precisar cuál es el contenido de este derecho. Esta tarea, en absoluto sencilla, exige conocer el modelo o modelos dogmáticos que están presentes en la definición abstracta y, de manera previa, cuál es la concepción constitucional sobre la que se sustentan esas dogmáticas; la, en palabras de Ernst W. Böckenförde, “concepción constitucionalmente adecuada”([9]).

El texto constitucional tiene que ser el punto de partida y no el de llegada de la tarea interpretativa, 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 al principio estructural de Estado democrático, que se irradia a la totalidad del ordenamiento constitucional, y, en particular, a un derecho como el que nos ocupa, que, como forma de realización del proceso democrático, constituye precisamente uno de los fundamentos funcionales de aquel principio.

Partimos, pues, de una dogmática que se orienta a una interpretación del derecho fundamental a la luz de su dimensión democrática y será preciso concretar si como tal derecho tiene como fin prioritario la ejecución del orden democrático (dogmática democrático-funcional) o la garantía efectiva de la libertad misma en la que consiste el derecho (dogmática democrático-procedimental).

Si lo que protege este derecho es la facultad de intervenir en los asuntos políticos por medio de representantes elegidos con libertad en elecciones periódicas por sufragio universal, resulta que la participación no se limita a la elección, no se agota en el

conjunto de actos que integran el proceso de selección de los representantes, sino que se dirige a que la voluntad de los individuos se convierta, a través de la intervención de los titulares de los cargos representativos, en voluntad del Estado.

La representación política se “funcionaliza” así, para la realización de los valores del ordenamiento relacionados con el proceso político democrático: la libertad, la igualdad y el pluralismo político. Sirve a la libertad porque se concibe como una forma de expresión de las distintas concepciones sobre el modo en que ha de configurarse y desarrollarse la ordenación política del sistema social; a la igualdad porque se atribuye el mismo valor a los actos desarrollados en el ejercicio de sus funciones por los representantes, como consecuencia del idéntico valor a priori de todas las opciones y, por tanto, de las decisiones que los ciudadanos expresan a través de sus votos, lo que a su vez tiene relación directa con el pluralismo político, que se define a partir de la garantía de la existencia de las distintas maneras de entender la organización del poder político y la atribución a todas ellas de similares posibilidades de realización práctica.

Puesto que los representantes elegidos han de otorgar efectividad a la participación política de los ciudadanos, resulta que aquéllos, cuando intervienen en el proceso representativo, ejercen un derecho propio, pero vinculado a la realización de un derecho de los representados, con lo que nos encontramos también ante una “concepción funcional” del derecho fundamental al ejercicio del cargo representativo, dirigida en este caso a mantener la vinculación entre electores y elegidos.

En un sistema democrático ni la participación se agota en la emisión del sufragio, ni la toma de decisiones políticas por parte de los elegidos se puede desempeñar sin tener en cuenta la voluntad manifestada al respecto por sus destinatarios. Es imprescindible, por tanto, articular una relación jurídica, y no meramente política, entre el proceso de selección de los representantes y la función representativa que éstos van a desarrollar a lo largo de su mandato.

Para que esta juridificación sea eficaz y responda a los objetivos mencionados es necesario superar los esquemas en los que hasta la fecha se ha venido desenvolviendo y que muchas veces siguen respondiendo a postulados de una impronta más liberal que democrática, como ocurre con los criterios que sirven para delimitar la capacidad de intervención en el proceso participativo, que siguen partiendo del axioma inmutable de la nacionalidad; o con la configuración del ejercicio del cargo representativo como un ámbito de libertad plena del representante. Al mismo tiempo sucede que principios de mayor impronta democrática se han articulado de manera incorrecta, como ocurre, por citar un ejemplo, con el mantenimiento del carácter territorial de las circunscripciones a pesar de que se pretenda la expresión de una representatividad política general.

### III. La doble dimensión del derecho fundamental a la representación política

En todo derecho fundamental puede diferenciarse una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva; es decir, y por utilizar unas palabras ya clásicas del Tribunal Constitucional Federal alemán ([10]), junto a los derechos fundamentales como

derechos subjetivos tradicionales frente al poder público aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido axiológico que se irradia en todos los ámbitos del derecho y, como afirma Böckenförde ([11]), el efecto de irradiación afecta a las tres funciones del Estado: se extiende a la interpretación y aplicación de prescripciones por parte del juez, a la conformación material de prescripciones de Derecho por parte del legislador o normador, con lo que éstas toman en sí el contenido objetivo de valor de los derechos fundamentales, y a la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones.

Esta dimensión objetiva del derecho fundamental lo convierte en lo que Alexy denomina una norma de principio ([12]); es decir, es una norma que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y prácticas existentes.

Por estas razones, los derechos fundamentales en su vertiente objetiva comportan un determinado contenido normativo que debe ser realizado por los poderes públicos y, como veremos más adelante, la optimización de esa dimensión objetiva requiere actuaciones concretas que permitan el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades comprendido en el derecho fundamental.

La vertiente subjetiva del derecho fundamental, alusiva por tanto a su dimensión como libertad exigible frente a los poderes públicos, no implica transformaciones esenciales en la Norma Fundamental cuando se produce la incorporación a esta Norma de la participación política a través de representantes como derecho fundamental de los ciudadanos, si bien su efectiva realización depende, para alcanzar un óptimo de plenitud, de una articulación del sistema electoral y representativo que permita lograr la máxima correspondencia posible, primero, entre la votación de los ciudadanos y la selección de los representantes y, después, entre la voluntad manifestada por el cuerpo o cuerpos electorales y las concretas decisiones adoptadas por las instituciones representativas.

En el primer momento adquiere una especial relevancia la selección que el legislador haya hecho de la concreta fórmula electoral a aplicar, pero también de otros elementos muy importantes y que condicionan su eficacia, como la barrera electoral, el tamaño de las circunscripciones o el de las propias entidades representativas. En el segundo momento ha de atenderse a la configuración que se haya hecho del cargo representativo y de las concretas posibilidades de actuación de los representantes.

Esta interrelación entre la dimensión subjetiva del derecho fundamental y su vertiente objetiva pone de manifiesto la íntima imbricación existente entre ellas y nos conduce, en definitiva, a la consideración de las disposiciones iusfundamentales como normas de carácter doble, lo que nos enseña([13]) que no basta concebir a las normas de derecho fundamental sólo como reglas o sólo como principios; un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios; ambas pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble.

El contenido jurídico-objetivo del derecho está en estrecha relación con la libertad jurídico-subjetiva y actúa como un elemento de fortalecimiento orientado a la garantía de la libertad jurídico-subjetiva de que se trate; en este caso a la garantía de la

participación efectiva del ciudadano en la adopción de las decisiones políticas relevantes a tomar por las instancias representativas.

Por este motivo, el derecho que nos ocupa comprende la facultad de participar en la selección de los representantes, que dicha selección se realice a través de elecciones libres, periódicas y por sufragio universal y que esta participación no se agote en la elección, sino que concluya en una incidencia efectiva en la actuación de los representantes de manera que la voluntad de los ciudadanos se convierta en voluntad del Estado, para lo que se han de articular los instrumentos que, primero, aseguren la correlación entre la voluntad expresada por los electores y la elección de los representantes, luego doten de relevancia jurídica a la adscripción política de los representantes y, por último, maximicen las posibilidades de actuación del representante en aras a la expresión de la representatividad que porta.

Es, pues, la dimensión objetiva del derecho la que nos puede servir para concluir, entre otras consecuencias, en la conveniencia de una fórmula electoral proporcional; en la improcedencia de la barrera electoral; en su caso, en el fomento de las representatividades políticas generales, no territoriales, y la correlativa exigencia de una circunscripción única; en la exclusión del préstamo de parlamentarios o en la represión del transfuguismo político como expresión de una concepción patrimonial y no funcional del cargo representativo, aspectos sobre los que volveremos más adelante.

En el caso de la representación política, la vertiente jurídico-objetiva del derecho, dado su carácter de norma de principio, impone una necesidad de hacer al Estado: por ejemplo, la asignación que corresponde realizar al legislador de los escaños a elegir en cada circunscripción ha de hacerse de tal manera que se alcance el máximo de proporcionalidad entre el resultado de la votación y la selección de los representantes, eliminando en lo posible los riesgos de sub o sobrerepresentación, pues otra configuración legislativa conduciría a una lesión del principio de igual valor de los votos que es inherente a la dimensión subjetiva del derecho de participación política y, además, atentaría contra el valor del pluralismo político, considerado en nuestra Norma Fundamental como uno de los valores superiores del ordenamiento.

Esta última consecuencia confirmaría en el caso que nos ocupa la afirmación de Böckenförde según la cual con la eficacia objetiva de principio de los derechos fundamentales irradiándose en todos los ámbitos del Derecho, tales derechos dejan de ser principios y garantías en la relación Estado-ciudadano para transformarse en principios superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto([14]).

El valor añadido que la dimensión objetiva introduce en la vertiente subjetiva del derecho fundamental a la representación política modifica de manera muy relevante el alcance del haz de facultades de actuación concedido al ciudadano, pues éste tiene que poder exigir a los poderes públicos el cumplimiento de su deber positivo de actuación, que ha de singularizarse en medidas concretas que favorezcan la realización del derecho.

La incorporación al texto constitucional del derecho a la representación política, con sus vertientes subjetiva y objetiva supone una extraordinaria transformación de la propia

institución representativa, que ya no puede seguir siendo un mero instrumento de formación de la voluntad del Estado que se impone a la sociedad, sino que ha de convertirse en una fórmula mediante la cual ésta última predetermina el sentido de las decisiones de aquél.

Esta consecuencia se debe, sobre todo, a la estructuración que el principio democrático impone al Estado, pero, además, el carácter iusfundamental de la representación política ha de tener una traslación jurídica en el sujeto representado. Una comprensión de la representación política desde la teoría de los derechos fundamentales ha de proyectarse, como primera consecuencia, sobre el propio concepto del titular del mencionado derecho, cuestión a la que nos referiremos en las siguientes líneas.

#### IV. La titularidad del derecho de representación política y los obligados por el derecho

##### 1. La delimitación de los titulares del derecho con criterios democráticos: la residencia y la capacidad de autodeterminación política

Lo que caracteriza a los sistemas democráticos es la organización de la soberanía desde un principio de autorreferencialidad política, de manera que el pueblo gobernado pueda constituirse en pueblo gobernante. Si, 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”-, habrá que preguntarse con él “¿Qué es el pueblo?”([15]).

El pueblo que interviene en el ejercicio del poder ha de ser el reflejo más exacto posible del pueblo destinatario inmediato de las normas que integran ese ordenamiento. Estamos, pues, ante un pueblo entendido, en palabras de Häberle, como una “asociación de ciudadanos” y la democracia es el “imperio de los ciudadanos”, no del pueblo en el sentido rousseauiano ([16]).

Si a lo que aspiramos es a la mayor cota de democracia posible, habría que reconocer la capacidad de participación política al conjunto de ciudadanos residentes en el ámbito territorial sobre el que se proyectarán las decisiones normativas en las que los representantes reflejan la voluntad política manifestada por aquéllos.

Hablamos, en primer lugar, de “ciudadanos residentes” porque en términos ideales de democracia el pueblo tendría que definirse con arreglo al criterio de la residencia y no al de la nacionalidad, y esta configuración contribuiría a dotar de mayor legitimidad democrática al ordenamiento de que se trate ([17]).

Y es que la delimitación de los que pueden participar de conformidad con el criterio de la residencia favorecería la expresión de la igualdad jurídica y del pluralismo que son consustanciales a un sistema democrático. La relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos de la que surgen derechos y obligaciones recíprocos tendrían así el mismo



contenido siempre que existiera el dato objetivo de la residencia durante un tiempo mínimo, con lo que todas las personas residentes tendrían una posición jurídica unitaria y sus derechos subjetivos no dependerían de la cualificación concreta que se otorgue a su personalidad. Y es que cuando el Estado admite que un individuo tenga la condición de residente en su territorio, nos encontramos ante un hecho con relevancia jurídica al que las normas dotan de un contenido formado por un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos que han de desembocar en una posición jurídica unitaria: la de ciudadano. Por otra parte, el hecho de que una persona fije la residencia en un concreto territorio constituye una presunción de la voluntad de integrarse en una determinada comunidad ([18]).

De esta manera, la ciudadanía tendría que ser entendida como una relación jurídica que implica la existencia de unos derechos y obligaciones de carácter abstracto y no, como ha venido siendo hasta la actualidad, como un concreto status de la persona vinculado con la nacionalidad, lo que impide que las diferentes personas tengan una posición unitaria puesto que su capacidad jurídica se fragmenta en una multiplicidad de status diferentes (nacional/extranjero, comunitario/extracomunitario, etc).

En términos de Teoría del Derecho, ha de recordarse que el ordenamiento 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 mayor legitimidad democrática al ordenamiento que personifica ese Estado ([19]).

En esta línea, y desde la óptica de la legitimación democrática del sistema, de su autorreferencialidad constante, todos los residentes con capacidad de autodeterminación política 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 pueden decidir 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.

Kelsen afirmó en su día que el Estado necesita «súbditos», no «ciudadanos». Por eso también el extranjero pertenece al pueblo estatal desde el momento en que está sometido al orden jurídico; puede carecer de derechos, pero puede estar jurídicamente obligado ([20]). Si esta diferenciación entre “súbditos” y “ciudadanos” puede aceptarse cuando hablamos del Estado como personificación de un ordenamiento jurídico en el que la presencia de “ciudadanos” es contingente, cuando el Estado es democrático los jurídicamente obligados tienen, por eso mismo, derechos y dentro del pueblo no cabe hablar de súbditos, puesto que todos tienen que ser ciudadanos. En un sistema democrático los “ciudadanos” son imprescindibles y, por este motivo, el pueblo al que se imputa como instrumento de legitimación democrática la titularidad de la soberanía, el pueblo del que emanan los poderes del Estado, tiene que corresponderse en la mayor medida posible con el pueblo que puede ejercer la soberanía a través, entre otras posibilidades, de los representantes.

Desde esta perspectiva resulta superflua la apelación a un “pueblo”, el español, el italiano, el inglés, el francés o el alemán, para calificar a un ordenamiento jurídico como Estado. Tal pueblo no existe antes del Estado y lo que importa, una vez que esa organización estatal se ha constituido, es que tenga una estructura y un funcionamiento democráticos, lo que se consigue atribuyendo a los sometidos a ese ordenamiento -el pueblo gobernado- la facultad de participar en la formación de la voluntad del Estado, actuando así como pueblo gobernante. Si la organización estatal responde al principio democrático, 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 hecho de estar sometido al ordenamiento que conforma a un Estado.

Ahora bien, para que se pueda reconocer la capacidad participativa es necesario que los ciudadanos lo sean en el sentido político del término; es decir, han de tener 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. 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 ha declarado el Tribunal Constitucional Federal alemán con ocasión de su pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht, la confrontación de las fuerzas sociales, de sus ideas e intereses sólo se puede articular si los procedimientos de decisión en ejercicio del poder público y, por consiguiente, los fines políticos le son previsibles y comprensibles al ciudadano, y si éste, como elector, puede comunicarse en su propia lengua con el poder público al que se haya subordinado ([21]).

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 toda participación política y, por lo tanto, a la que se desenvuelve a través de representantes; por este motivo, su ausencia es un límite lógico de ese derecho, pues si la intervención política no es expresión de la libertad del individuo, no hay una participación democrática auténtica.

La capacidad para participar se ha anudado a la mayoría de edad y a la no concurrencia de causas de incapacidad “política”, pero no tendría necesariamente que retrasarse hasta la mayoría de edad general, pues se puede presuponer a una edad inferior. En todo caso, se tratará de elegir la opción que sea más propicia 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 contribuye, que puede considerar necesaria una concreta edad para que las comunicaciones políticas en las que participa el individuo contribuyan a reducir la complejidad social propia del sistema.

Con la fijación de la mayoría de edad en, por ejemplo, los 18 años, se establece la presunción de que por encima de esa edad todos los ciudadanos tienen la capacidad

intelectiva necesaria, lo que excluye la posibilidad de imponer un sufragio capacitario para intervenir en los asuntos públicos. Por debajo de esa edad la presunción es la contraria, aunque no tiene por qué tener un carácter *iuris et de iure ex constitutione*, por lo que el legislador electoral podría presuponer la capacidad a una edad inferior

Una vez que se ha alcanzado la edad mínima necesaria, únicamente se puede excluir de la participación política a las personas que carezcan de las condiciones intelectivas necesarias para que su intervención sea libre, 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 la toma de decisiones políticas de los incapaces. Esta exclusión procede si 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 judicial especial en el que se constate la incapacidad para el ejercicio de ese derecho.

Además, para reconocerle a una persona capacidad participativa en el proceso representativo es necesario que exista una concreta vinculación con el espacio geográfico al que se adscribe la elección de los representantes, lugar donde a los efectos político-electorales al primero se le considera residente y, por lo tanto, con capacidad para intervenir en la adopción de las decisiones políticas que afecten a esa concreta comunidad. 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”.

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 nunca haya sido residente en el ámbito geográfico de aplicación de sus normas, o haya dejado de serlo muchos años atrás, como sucede con aquellos nacionales que han nacido en un país al que emigraron sus progenitores o cuando se trata de nacidos en un país pero que llevan muchos años residiendo en otro.

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 España, donde entre otras cosas paga sus tributos –quizá convenga recordar el aforismo medieval según el cual no puede haber impuestos sin representación-, que la de un español que haya estado ausente de su país durante toda o una parte importante de su vida. 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.

Por estos motivos, y aunque la Constitución española dispone que “la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España” (art. 68.5.2), parece “más democrático” exigir un mayor vinculación con nuestro ordenamiento que la mera inscripción en un Consulado; por ejemplo, requiriendo que no hayan transcurrido muchos años desde la marcha del nacional de nuestro territorio o que se produzca un retorno periódico. De otra manera, se estará permitiendo que personas que, por una prolongada estancia en el extranjero, no están en contacto con la realidad política y social de nuestro 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.

## 2. La participación en las elecciones “europeas” como ejemplo de ciudadanía política no vinculada a la nacionalidad.

La necesidad de ampliar el espectro de participación política reconocido a los no nacionales ha sido sancionada en el Tratado de Maastricht, que en su artículo 8B, además de disponer que “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.”([22]).

En la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, aprobada en la Cumbre Europea de Niza (8 al 10 de diciembre de 2000), dentro del Capítulo dedicado a la Ciudadanía se incluyen (artículos 37 y 38) 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 ([23]).

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 sobre el derecho de sufragio activo y pasivo, “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 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”.

La aceptación de que las personas pueden circular con libertad 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 Estado ([24]).

En consecuencia, no tendría que existir discriminación respecto del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones en el Estado de residencia, lo que demanda que los requisitos para el ejercicio de esos derechos sean comunes a todos los residentes ([25]).

En definitiva, no se trata de imponer un derecho electoral uniforme en todos los países de la Unión Europea (como dicen los Preámbulos “la aplicación del apartado 1 del artículo 8B del Tratado no implica la armonización de los regímenes electorales de los Estados miembros”); lo que se pretende es la existencia de unas mismas condiciones en el seno de cada ordenamiento, sin diferencias esenciales entre nacionales y no nacionales. Esta igualdad se ve reforzada en la medida en que constituye un objetivo prioritario de esta normativa evitar que, mediante la emisión de un doble sufragio en unos comicios para la misma institución representativa, se lesione esa igualdad, otorgándole a un ciudadano una capacidad de decisión política superior a la de otros.

Como dice el Preámbulo de la Directiva que establece las condiciones para el sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo, “debe respetarse la libertad de opción de los ciudadanos de la Unión respecto al país en cuyas elecciones europeas desean participar, velando por que no se abuse de este derecho por mor de un doble voto o de una doble candidatura” ([26]).

Merece especial atención el hecho de que en la Directiva que regula las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales no se haga mención alguna a la necesidad de evitar el voto doble. Es más, se puede deducir de su enunciado la posibilidad de que exista esa modalidad de sufragio; así, según el Preámbulo “el apartado 1 del artículo 8B del Tratado reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales en el Estado miembro de residencia sin que dicho derecho sustituya al derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro cuya nacionalidad posea el ciudadano de la Unión; [por este motivo] debe respetarse la libertad de estos ciudadanos de participar o no en las elecciones municipales en el Estado miembro de residencia;... por ello conviene que dichos ciudadanos puedan expresar su voluntad de ejercer su derecho de voto.”. En esta línea, el apartado 2 del artículo 1 dispone que “lo establecido en la presente Directiva no afectará a las disposiciones de cada Estado miembro en relación con el derecho de sufragio activo y pasivo de sus nacionales residentes fuera de su territorio nacional, o de los nacionales de terceros países que residan en dicho Estado.”.

La razón que explica la posibilidad del voto doble en las elecciones municipales de los Estados miembros de la Unión Europea se encuentra en el hecho de que con ese doble sufragio, primero, no se atenta contra el principio de “una persona un voto”, pues cada individuo emite un sufragio con el mismo valor que el de sus conciudadanos de municipio; y, en segundo lugar, si una persona tiene una doble residencia municipal en

distintas entidades locales de la Unión Europea no sólo no debe coartarse su libertad para decidir en todas ellas, sino que lo más coherente desde una perspectiva democrática es que pueda participar en todos aquellos ámbitos de poder a cuyas decisiones está sometido.

Estas razones no concurren en las elecciones al Parlamento Europeo, en las que se interviene en la elección de una institución que representa por igual a todos los ciudadanos de la Unión, con independencia de su lugar de residencia, y de la que emanan decisiones que vinculan a todos de la misma manera. En suma, el sufragio debe ser único, para evitar la desigualdad, cuando se decide sobre lo mismo. La posibilidad de que una persona emita varios sufragios en un mismo proceso electoral no atenta contra ese principio siempre que no se refieran a las mismas instancias de poder, pues su voto seguirá siendo único en cada una de ellas y, por tanto, con el mismo valor que el de sus conciudadanos, entendidos éstos como el conjunto de los sometidos a un mismo ordenamiento, sea del tipo que sea. Esta conclusión puede aplicarse también en los procesos electorales que se desarrollan en el ámbito interno de cada Estado.

Es cierto que en los comicios para instituciones no comunitarias la participación de los no nacionales se ha limitado, y bajo ciertas condiciones, a los entes locales, pero este reconocimiento tiene, desde una perspectiva teórica, mucha mayor relevancia de la que suele destacarse. Así, en las propias Directivas comunitarias mencionadas 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 residan 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”([27]); en pocas palabras, ante una “democracia sin homogeneidad”([28]), sin una precomprensión social, étnica, política, económica o religiosa de los ciudadanos.

Y esta democracia basada en la igualdad formal, en tanto permite una mayor aproximación entre gobernados y gobernantes, no tiene que reducirse al ámbito de las entidades locales, sino que debe convertirse en un modelo a emplear en todas las esferas de poder político del Estado.

En definitiva, los extranjeros residentes tendrían que formar parte de ese pueblo al que se garantiza que todos sus componentes se podrán autodeterminar con libertad.

### 3. Los representados como el conjunto de titulares del derecho de participación política (el cuerpo electoral)

Si tomamos como punto de referencia la declaración recogida en el artículo 66.1 de la Constitución española de 1978: “Las Cortes Generales representan al pueblo español...”, una lectura sistemática y coherente del texto constitucional demanda una conexión entre esta proclamación y, en primer lugar, las contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 1 (“1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”), pero, correlativamente, también habrá que poner en primera línea lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 23 (“Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.”).

De la interacción entre los contenidos de estos preceptos puede formularse una primera hipótesis que se desarrollará en las líneas siguientes: el pueblo que participa en los asuntos públicos representado por las Cortes Generales no es el conjunto del pueblo español, ni como ente ficticio al que se imputa la titularidad de la soberanía, ni como ente real compuesto por todos y cada uno de los individuos que forman ese colectivo.

El pueblo español representado en las Cortes Generales se compone del conjunto de ciudadanos a los que se reconoce la facultad de participar en los asuntos políticos de la comunidad porque la representación da continuidad a la participación y trata de mantener la vinculación entre electores y elegidos; es decir, entre los que tienen capacidad para participar en el proceso de selección de los representantes y entre quienes resultan elegidos para integrar los órganos representativos.

La transformación que para la institución representativa significa el tránsito de un Estado liberal a uno basado en el principio democrático tiene que tener consecuencias concretas tanto en la entidad representante como en el colectivo representado, que no puede ser ya una instancia ficticia a la que se imputa una voluntad inexistente, sino una entidad real que ha manifestado de manera libre una concreta voluntad, y esta última no resulta formada por el conjunto de los destinatarios de las normas en las que dicha voluntad ha de concretarse, sino por los individuos que de entre ellos han podido intervenir en su formación.

Se objetará que con esta construcción se puede estar abriendo “el camino a la disolución de la unidad de la representación y con ello de la unidad del Estado” (STC 101/1983, f. 3), a lo que cabe responder que la unidad de la representación no se disuelve porque en el órgano representativo se exprese una pluralidad de opciones que son el necesario reflejo del pluralismo político presente en la sociedad, puesto que aunque se manifiesten una diversidad de orientaciones políticas, la decisión final en la que concluye el proceso es única y es la que, en su caso, se reflejará en la ley como expresión de la voluntad popular. La unidad del Estado no corre peligro alguno con esta comprensión de la representación política, pues el principio democrático que lo estructura y el pluralismo político que constituye uno de sus valores superiores obligan a que en el proceso de

adopción de las decisiones relevantes se escuche la voz de las diferentes y realmente existentes maneras de entender cuál ha de ser la orientación política de la comunidad.

La participación democrática a través de representantes no consiste, obviamente, en que las diversas representatividades surgidas del pluralismo político tengan que convertirse en voluntad normativa del órgano representativo, sino en que éste otorgue cabida a esas diferentes maneras de entender la política de la comunidad y les permita expresarse. El órgano representativo, precisamente para serlo, tiene que reflejar el pluralismo social, y será tanto más representativo y, por consiguiente, más democrático, cuanto mayor sea la diversidad política que refleje, pues así se permitirá la participación política real de un mayor número de ciudadanos.

Tradicionalmente se ha venido considerando que en los procesos de selección de los representantes, cada ciudadano que participa se limita a votar, mientras que la elección la realiza el cuerpo electoral, aplicando la fórmula electoral al conjunto de votos emitidos en una determinada circunscripción. Si esto es así desde una perspectiva jurídica, su justificación democrática se encuentra en el hecho de que la elección de los representantes se imputa al conjunto de los ciudadanos con capacidad para participar en su selección, pues no importa tanto que en la práctica todos hayan votado -democracia plebiscitaria- como que hayan podido participar -democracia deliberativa-.

Lo relevante es que ese cuerpo electoral esté compuesto por todos los ciudadanos con capacidad de autodeterminación política y que la concreta fórmula que se utilice para extraer de sus decisiones individuales una voluntad colectiva sea capaz de reflejar en la mayor medida posible la pluralidad de opciones políticas con respaldo popular relevante.

En la mayoría de los ordenamientos democráticos modernos la participación en los procesos electorales es voluntaria, lo que significa que forma parte del haz de facultades del derecho fundamental al sufragio activo tanto el comportamiento positivo, sea a través de un voto válido o un voto nulo, como la omisión (abstención). Por consiguiente, tanto las personas que votan, en un sentido u otro, en blanco o con un sufragio nulo, como las que se abstienen, contribuyen a formar el cuerpo electoral y por este motivo ha de considerárseles a todos ellos como representados.

Si el ejercicio del sufragio fuera obligatorio, la opción a favor de una u otra opción política se mantiene, al tiempo que también cabe la posibilidad de no optar por alguna determinada, mediante el voto en blanco o el voto nulo. En su caso, la dimensión democrático-funcional de este derecho podría servir de fundamento al carácter obligatorio de la conducta participativa, ya que ésta no es una libertad más que se agota en sí misma, sino una libertad que se ejerce para algo.

#### 4. Representatividad política general y cuerpo electoral único

Si la optimización del principio democrático requiere la igualdad esencial del valor de las manifestaciones de todos los ciudadanos y, por tanto, la consecución de la identidad “una persona, garantía de un voto”, la determinación y composición del conjunto de ciudadanos que integran el cuerpo electoral tendrían que realizarse tomando como único



punto de referencia el cariz de la decisión que han de tomar, y si consiste en la elección de una Cámara en la que se han de expresar representatividades políticas generales y que tiene por tarea fundamental adoptar decisiones que afectan a todos los individuos por igual, con independencia de la parte concreta del territorio donde residan, entonces parece que la elección de esa Cámara constituye a su vez una decisión única, por lo que el cuerpo electoral también tendría que ser único.

Dicho de otra manera, cuando se trata de la elección de una Cámara de representación política general, como lo son las Cámaras Bajas de los Parlamentos democráticos modernos, la división de los ciudadanos con capacidad de decisión política en distintos cuerpos electorales que se identifican con porciones geográficas del territorio, no sólo no contribuye a perfeccionar una voluntad democrática general, sino que suele ser un obstáculo a su realización, pues la aplicación de una misma fórmula electoral a magnitudes electorales muy diversas, acaba generando casos de sub y sobrerrepresentación que menoscaban de manera muy relevante el principio de igualdad del valor de todos los votos.

Volviendo como ejemplo a la referencia que supone el Congreso de los Diputados español, como es de sobra conocido, para las elecciones a esta Cámara la Constitución establece una pluralidad de circunscripciones territoriales, fija el tamaño de la Asamblea entre 300 y 400 Diputados e impone al legislador la distribución de los mismos entre las provincias y las ciudades de Ceuta y Melilla, “asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población” (art. 68.1 y 2). No obstante, la combinación de un número máximo de Diputados pequeño con una asignación mínima por circunscripción y el establecimiento de la fórmula electoral D’Hondt hacen difícil que la elección se lleve a cabo en “cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional”, como dispone el artículo 68.3.

Los riesgos de desproporción también están presentes en el reparto del número total de Diputados a elegir entre las diferentes circunscripciones y ya fueron advertidos durante el proceso de elaboración del texto constitucional ([29]) y se han visto confirmados con la aplicación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General –LOREG- (art. 162.1 y 2), que ha fijado la composición del Congreso de los Diputados en 350 (50 menos de los permitidos por la Norma Fundamental) y ha atribuido un mínimo de dos diputados (en lugar de uno) a cada provincia. Durante la tramitación parlamentaria de esta norma se habló de la atribución de escaños por hectáreas y no por población, y se puso de relieve la desproporción entre la circunscripción de Soria y las de Madrid o Barcelona ([30]). El Tribunal Constitucional español ha reconocido que la combinación de los elementos mencionados acaba produciendo un recorte del principio de proporcionalidad, aunque, a su entender, ese resultado no es, de manera necesaria, contrario al texto constitucional ([31]).

La explicación de esta asignación desproporcionada de escaños intentó ofrecerla el propio legislador en la normativa que precedió a la LOREG; en concreto en el Real Decreto-Ley 20/1977, en cuya Exposición de Motivos se decía que “se ha considerado conveniente asegurar un mínimo inicial de dos Diputados por provincia y dividir el resto de los Diputados en función de la población.... De esta forma se suaviza en alguna medida los efectos de nuestra irregular demografía y se atiende a un mayor equilibrio territorial en la representación...”.

La Exposición de Motivos de la LOREG no ofrece estas explicaciones pero tampoco las rechaza; primero, porque mantiene en esencia el mismo modelo asumido por el Real Decreto-Ley 20/1977; segundo, porque admite que la renovación legislativa “no es en modo alguno radical, debido a que el propio texto constitucional acogió los elementos esenciales del sistema electoral contenidos en el Real Decreto-Ley.”.

Estos argumentos no parecen muy sólidos y, sobre todo, son poco coherentes. En primer lugar, el reparto de los escaños entre las diferentes circunscripciones tiene, por definición, que reflejar “nuestra irregular demografía”, no “suavizarla”; en segundo lugar, el “equilibrio territorial en la representación” tendría que articularse a través del Senado, que es la Cámara que la Constitución califica como de “representación territorial” (art. 69.1), pero no del Congreso de los Diputados. Eso es lo que explica que se asigne el mismo número de Senadores a las diferentes provincias, con independencia de su demografía.

La consecuencia ha sido una asignación desproporcionada de escaños en las elecciones al Congreso, que beneficia a las provincias menos pobladas y perjudica a las que tienen mayor número de habitantes, de manera que las primeras acaban teniendo un mayor número de escaños que el que les correspondería por su población ([32]). Con el ejemplo típico de la comparación de las circunscripciones de Madrid y Soria, se puede constatar que la primera tiene un número alto de escaños -34- si se compara con Soria, a la que se asignan 3. Pero lo importante es que la población de derecho de la provincia de Madrid supera los cuatro millones, mientras que Soria apenas llega a setenta mil habitantes, con lo que en Madrid existe un escaño por cada 127.000 habitantes y en Soria uno por cada 26.500. De esta manera, los electores que integran el Cuerpo electoral de la circunscripción de Madrid no pueden sino constatar que su voto “vale” menos que el de los electores de Soria y, respecto de las candidaturas electorales presentadas, los escaños “cuestan” más ([33]).

Este ejemplo es una muestra de la incidencia de la dimensión jurídico-objetiva del derecho fundamental en la vertiente jurídico-subjetiva; pero en lugar de cumplir su función de elemento orientado a la garantía del derecho de que se trata, su incorrecta articulación, primero por el constituyente y luego por el legislador, conduce a que en realidad funcione como un elemento de distorsión de la vertiente subjetiva del derecho, que puede llegar a alterar de tal manera los resultados electorales que es como si en ciertas 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 se correspondan con la representatividad expresada en las elecciones, pues no en vano nuestro texto constitucional ha optado por una fórmula de asignación proporcional de escaños, que “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 sensiblemente ajustada a su importancia real.” (SSTC 40/1981, fj. 2º, y 75/1985, fj. 5º).

En relación con lo que estamos comentando, llama la atención el caso de las elecciones al Parlamento Europeo, en las que, de conformidad con el ya citado apartado 2 del

artículo 8B del Tratado de Maastricht, “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.”. También, como hemos visto, la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, dentro del Capítulo dedicado a la Ciudadanía incluye (artículo 37) los derechos de todo ciudadano de la Unión a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de residencia.

Y decimos que llama la atención, porque el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en la versión dada por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997), dispone que “El Parlamento Europeo [estará] compuesto por representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad” (art. 189), y que “Los representantes en el Parlamento Europeo de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad serán elegidos por sufragio universal directo (art. 190.1).

Sin embargo, si pueden participar como electores y elegibles todos los ciudadanos de los países de la Unión, con independencia del Estado donde residan, es evidente que en cada “pueblo” representado puede haber una pluralidad de nacionalidades. Con esta configuración se pretende fomentar “una ciudadanía de la Unión”, que trascienda las barreras de las nacionalidades de los Estados miembros y sea el corolario del derecho de libre circulación y residencia.

Si se quiere ser coherente con lo anterior, el proceso de integración europea tendría que concluir en el establecimiento de una circunscripción única para el Parlamento europeo, cuando menos si se consolida como Cámara de “representación política general” de todos los europeos, pues en esas elecciones se estaría decidiendo lo mismo en todos los países de la Unión.

La articulación de este sistema tiene que ir pareja con la de unos partidos políticos de ámbito europeo que ofrezcan propuestas de política general y no estatal. Como dispone el propio artículo 191 del Tratado Constitutivo, “Los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración en la Unión. Dichos partidos contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.”.

## 5. Los obligados por el derecho de representación política

Empleamos aquí la palabra “obligados” para referirnos a los sujetos que están directamente vinculados por el conjunto de facultades de actuación comprendidas en el contenido de las normas de derechos fundamentales. En dicha categoría se incluirían tanto los ciudadanos como los poderes públicos, aunque nosotros, por la especial relevancia que alcanzan en un derecho como el que nos ocupa, nos centraremos en estos últimos.

Están obligados por el derecho de representación política los propios representantes, los órganos en los que éstos se integran para el cumplimiento de su función representativa

y, en general, el resto de los poderes públicos y de modo muy singular el legislador, pues la dimensión objetiva del derecho les impone la obligación de articular los instrumentos que, primero, aseguren la correlación entre la voluntad expresada por los electores y la elección de los representantes, luego doten de relevancia jurídica a la adscripción política de los representantes y, por último, maximicen las posibilidades de actuación del representante en aras a la expresión de la representatividad que porta.

En lo que a los titulares de los cargos de representación política se refiere, la representación da continuidad a la participación política de los ciudadanos. Nos encontramos, pues, ante una “concepción funcional” del ejercicio del cargo representativo cuyo fundamento constitucional es otorgar efectividad a la representatividad política y mantener la vinculación entre electores y elegidos. Por este motivo, la pretensión de asegurar al máximo la lealtad electoral de los parlamentarios a los compromisos asumidos en el proceso electoral, no sólo no constituye un remedo moderno del mandato imperativo estamental, sino que es una exigencia consustancial al sistema representativo democrático.

Pero, como ya se ha dicho, además de los representantes elegidos para otorgar efectividad al derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, existen otros “obligados” por este derecho: los propios órganos en los que aquéllos se integran para el cumplimiento de su función y, en general, los poderes públicos que intervienen en el proceso representativo.

Sobre esta cuestión, en la que no nos detendremos, existe una copiosa línea jurisprudencial ([34]) que se articula sobre la relación directa que existe entre el derecho de un parlamentario al ejercicio de su cargo con el que se atribuye a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, pues son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes hacen posible su participación, y ésta quedaría vacía de contenido o sería ineficaz si el representante político se viese perturbado en su ejercicio.

Las consecuencias concretas de este entendimiento del ejercicio del cargo representativo se han manifestado en la organización y funcionamiento de las instituciones políticamente representativas (composición de las Comisiones parlamentarias, de las Mesas, en materia de presentación de iniciativas legislativa, de enmiendas, y en las facultades de control parlamentario del Gobierno), aspectos cuyo análisis pormenorizado exige un tratamiento específico que excede el propósito de estas páginas.

En lo que se refiere a la incidencia de la dimensión objetiva del derecho sobre el resto de los poderes públicos, ha de mencionarse, por su especificidad, la extraordinaria importancia de las funciones encomendadas a la Administración Electoral, que, como tal, es el conjunto de poderes públicos que tienen como cometido esencial garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y la vigencia del principio de igualdad.

Por lo que respecta al legislador, la dimensión objetiva del derecho obliga a que todo el sistema electoral, y no sólo la fórmula electoral, atienda a criterios de proporcionalidad, ya que este sistema 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)”([35]), 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.

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, si no estrictamente matemática cuando menos ajustada a su importancia real, objetivo de rango constitucional y que 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 fuerzas políticas” (STC 75/1985, fj. 5º).

Es cierto, como dice el Alto Tribunal, que el proceso electoral, además de para el ejercicio de los derechos de participación, sirve para articular la voluntad y la orientación política de determinados órganos del Estado, pero también lo es que esta segunda capacidad lo es para que la primera sea real; es decir, 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 el Tribunal acude a episodios históricos para argumentar, en clave de estabilidad política de nuestra forma de gobierno, en contra de un reflejo más exacto de la proporcionalidad.

A nuestro juicio, 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 asunto. 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 ([36]).

Por todos estos motivos, entendemos que resulta muy dudoso el encaje constitucional de las cláusulas que imponen una barrera electoral, pues en la medida en que respondan a su objetivo –en otro caso su existencia no deja de ser anecdótica- pueden suponer un menoscabo serio a la representatividad política y, por tanto, a la expresión del pluralismo.

## V. El objeto, el contenido y los límites del derecho de representación política

### 1. Lo que el derecho de representación política garantiza

Como ya se ha anticipado, el conjunto de facultades de actuación que este derecho garantiza no es algo que quepa extraer del mero análisis de un concreto precepto de la Norma Fundamental, sino que al tiempo han de tenerse en cuenta los diversos enunciados normativos relativos a este derecho y, sobre todo, el que establece el carácter democrático del Estado. Lo infrecuente es, precisamente, que exista un artículo en la Constitución que lo configure como un derecho fundamental, lo que sucede en

España y Portugal ([37]), pero no, por ejemplo, en la República Federal de Alemania, Francia o Italia ([38]).

La autodeterminación política de los individuos, su posibilidad de decidir sobre el contenido de las normas a las que han de estar sometidos, se realiza, se ejercita, tomando parte, a través de los representantes, 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 etimológicamente “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 (el artículo 9.2 de la Constitución española declara que “corresponde a los poderes públicos... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”).

Esta participación constituye la vertiente dinámica de la autodeterminación política y a su vez se concreta en las formas previstas en el texto constitucional 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. Ahora bien, para la delimitación del objeto del derecho que nos ocupa es precisa la identificación de la realidad aludida: la participación a través de representantes 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 a través de “los miembros de las Cortes Generales que son los representantes del pueblo, según el artículo 66 de la Constitución y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución.” (STC 51/1984, de 25 de abril, fj. 2º). Esto es lo que explica que el régimen electoral general esté compuesto por las normas válidas para la totalidad de las instituciones representativas, sean del Estado o de las entidades territoriales menores en las que se organiza.

Dicho desde una perspectiva negativa, y a título de ejemplo, no es “política” la representación que se ejercita a través de los representantes sindicales, sino que en este caso nos encontramos ante un derecho que se enmarca en las modalidades participativas de acceso de los trabajadores a la empresa ([39]). Tampoco son representantes “políticos” los órganos de gobierno de una entidad corporativa profesional o de una Facultad universitaria ([40]). Lo que ocurre en estos últimos casos no es que no exista “representación”, sino que no es “política” y, por lo tanto, no forma parte del conjunto de conductas protegidas por la Constitución en el artículo 23.1 en su calidad de derecho fundamental ([41]).

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 representación. Para determinar si estamos o no ante un derecho de representación 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 a través de representantes comporte, finalmente, el ejercicio, por medio de éstos, del poder político

-esto es, sólo allí donde se llame al pueblo como titular de ese poder- estaremos en el marco del derecho de representación política ([42]). En segundo lugar, la facultad de participación política a través de representantes se fundamenta, precisamente, en la condición de sometidos 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,...) ([43]). En definitiva, dentro de la categoría más amplia de la representación democrática es posible distinguir la que es “política” de la que no lo es.

## 2. El contenido del derecho de representación política

En primer lugar, de la interpretación conjunta del enunciado del artículo 23 en relación con los de los artículos 68, 69, 140 y 152, resulta que la selección de los representantes políticos se realizará a través de un sufragio universal, libre, igual, directo y secreto. De esta manera se garantiza que la participación política del individuo ha de revestir las características mencionadas: ha de ser universal, libre, igual, directa y secreta; dicho de otra manera, la Norma Fundamental ha articulado una “garantía institucional” sobre el proceso y la organización electoral a la que no puede sustraerse el legislador, de lo que resultan tanto garantías de la libertad protegida como facultades individuales e, incluso, derechos de prestación.

Se puede decir que en la actualidad esta garantía institucional, además de objetivar la libertad de participación política y juridificarla, la dota de eficacia informadora del ordenamiento en su conjunto e impone a los poderes públicos y, de modo singular al legislador, su ordenación en los términos constitucionalmente previstos. De esta manera, se le impone al Estado una estructura institucional objetiva en la que se encuadra el disfrute de la dimensión subjetiva del derecho fundamental, con lo que la configuración que el legislador ha de realizar del sistema electoral no es enteramente libre.

Para ir desgranando las consecuencias iusfundamentales de esta garantía, en las líneas siguientes analizaremos de manera breve los requisitos que ha de reunir el sufragio.

### A. La selección de los representantes a través de un sufragio universal, libre, igual, directo y secreto

Como es sabido, la atribución de carácter universal al sufragio significa que en la articulación que se lleve a cabo del proceso electivo se prescindirá de cualquier circunstancia personal, social, cultural, económica o política, para delimitar la condición de titular del derecho. Es evidente que esta abstracción no es absoluta, al menos en lo que hace referencia a una de las concreciones del derecho de sufragio: la emisión del voto, puesto que no pueden votar todas las personas. En concreto, no pueden hacerlo ni los menores ni los incapaces, ni tampoco, en determinados procesos, los extranjeros.

No cabe duda de que alguna de las restricciones a la emisión del voto tendrían que ser eliminadas 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 destinadas a rebajar la edad mínima para poder votar. Y es que la emisión del sufragio se ha anudado a la mayoría de edad y a la no concurrencia de causas de incapacidad “política”, pero esta capacidad no tendría necesariamente que retrasarse hasta los dieciocho años en los que se suele establecer la mayoría de edad general, pues se puede presuponer a una edad inferior con el objetivo de fomentar el desarrollo de la participación política, tanto desde la perspectiva del individuo, como desde la de la sociedad política en la que está integrado y a cuya existencia contribuye ([44]).

Si la fijación de la edad a partir de la que se reconoce la posibilidad de emitir el voto depende del “legislador electoral”, éste ha de favorecer la maximización del ejercicio del derecho de representación política, ampliando el espectro de los representados, por lo que no parece inconveniente una eventual reducción de los vigentes 18 años a la edad, por ejemplo, de 16; dicha reforma se podría llevar a cabo a través de una mera modificación de la Ley Electoral, que es la que en su artículo 2.1 fija la mayoría de edad electoral en la mayoría de edad general, establecida por la Constitución –art. 12- en los ya mencionados 18 años.

En definitiva, con la fijación de la mayoría de edad a los 18 años se establece la presunción de que por encima de esa edad todos los ciudadanos tienen la capacidad intelectual necesaria, lo que excluye la posibilidad de imponer un sufragio capacitario para intervenir en los asuntos públicos. Por debajo de esa edad la presunción es la contraria, aunque no tiene por qué tener un carácter *iuris et de iure ex constitutione*, por lo que el legislador electoral podría presuponer la capacidad a una edad inferior

En esta línea y con buen criterio, el legislador español ha convertido en historia la privación del derecho de sufragio activo como consecuencia de una sanción penal ([45]). Antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, esta consecuencia se podía producir bien por razón de una inhabilitación absoluta (art. 35), una inhabilitación especial (art. 37) o una suspensión (art. 39) ([46]). La primera y la tercera eran penas accesorias a las de privación de libertad, mientras que la segunda era una pena específica.

En la Disposición Derogatoria del Código Penal de 1995 se derogan de manera expresa los términos “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 ([47]). Y es que el 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.

En segundo lugar, los textos constitucionales democráticos imponen la igualdad del voto, lo que significa, obviamente, que se atribuye el mismo valor a todos los sufragios emitidos, como consecuencia del idéntico relieve de todas las opiniones, lo que a su vez tiene relación directa con el pluralismo político. La igualdad del sufragio guarda una



estrecha relación con su carácter universal; en esta línea, nuestro ordenamiento atribuye la participación en la vida política a “todos los ciudadanos” (artículo 9.2 de la Constitución), por lo que “todos” tendrían que ser titulares del derecho de sufragio y a su voto habría que asignarle el mismo valor. La propia Constitución reitera el carácter “igual” del voto en los artículos 68.1, 69.2 y 140.

La igualdad del sufragio puede desvirtuarse a través de diferentes procedimientos, unos más sutiles que otros. Históricamente una forma de mitigar el carácter igual del voto fue el establecimiento de un sistema de sufragio “reforzado”; del tipo de voto “plural”, que permitía a una persona emitir varios sufragios en el mismo colegio por concurrir en ella determinadas condiciones que no se daban en otros individuos, o de voto “múltiple”, cuando una persona podía emitir sufragios en más de un colegio por conceptos distintos. Parece evidente que al legislador le está vedado desvirtuar la igualdad del sufragio mediante el establecimiento de fórmulas de voto de tipo plural o múltiple.

Los principios de universalidad e igualdad del sufragio pueden resultar desvirtuados 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 la distorsión de la voluntad manifestada por los primeros votantes. Por todos estos motivos se impone constitucionalmente la garantía del carácter directo del sufragio.

La exigencia de que la participación de los individuos en las elecciones consista en un acto libre ya viene contemplada en el artículo 6º de la Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776. 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 sufragio 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 no es sino una garantía de la libertad. Libertad y secreto son, por lo tanto, complementos indispensables del derecho de participación política a través de representantes, por lo que el legislador ha de establecer los instrumentos adecuados para dotar a dichas garantías de eficacia auténtica.

Es necesario 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. Respecto del voto obligatorio, su existencia no tendría que implicar un menoscabo del carácter libre del sufragio pues la opción a favor de una u otra candidatura política permanece incólume, al tiempo que también cabe la posibilidad de no decantarse por alguna determinada, mediante el voto en blanco o el voto nulo. Nos parece acertado, no obstante, que no se haya impuesto el voto obligatorio, pues de esta manera la autodeterminación política de los ciudadanos se extiende también al hecho mismo de emitir, o no, el sufragio, y en éste alcanza mayor valor su dimensión como derecho subjetivo de los individuos que la de función pública al servicio del Estado. En este sentido puede destacarse la progresiva eliminación del voto obligatorio en los ordenamientos que lo imponían ([48]), como ha ocurrido en Italia tras las reformas electorales de 1993 ([49]).

En lo que se refiere a la abstención, si bien no es, en sentido técnico-jurídico, una forma de emisión del sufragio, en la medida en que éste se considere de manera primordial como derecho, y no como una función al servicio de la formación de la voluntad estatal, forma parte de su contenido esencial, que incluye tanto el ejercicio de cualquiera de las facultades propias del derecho como la posibilidad de no llevarlas a cabo ([50]).

Lo que se acaba de decir 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 constitucionalmente 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 los espacios públicos gratuitos de propaganda electoral en los medios de comunicación de titularidad pública.

#### B. La relevancia jurídica de la adscripción política de los representantes

Como ya hemos reiterado, el contenido del derecho a la representación política no se agota en la selección de los representantes, sino que se extiende al propio ejercicio de la función representativa de manera que se otorgue efectividad en esa sede a la voluntad política manifestada por los ciudadanos.

Con la combinación en sede parlamentaria del pluralismo y la expresión de la representatividad se dota de relevancia jurídica, y no sólo política, a la adscripción política de los representantes y, en consecuencia, esa adscripción no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulan la estructura interna del órgano en que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo, en las decisiones que adopte en el ejercicio de su facultad de autoorganización.

La significación jurídica de la adscripción política impone como consecuencia que a la hora de configurar legalmente el ejercicio de las funciones representativas tiene, en primer lugar, que otorgársele transcendencia a dicha adscripción en la organización del trabajo que han de llevar a cabo los elegidos y a la que prestan un servicio muy especial los Grupos Políticos o Parlamentarios, que han de ser una emanación lógica de las candidaturas electorales con respaldo electoral relevante, por lo que es necesario que no puedan constituir Grupo Parlamentario separado parlamentarios que hayan concurrido a las elecciones formando parte de un mismo partido, federación, coalición o agrupación de electores, evitando así la consolidación de una representatividad artificiosa, como sucedía en España al amparo del Reglamento Provisional del Congreso de los Diputados, aprobado el 13 de octubre de 1977, que permitía la constitución de diferentes Grupos a Diputados cuyas candidaturas en las distintas circunscripciones habían sido presentadas por una misma formación política. Acogiéndose a esta previsión normativa, parlamentarios con idéntica orientación política conseguían formar diversos Grupos, con las correspondientes prerrogativas, en atención a su procedencia territorial (Grupo Socialista Vasco, Catalán, etcétera), por lo que una misma formación política disponía de más cauces de expresión que los inherentes a su concreta

representatividad, con la consiguiente desnaturalización de los principios de proporcionalidad e igualdad de oportunidades que deben presidir el funcionamiento de un sistema parlamentario plural y democrático. En resumen, con la juridificación de la mencionada conexión se trata de poner fin a una omisión reglamentaria, coherente sin duda con planteamientos liberales, pero inadmisibles desde presupuestos democráticos.

Por estos motivos debe rechazarse la pervivencia de prácticas como la del “préstamo de parlamentarios”, en virtud de la cual representantes elegidos en las listas presentadas por una determinada formación política son prestados para que se pueda constituir un Grupo Parlamentario que estará integrado en esencia por los elegidos en la lista avalada por otro partido. Únicamente estos últimos permanecerán en el Grupo y los prestados se integrarán en su Grupo natural. Como consecuencia de este tráfico mercantil de los representantes se distorsiona la fórmula jurídica establecida para la expresión de la representatividad política y, en consecuencia, su propia realización.

En segundo lugar, y con el mismo propósito de favorecer la voluntad manifestada por los ciudadanos en las urnas, la representatividad encarnada en cada representante ha de desplegarse en la estructura interna de los órganos representativos. Así, teniendo en cuenta las funciones que la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras atribuyen a las Comisiones parlamentarias, éstas han de estar integradas de manera que reflejen la representación popular en el Parlamento. Por eso cada Comisión debe ser, en principio, una reproducción del Pleno a tamaño reducido y reflejar la composición del Pleno en su propia composición. El mismo principio ha de guiar la estructuración de los órganos de Gobierno de las Cámaras Parlamentarias (Mesa, Junta de Portavoces, Diputación Permanente), bien de manera que se refleje en la composición proporcional de dichos órganos o de forma primordial en su funcionamiento y adopción de decisiones (voto ponderado).

### 3. Delimitación y limitación del derecho de representación política

Cuando se pretende concretar el haz de conductas que forman parte del contenido del derecho fundamental a la representación política, es necesario tener en cuenta que este derecho se realiza, se ejercita, a través de los representantes elegidos en las urnas, quienes, según las propias normas constitucionales –en España, de conformidad con lo previsto en los artículos 23.2 y 67.2 de la Norma Fundamental-, a su vez están ejerciendo un derecho fundamental y en su actividad no están sujetos a mandato imperativo alguno. La coexistencia de estos derechos fundamentales nos obliga a llevar a cabo una interpretación sistemática de los mismos mediante la delimitación de sus respectivos ámbitos normativos. No vamos a analizar en estas páginas el ejercicio del cargo representativo como derecho fundamental, pero no podemos obviar una referencia al sentido que ha de tener en democracia su no sujeción a mandato imperativo alguno.

#### A. El sentido funcional de la prohibición de mandato imperativo

La existencia de la prohibición y su significado han de contemplarse a la luz del objetivo que debe presidir su organización y funcionamiento, no de conformidad con el sentido del entramado representativo en la época liberal, momento en el que se incorpora, sino de acuerdo con su significación en un Estado democrático: la garantía de la expresión de la representatividad política. En otras palabras, esta prohibición es una distorsión del principio democrático si se interpreta en un sentido liberal que permita una concepción patrimonial del escaño; en cambio, en democracia sólo puede tener un sentido funcional: no hay sometimiento a ningún mandato porque el representante se debe únicamente a la representatividad que porta y que se configura en las urnas, en la voluntad política de un sujeto jurídico, el cuerpo electoral.

Esta garantía no se concede sino como complemento indispensable para el ejercicio de las funciones, del mismo modo que las prerrogativas parlamentarias. Es decir, se reconoce para que el parlamentario otorgue efectividad al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Es, en definitiva, un instrumento establecido para asegurar la expresión de la representatividad política, y es esta finalidad la que ha de presidir su articulación y la que debe modular, en su caso, la libertad del representante en el ejercicio de sus funciones. Es necesario, por tanto, interpretar el contenido del artículo 67.2 a la luz del 23, y éste a su vez teniendo presente el principio de representatividad democrática que se desenvuelve a través de los procesos electorales y que da lugar a la existencia de una representación “vinculada” a la voluntad manifestada en los comicios, y no sustitutiva de la misma. En este sentido, el artículo 67.2 es un precepto complementario del 23. Mientras que el primero ampara al representante frente a eventuales intromisiones en el ejercicio de su cargo promovidas o propiciadas por su partido o, lo que resulta más probable, por el Grupo Parlamentario al que pertenece, el 23.2 tutela, con la inestimable garantía del recurso de amparo, el acceso y permanencia en el cargo público, así como el ejercicio de las funciones propias del mismo, todo ello en condiciones de igualdad, frente a cualquier perturbación procedente de los poderes públicos.

La conexión entre ambos preceptos permite entender, dado el carácter funcional de la prohibición al servicio de la representatividad, que no sólo los parlamentarios de las Cortes Generales gozan de esta garantía, sino que la misma ha de considerarse inherente al ejercicio de la función, cualquiera que sea el ámbito en el que la misma se desenvuelva. En otras palabras, protege también la representatividad que se expresa en las instituciones representativas autonómicas y locales. En esta línea se mueve el Alto Tribunal cuando, a propósito de la aplicación del artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales [que anudaba la pérdida del cargo de concejal a la expulsión del partido], señala que se trata de garantizar la representatividad popular del electo frente al partido, evitando así “exceso y extralimitaciones que podrían llegar a un resultado constitucionalmente ilegítimo como el del mandato imperativo (art. 67.2 C.E.)” (STC 31/1993, fj. 3º).

La prohibición de mandato imperativo también extiende su eficacia en favor de los Senadores designados por las Comunidades Autónomas, no sólo frente a los Grupos Parlamentarios en los que se integren, sino también ante las Cámaras que los han nombrado, pues no son “sus” representantes, y ante los Grupos políticos cuya presencia parlamentaria ha de tenerse en cuenta en el momento de la designación para que ésta asegure “la adecuada representación proporcional” (art. 69.6 CE).

En definitiva, la prohibición del mandato imperativo debe constituir, desde la óptica democrática, un reducto último de la libertad del parlamentario para mantenerse leal a la representatividad que porta y que deriva de la legitimación obtenida en la elección efectuada por los ciudadanos. En este sentido puede concluirse que existe en favor del representante una presunción “iuris tantum” de representatividad, de conexión con la voluntad recibida de los electores. Esta presunción puede desaparecer, puesto que no es “iuris et de iure”, cuando se producen signos externos que revelan la ruptura de esa relación; por ejemplo, cuando el representante abandona de forma voluntaria el Grupo Parlamentario o Político que otorga relevancia jurídica institucional a su adscripción política.

## B. Represión del transfuguismo político e imposibilidad de revocación del representante

Si el ejercicio de los cargos políticos representativos delimita el haz de facultades de los ciudadanos que a través de los representantes ejercen su derecho a participar en los asuntos públicos, de manera recíproca el hecho de que la actuación del representante esté al servicio de la participación política de los ciudadanos delimita sus facultades y posibilidades de actuación. Por este motivo, el transfuguismo político no es repudiable por el mero hecho de que constituya una forma de discrepancia entre el parlamentario y la formación política que ha avalado su candidatura en las elecciones o el Grupo Parlamentario surgido de aquélla; su rechazo se justifica cuando de esa situación se deriva un menoscabo en la relación con los electores.

La admisibilidad o rechazo de las medidas destinadas a mitigar el tranfuguismo habrán de juzgarse bajo el prisma de la lealtad a la expresión de la representatividad que se ha de hacer presente en sede parlamentaria.

En sentido jurídico-representativo, el fenómeno del transfuguismo ha de reconducirse a la actuación de los representantes en sede institucional. No cabe hablar, pues, de transfuguismo cuando el comportamiento que se analiza se refiere al funcionamiento de los partidos o a la conducta de sus militantes en el seno de la entidad política. El militante que se marcha de su partido no es un tráfuga en el sentido aquí utilizado. Sí lo sería, en cambio, la persona, afiliada o no a una formación política, que ha concurrido a las elecciones en una candidatura y que luego se marcha a un Grupo Parlamentario distinto de aquél que es expresión de su candidatura electoral.

No serían tráfugas los representantes que abandonan un Grupo si integran un colectivo con entidad política propia avalada por los electores y portadora de una concreta representatividad (es el caso, por ejemplo, de los integrantes de una formación política que ha concurrido con sus siglas en coalición con otra u otras a unas elecciones y cuyos componentes titulares de un cargo representativo deciden constituir una agrupación parlamentaria propia).

Si las diferencias se mantienen en el seno del Grupo, sin concretarse en una salida voluntaria del representante disidente, no habría un caso de transfuguismo, aunque el Grupo dispone de la posibilidad de expulsarlo y, en su caso, sancionar así la discrepancia, castigo cuya entidad dependerá de las previsiones reglamentarias

(eventual imposibilidad de integrarse en un Grupo distinto al Mixto, prohibición de ocupar el cargo de portavoz de éste,...).

En los supuestos de transfuguismo en sentido estricto, la consecuencia normativa tendría que ser la pérdida del cargo representativo, y aunque esta previsión no está contenida en nuestra Norma Fundamental, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución portuguesa (artículo 163), no plantearía problemas su inclusión en una norma “infraconstitucional”. Ahora bien, puesto que el ámbito jurídico de represión del transfuguismo político se activa cuando ocurre en sede representativa, no sería suficiente la salida del partido si no va acompañada también de una marcha voluntaria del Grupo Parlamentario o Municipal.

En esta línea argumentativa, una consideración adicional que incidiría en la legitimidad constitucional de la configuración del abandono voluntario del Grupo Político como causa de pérdida del escaño, la constituye la propia estructuración del sistema electoral: si la representación democrática deriva de la elección y jurídicamente, y por la configuración constitucional y legal de nuestro sistema electoral, los votos de los ciudadanos se otorgan a las candidaturas presentadas por los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores, la condición de representante ha de conectarse a una determinada lista de candidatos en un concreto proceso electoral, con lo que tras el abandono voluntario de una candidatura desaparece la conexión con la representatividad política por ella articulada, lo que puede justificar la pérdida del escaño que posibilitaba la expresión de aquella representatividad y la atribución del mismo al siguiente en la lista o al que se haya presentado como suplente al amparo de las mismas siglas políticas.

Por estas mismas razones no cabría la introducción en nuestro sistema político-representativo de una figura como la revocación anticipada del representante individual por parte de los ciudadanos, dado que los votos emitidos –con la salvedad del Senado– han de ser a listas presentadas por partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores. Aunque la personalidad de quien figure como candidato en una determinada lista haya podido tener alguna relevancia en el momento de la elección popular, jurídicamente, y por la configuración mayoritaria de nuestro sistema electoral, los votos van a las listas, sin que sea posible determinar dentro de cada lista qué candidato ha recibido más votos y es por tanto más representativo que sus propios compañeros de lista igualmente elegidos.

Si la expresión de la representatividad corresponde, pues, a las candidaturas en las que han sido elegidos los representantes, no cabe desconectar a éstos últimos de su concreta adscripción electoral, que tiene relevancia jurídica y no sólo política, por lo que los integrantes del Cuerpo electoral no podrán exigirles a los candidatos una responsabilidad individualizada que pudiera desembocar en su caso en la terminación anticipada del mandato. No hay que olvidar, además, que los representantes, como ya se ha dicho, se integran en los Grupos Políticos o Parlamentarios, que son una emanación lógica de las candidaturas con respaldo electoral relevante.

La deslealtad del representante individual con los electores será sancionada, en su caso, por el propio Grupo en el que obligatoriamente ha de integrarse para el ejercicio de su función representativa, pudiendo llegar a su expulsión, a la que el ordenamiento puede anudar una serie de consecuencias más o menos desventajosas (obligación de integrarse

en el Grupo Mixto, consideración como “no adscrito”, pérdida de cargos en las Comisiones,...).

De esta manera la inexistencia de revocación se compensa, frente al representante individualmente considerado, con las facultades atribuidas a los Grupos como garantes de la representatividad alcanzada en las urnas, y frente a los excesos y deslealtades del propio Grupo con la libertad de mandato del parlamentario y su mantenimiento en la institución representativa hasta los siguientes comicios.

## VI. Las garantías del derecho de representación política

La participación de los ciudadanos a través de sus representantes en el gobierno político de la comunidad 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.

Ya nos hemos ocupado de las garantías dirigidas a proteger este derecho respecto al ejercicio de sus funciones representativas por los elegidos para ello (integración en Grupos Parlamentarios, sentido democrático de la prohibición de mandato imperativo, represión del transfuguismo,...). A continuación haremos una breve referencia a las garantías que protegen el contenido del derecho relativo a la elección de los representantes y que pueden ser sustantivas (las infracciones y los delitos electorales), orgánicas e institucionales, y jurisdiccionales.

Aunque las normas penales suelen ser, en la mayoría de los casos, limitativas de un derecho fundamental -se puede recordar la existencia de la sanción penal consistente en la privación del derecho de sufragio activo, ya derogada, así como la vigente pena de privación del derecho de sufragio pasivo-, también sirven para proteger su ejercicio, pues el bien jurídico protegido por la norma sancionadora es, precisamente, el propio derecho: su carácter libre, su ejercicio de manera secreta, etcétera. En términos generales, el Código Penal vigente se refiere, en una de las Secciones del Título XXI («Delitos contra la Constitución»), a “los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución” (artículos 510 a 521).

Con la tipificación de comportamientos que impiden o dificultan la libertad de decisión de los que ejercen el derecho se pretende, además de tutelar este derecho, dotar de protección eficaz al proceso representativo mismo ([51]), 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.

Estas conductas vienen tipificadas no en el Código Penal sino en la propia Ley Orgánica del Régimen Electoral General (artículos 135 a 153), que actúa así como

norma penal específica y, por consiguiente, es de aplicación preferente sobre la norma general, que actuará como supletoria en todo lo no previsto en la LOREG y se aplicará, en todo caso, en materia de garantías penales y disposiciones generales sobre aplicación de la ley, personas responsables, delitos y las consecuencias de la infracción penal (arts. 1 a 18 del Código Penal de 1995). Por su parte, la Ley Electoral, como Ley Orgánica que es, reúne los requisitos previstos por la Constitución para establecer las conductas que se van a considerar constitutivas de los ilícitos penales y para imponer las correspondientes sanciones privativas de derechos.

Una primera serie de conductas vienen caracterizadas por su comisión por “funcionarios públicos”, concepto que viene definido por la Ley Electoral a sus efectos y en el que se incluye, además de los que tengan esa consideración con arreglo al Código Penal, a “quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones y, en particular, los Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales, los Presidentes, Vocales e Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes.” (art. 135.1 LOREG).

Las conductas se refieren, para expresarlo de manera resumida, a la formación, conservación y exhibición del Censo Electoral; al planteamiento, sin motivo racional, de dudas sobre la identidad de las personas o la entidad de sus derechos; al incumplimiento de los trámites establecidos para el voto por correspondencia; 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 ello (arts. 139 y 140). Estas conductas pueden realizarse de manera dolosa o por imprudencia temeraria, siendo más grave la pena en el primer caso.

En segundo lugar, se prevé la conducta de los particulares que, siempre de manera dolosa, vulneren los trámites del voto por correo o cometan las falsedades antes mencionadas (art. 141). En tercer lugar, se sanciona a los que voten dos o más veces en la misma elección o voten dolosamente sin capacidad para hacerlo (art. 142). A continuación se tipifican los delitos cometidos con ocasión de la campaña electoral (art. 144) y, por último, en lo que a nosotros nos interesa, se describen 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 sufragio (art. 146). Además, y como instrumento adicional de garantía, se contemplan las “infracciones electorales”, 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.”.

Dentro de las garantías orgánicas e institucionales se pueden incluir los órganos e instituciones cuya existencia tiene como finalidad la protección y salvaguarda del derecho de participación a través de representantes. En términos generales, los órganos que garantizan la participación y, de manera más amplia, el proceso representativo, son los que integran la Administración Electoral; es decir, las Juntas Electorales, las Mesas Electorales y la Oficina del Censo Electoral, de la que son colaboradores los Ayuntamientos y Consulados.

En lo que toca a las garantías de naturaleza institucional, y sin extendernos sobre el particular, se dirigen a proteger la emisión del sufragio, el voto asistido, el voto por



correspondencia y las “certificaciones censales específicas” que sirven para probar la inclusión del elector en el censo.

Las jurisdiccionales son las 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 se incluirán aquí tanto las denominadas garantías ordinarias, conferidas a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, como la que se articula a través del amparo ante el Tribunal Constitucional.

La eficacia de la tutela judicial del ejercicio del sufragio se ejemplifica con la posibilidad (arts. 40 y 85 LOREG) de que un elector pueda votar a pesar de que no figure inscrito en las listas, si justifica a través de la sentencia dictada a resultas de lo previsto en el artículo 40 [“Contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral puede interponerse recurso ante el Juez de Primera Instancia... La sentencia,..., se notifica al interesado, al Ayuntamiento, al Consulado y la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral. Esta sentencia agota la vía judicial.”] el derecho a ejercer el sufragio y al tiempo acredita su domicilio a los efectos de votar en la Mesa que le corresponda ([52]).

Con la LOREG, y a diferencia de lo que sucedía en el Real Decreto-Ley 20/1977, sobre Normas Electorales, las reclamaciones sobre las inscripciones en el censo tienen un tratamiento similar, con independencia del supuesto del que traigan causa, pero el procedimiento a seguir depende de que se presente la correspondiente reclamación fuera o dentro de un proceso electoral en curso ([53]). Fuera del período electoral, la competencia corresponde, en la vía administrativa, a la Oficina del Censo Electoral y sus resoluciones agotan la vía administrativa. Contra la resolución se puede recurrir ante los tribunales por el procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53 de la Constitución. En período electoral existe una reclamación administrativa y otra jurisdiccional. La primera se desarrolla ante la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral; la segunda ante el Juzgado de Primera Instancia

Una vez agotada la vía judicial, tanto fuera como dentro del proceso electoral, el individuo que no obtenga la reparación pretendida en su derecho de sufragio activo como consecuencia de una inclusión o exclusión indebidas en el censo, tiene abierta la vía del recurso de amparo. La LOREG no dispone nada de manera expresa en esta materia, pero tampoco existe necesidad alguna de que lo haga, pues la existencia, o no, de este instrumento de protección del derecho fundamental no es algo que quede a disposición del legislador, sino que viene impuesta por el propio texto constitucional.

De manera previa, también se contempla la existencia del recurso de amparo frente a la proclamación de candidaturas y candidatos, cuya especialidad radica en que “el amparo debe solicitarse en el plazo de dos días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los tres días siguientes.” (art. 49.4). Las previsiones legales han sido complementadas a través de sucesivos Acuerdos del Tribunal Constitucional ([54]).

Existen garantías específicas en caso de privación del derecho de sufragio activo. Esta exclusión procede cuando ha quedado desvirtuada la presunción que se deriva del

cumplimiento de la edad y ha de llevarse a cabo a través de un procedimiento judicial especial en el que se constate de manera expresa la incapacidad para el ejercicio del sufragio.

Ya hemos visto que la consecuencia penal de privación del derecho de sufragio activo ha desaparecido a resultas de la supresión de esa sanción penal. Por lo que hace referencia a las otras circunstancias que impiden la emisión del sufragio, no se trata, como dice de manera errónea el artículo 3 de la LOREG, de que esas personas carezcan del derecho de sufragio, sino de su incapacidad para la emisión del voto. Dado que esta incapacidad afecta a un bien protegible por el Estado habrá de ser apreciada en un proceso judicial, bien sea de incapacitación o de internamiento en un hospital psiquiátrico.

Los incapacitados podrán hacer valer las acciones para la garantía y defensa de su derecho de sufragio, pidiendo la rectificación en el Registro Civil y, si fuera necesario, en la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, de las circunstancias que afectan a su capacidad y que estas instituciones no hubiesen realizado de oficio (art. 37 LOREG). Y es que, en lo que a la incapacitación se refiere, el propio incapacitado puede instar judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida (arts. 212 y 213 CC). Esta nueva declaración se anotará en el Registro Civil, trámite que no restituye al incapacitado en su capacidad electoral plena, sino que se limita a dar publicidad a esa circunstancia. La restitución de la capacidad se produce como consecuencia de la correspondiente resolución judicial

---

[1]. System der sozialen Politik, Mannheim, 1847, pág. 108, citado por Jürgen HABERMAS en Faktizität und Geltung, Suhrkamp, Frankfurt, 1994, pág. 614.

[2]. HABERMAS: ob. cit., pág. 614.

[3]. Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Vergessungrecht, Suhrkamp, Frankfurt, 1992, pág. 299.

[4]. Véase LUHMANN: Legitimation durch Verfahren, Luchterhand, Darmstadt/Neuwied, 1978 (3. Auflage), págs. 73 y sigs., y 159 y sigs. En esta misma obra se analiza el concepto clásico de “procedimiento” y se explica la imposibilidad de una teoría unitaria; cada procedimiento se diferencia como sistema operativo particular mediante específicas normas organizativas y procedimentales; véanse las págs. 11 y sigs., y 119 y sigs.

[5]. Así, Francisco José BASTIDA FREIJEDO: “Elecciones y Estado democrático de Derecho”, en Revista Española de Derecho Constitucional, n° 32, 1991, pág. 123. Sobre la relación entre soberanía y democracia, véase el trabajo de este mismo autor “La soberanía borrosa: la democracia”, en Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, n° 1, 1998, págs. 423 y sigs.

[6]. LUHMANN: ibídem, págs. 181 y 182.

[7]. Respecto del derecho al ejercicio del cargo representativo son de cita obligada los trabajos de Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: El mandato parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991; Manuel PULIDO QUECEDO: El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución, Civitas-Parlamento de Navarra, Madrid, 1992; Enric FOSSAS ESPALADER: El derecho de acceso a los cargos públicos, Tecnos, Madrid, 1993; Esther MARTÍN NÚÑEZ: El régimen

constitucional del cargo público representativo, Cedecs, Barcelona, 1996 y Francisco J. GARCÍA ROCA: Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución, Aranzadi, 1999.

[8]. El carácter abstracto de la definición de los derechos deriva, como explica Ignacio de Otto, “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.”; véase “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.

[9]. “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.

[10]. BVerfGE 7, 198, 207.

[11]. Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, Temen XLVII, 1989, pág. 32.

[12]. *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986, págs. 75 y 76.

[13]. Véase ALEXYY: *Ibíd.*, pág. 125.

[14]. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional español ha declarado que “los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.” (STC 53/1985, de 11 de abril, fj. 4º).

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

[16]. *Die offene Gessellschaft der Verfassungsinterpreten*, *Juristenzeitung*, 1975, pág. 302.

[17]. A favor de una ciudadanía basada en la residencia se muestran, por ejemplo, Marco CUNIBERTI: *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Cedam, Padua, 1997, págs. 520 y sigs.; y G. ZINCONI: *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie delle società civile*, Il mulino, Bologna, 1992, págs. 233 y sigs.

[18]. Véase al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1998, mencionada de manera expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad.

[19]. Véase al respecto, Hans KELSEN: *Allgemeine Staatslehre (Nachdruck der resten Auflage von 1925)*, Verlag Dr. Max Gehlen, Berlín, 1966, págs. 81 y sigs., y 137 y sigs.

[20]. Cfr. *Allgemeine Staatslehre*,... pág. 160.

[21]. BVerfGE 89, 155 [185]; también BVerfGE 5, 85 [135, 198, 205] y BVerfGE 69, 315 [344 y sigs.]

[22]. 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.

[23]. “Todo ciudadano de la Unión tiene 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. 2. Los diputados del Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal, directo, libre y secreto.” (art. 37); “Todo ciudadano de la Unión tiene 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.” (art. 38).

[24]. Alude al carácter novedoso de la conexión entre libertad de circulación y ejercicio de los derechos políticos Marco CUNIBERTI: *La cittadinanza...*, 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.; también en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 97 y sigs.

[25]. En esta línea se mueven las Directivas europeas; así, de conformidad con la que regula las elecciones al Parlamento Europeo (art. 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 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.” (art. 5).

De acuerdo con la Directiva relativa a las elecciones locales (art. 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).

[26]. De conformidad con el artículo 4.1 de esa misma disposición,

“el elector comunitario ejercerá su derecho de sufragio activo en el Estado miembro de residencia o en el Estado miembro de origen. Nadie podrá votar más de una vez en las mismas elecciones.”. Según el artículo 13, “los Estados miembros intercambiarán la información necesaria para la aplicación del artículo 4. Para ello, el Estado miembro de residencia transmitirá al Estado miembro de origen, basándose en la declaración formal a que se refieren los artículos 9 y 10, dentro de un plazo apropiado antes de la votación, las informaciones relativas a los nacionales de este último Estado inscritos en el censo electoral o que hayan presentado su candidatura. El Estado miembro de origen adoptará las medidas adecuadas para evitar el voto doble y la candidatura doble de sus nacionales.”.

[27]. Así, Francisco J. BASTIDA FREIJEDO: “La soberanía borrosa: la democracia”, en *Fundamentos...*, pág. 419.

[28]. Vid. 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.

[29]. Véanse los debates parlamentarios sobre esta cuestión suscitados a propósito de la redacción del vigente artículo 68 de la Norma Fundamental en Constitución española. *Trabajos parlamentarios, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, Tomo II, págs. 2236 y sigs.*

[30]. Pueden consultarse en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. *Trabajos Parlamentarios, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, Tomo I, págs. 675 y sigs*

[31]. Así, de acuerdo con la STC 75/1985 (fj. 5º), “Ni la Constitución ni en este caso el Estatuto catalán, han pretendido, en efecto, introducir, agotando la regulación de la materia, un sistema «puro» de proporcionalidad, y si con tal expresión se entiende que la única opción constitucionalmente válida sería la que atribuyese, sin desviaciones, los escaños de modo exactamente proporcional al porcentaje de votos conseguidos, debe decirse que semejante sistema ni existe entre nosotros, desde luego, ni en el Derecho comparado en parte alguna, ni acaso en ningún sistema imaginable. La proporcionalidad es, más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa «pureza» de la proporcionalidad abstractamente considerada.

En nuestro ordenamiento, algunos de estos recortes ya aparecen impuestos por la propia Constitución, pues en lo que se refiere a la elección del Congreso de Diputados, el apartado 1 de su art. 68, al regular la composición de la Cámara, implica una evidente restricción al despliegue de la proporcionalidad, que ciertamente será mayor o menor, pero que se producirá en cualquier caso, según decida el legislador ir ampliando desde el número mínimo (300) hasta el número máximo (400) de

Diputados que el precepto señala, y esta restricción adquiere más entidad si se tiene en cuenta que, según el apartado 2 del mismo artículo, el número total de Diputados por el que se opte habrá de distribuirse entre las provincias, a las que se determina como circunscripciones electorales, junto a la necesidad de atribuir un número mínimo inicial de escaños a cada una de ellas.”.

[32]. Alude también a esta incoherencia, Manuel FRAILE CLIVILLÉS en “Los sistemas electorales”, IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral. Enero 1993, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pág. 517

[33]. Pueden consultarse multitud de ejemplos en el estudio de Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: “La correlación entre el tamaño de las circunscripciones y la proporcionalidad en la elección del Congreso. Un estudio empírico”, en Estudios de Derecho Electoral, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997.

[34]. Se analiza con detalle esta jurisprudencia constitucional en el trabajo, ya citado, de Francisco Javier GARCÍA ROCA y en la Tesis Doctoral de Gonzalo ARRUEGO RODRÍGUEZ: Representación y derecho a la representación en la Constitución española de 1978, Zaragoza, 2002.

[35]. Francisco José BASTIDA FREIJEDO: “La soberanía borrosa: la democracia”, ob. cit., pág. 440.

[36]. De manera más extensa, véase Ángel José SÁNCHEZ NAVARRO: Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

[37]. El artículo 48 de la Constitución portuguesa establece en sus dos primeros apartados que “1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar parte en la vida política y en la dirección de los asuntos públicos del país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. 2. El sufragio será universal, igual y secreto y se reconoce a todos los ciudadanos mayores de 18 (dieciocho) años, salvo las incapacidades que establezca la ley general. Su ejercicio será personal y constituye un deber cívico.”.

[38]. Se refiere a este carácter superfluo de todo el artículo 23, tanto de su apartado primero como del segundo, el profesor Francisco RUBIO LLORENTE en su “Prólogo” al libro de Manuel PULIDO QUECEDO: El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución, Civitas-Parlamento de Navarra, Madrid, 1992, págs. 25 y 26.

[39]. Véase al respecto la STC 189/1993, de 14 de junio.

[40] . Véanse las SSTC 23/1984, de 20 de febrero, y 212/1993, de 28 de junio.

[41] . Véanse, en el mismo sentido, Paloma BIGLINO CAMPOS: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de participación política del artículo 23”, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 3-4, pág. 598; Enric FOSSAS ESPADALER: El derecho de acceso a los cargos públicos,..., pág. 59, y Javier GARCÍA ROCA: Cargos público representativos..., pág. 48

[42] . Véase la STC 119/1995, de 17 de julio, fj. 5º.

[43]. Como se puede leer en la 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 art. 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 art. 23.2 de la Constitución (STC 23/1984), y lo mismo cabe decir del Secretario de un Colegio público (STC 80/1994).” (fj. 2º).

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

[45]. 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,

[46]. Según el antiguo art. 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.” (art. 37); “La suspensión del derecho de sufragio privará al penado, igualmente, de su ejercicio durante el tiempo de la condena.” (art. 39).

[47]. 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.

[48]. Véase al respecto el estudio de Manuel ARAGÓN REYES: “Democracia y representación: dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 9, 2000, págs. 47 y sigs., con especial referencia al ámbito constitucional iberoamericano.

[49]. Para más información sobre estas reformas legales puede consultarse nuestro trabajo “La reforma electoral en Italia. (Comentario a las Leyes núms. 276 y 277, de 4 de agosto de 1993, sobre elección del Senado de la República y para la elección de la Cámara de Diputados, respectivamente; y a la Ley núm. 81, de 25 de marzo de 1993, sobre elección directa del alcalde, del presidente de la provincia, del consejo comunal y del consejo provincial)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 40, 1994, págs. 133 y sigs.; sobre el voto obligatorio en Italia, véanse M. IACOMETTI: “Sull’obbligatorietà del voto nelle consultazioni popolari dell’ordinamento giuridico italiano”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982, págs. 39 y sigs., y G. CORDINI: *Il voto obligatorio*, Bulzoni Editore, Roma, 1988.

[50]. Sobre estas dimensiones, subjetiva y objetiva, del derecho de sufragio, véase el trabajo de Manuel ARAGÓN REYES: “Democracia y representación...”, ob. cit., págs. 47 y sigs.

[51]. 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. Sobre la regulación y grado de comisión de estos delitos en nuestra historia constitucional, véase Esteban MESTRE: *Los delitos electorales en España (1812-1936)*, Editora Nacional, Madrid, 1977.

[52]. Véase, al respecto, el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de noviembre de 1989.

[53]. Sobre las diferencias en esta materia entre la regulación electoral preconstitucional y la LOREG, véase el estudio de Francisco J. BASTIDA FREIJEDO: “Ley electoral y garantías judiciales”, en *Poder Judicial*, nº 1, 1986, pág. 26.

[54]. ACUERDO de 20 de enero de 2000, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. (BOE 25.1, 3125).