

**INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LAS
PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN
ELECTORAL GENERAL**

24 DE FEBRERO DE 2009

SEÑORES:

Rubio Llorente, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Carnicer Díez
De Fuentes Bardají
Cruz Villalón
Valcárcel Bernardo de Quirós
Biglino Campos
Martín Oviedo, Secretario General

La Comisión de Estudios del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 24 de febrero de 2009, con asistencia de los señores que al margen se expresan, aprobó, por unanimidad, el siguiente informe:

SUMARIO**INTRODUCCIÓN**

- I. MARCO GENERAL DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA CONSTITUCIÓN
- II. EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LOS EXTRANJEROS EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES
- III. EL VOTO DE LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTERIOR
- IV. EL SISTEMA ELECTORAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS
- V. LA CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL EN LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO
- VI. LA ELECCIÓN DE LOS ALCALDES
- VII. OTRAS CUESTIONES

RECAPITULACIÓN**ÍNDICE DESARROLLADO**

- ANEXO I**
ANEXO II

INTRODUCCIÓN

I

Con fecha de 27 de junio de 2008 el Gobierno encomendó al Consejo de Estado la elaboración de un Informe sobre las principales propuestas de reforma del régimen electoral general que han sido objeto de debate político y doctrinal, analizando en particular tanto su ajuste al marco constitucional como su funcionalidad para el conjunto del sistema. El escrito en el que se formula la consulta, que tuvo entrada el mismo 27 de junio en el Consejo, es el siguiente:

“Desde la transición a la democracia, España ha contado con un régimen electoral cuyos fundamentos están recogidos en la Constitución de 1978 y que ha permitido consolidar un sistema de partidos, ha posibilitado la renovación democrática de las distintas instancias de gobierno mediante la participación directa de la ciudadanía, y que ha sabido dar cuenta de la diversidad territorial y del pluralismo político que existe en nuestro país, asegurando, al tiempo, la gobernabilidad y la estabilidad política necesarias para conformar una convivencia democrática continuada y pacífica.

Este régimen electoral general está actualmente regulado en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, que ha sido objeto de algunas modificaciones puntuales durante su vigencia, tales como las llevadas a cabo para reducir los gastos electorales (Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo), mejorar el voto por correo (Ley Orgánica 6/1992, de 2 de noviembre), regular el derecho de sufragio al Parlamento Europeo de los ciudadanos de la Unión residentes en España (Ley Orgánica 13/1994, de 30 de marzo), las concernientes a la revisión continua del censo electoral (Ley Orgánica 3/1995, de 23 de marzo), el reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea (Ley Orgánica 1/1997, de 30 de mayo), la garantía del secreto de voto de las personas con discapacidad (Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre) o la introducción de la presencia equilibrada de

hombres y mujeres en las candidaturas electorales (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo).

Más allá de estas modificaciones, tanto a lo largo de la pasada Legislatura como en el marco del reciente proceso electoral, las distintas fuerzas políticas han formulado otras propuestas de reforma relativas a diversos aspectos del régimen electoral general.

En los programas electorales de los partidos que han obtenido representación parlamentaria en los últimos comicios, se recogen proposiciones de muy diverso contenido y alcance.

Así, las relativas a la creación de una circunscripción exterior para las elecciones generales, a la regulación de los debates electorales, a la incorporación de las nuevas tecnologías, a la ampliación del derecho de sufragio de los extranjeros, a las circunscripciones, a los modelos de listas electorales, a la mejora de la proporcionalidad del sistema y a la elección de los alcaldes, por mencionar sólo algunas de las más significativas.

Por otra parte, la doctrina especializada también ha llamado la atención, en diversas ocasiones, sobre algunas imperfecciones o carencias técnicas de la actual regulación del régimen electoral y ha sugerido la necesidad o la conveniencia de abordar ciertas modificaciones en ámbitos tales como el de la sustitución por razones justificadas de los representantes electos, la configuración y el funcionamiento de la Oficina del Censo, la regulación de las campañas electorales, determinados aspectos organizativos y funcionales de la administración electoral y la articulación del control jurisdiccional de los procesos electorales.

El Gobierno es plenamente consciente de que el régimen electoral es una pieza clave del Estado constitucional puesto que habilita la participación política de los ciudadanos, transforma sus votos en escaños y, en definitiva, hace operativo el principio democrático en las

instituciones del Estado. De ahí que el Gobierno considere que cualquier reforma de la legislación electoral sólo puede abordarse desde el máximo consenso entre todas las fuerzas políticas y dentro del marco constitucionalmente establecido.

Sentadas estas premisas, en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como uno de sus valores superiores el pluralismo político, todas las instituciones y todos los responsables políticos están obligados a prestar la debida atención a las continuas necesidades de actualización del sistema electoral y a las propuestas encaminadas a su perfeccionamiento.

En consecuencia, el Gobierno considera adecuado y conveniente el examen y la valoración de aquellas propuestas de reforma de la legislación electoral que, siendo compatibles con la Constitución, contribuyan a incrementar la calidad democrática del sistema político y a facilitar el ejercicio del derecho al sufragio por los ciudadanos.

En este sentido, el Presidente del Gobierno, en el debate de investidura, anunció que apoyaría la creación de una ponencia en el seno de la Comisión Constitucional para estudiar y evaluar las cuestiones relacionadas con la mejora del régimen electoral general.

Y la Vicepresidenta Primera del Gobierno, en su comparecencia del día 7 de mayo ante la citada Comisión Constitucional, propuso seguir avanzando en todas aquellas reformas encaminadas a facilitar la participación ciudadana e incrementar el rendimiento de las instituciones y anunció que el Gobierno solicitaría un informe al Consejo de Estado sobre el régimen electoral vigente y sus posibles reformas para su posterior remisión a la Cámara”.

II

Como evidencia la lectura de la consulta, no se solicita del Consejo de Estado la realización de un estudio sobre la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), y de las normas que la complementan, para detectar posibles defectos o insuficiencias y proponer fórmulas que permitan remediarlos o subsanarlas. Lo que se pide de este Alto Órgano es el análisis y valoración de las propuestas de reforma de esa legislación formuladas por las distintas fuerzas políticas o sugeridas por la doctrina especializada. El material que se propone al análisis del Consejo aparece, además, temporalmente delimitado de manera explícita, en lo que toca a las propuestas de reforma de origen político. El escrito del Gobierno se refiere específicamente, en efecto, a las iniciativas producidas en sede parlamentaria a partir de 2004 (Legislaturas VIII y IX, en curso) y a las propuestas contenidas en los programas electorales con que han concurrido a las elecciones las fuerzas políticas que han obtenido representación parlamentaria en los últimos comicios. Es por tanto claro que el informe del Consejo ha de tomar en cuenta sólo éstas y no todas las formuladas a lo largo de los más de veinte años de vigencia de la ley y los más de treinta que han pasado desde que el Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, trazara las líneas directrices del actual sistema. Aunque respecto de las propuestas de reforma originadas en la doctrina no se hace en el texto de la consulta una delimitación explícita del mismo género, parece razonable entenderla implícita y que también en este caso las sugerencias o propuestas que se han de tomar en consideración son las que están presentes en el debate académico en los últimos cinco años, bien porque sólo dentro de este período se hayan formulado, bien porque, aun habiéndose publicado con anterioridad, continúan siendo objeto de atención.

Por último, el Gobierno precisa también que, para llevar a cabo la tarea que se le encomienda, el Consejo ha de atender sobre todo a dos condiciones, la de la compatibilidad con la Constitución de esas propuestas o sugerencias, y la de su posible eficacia para “incrementar la calidad democrática del sistema político y facilitar el ejercicio del derecho de sufragio por los ciudadanos” o, en

otra formulación de la misma idea, “facilitar la participación ciudadana e incrementar el rendimiento de las instituciones”.

Pese a la aparente simplicidad del enunciado, o tal vez a causa de ella, la determinación del alcance concreto de este doble condicionamiento requiere algunas precisiones previas.

El Consejo de Estado entiende que la condición que opera como límite, la de la compatibilidad con la Constitución de las distintas propuestas de modificación del régimen electoral general, excluye *a priori* todas aquellas que no puedan ser acogidas sin reformar el texto constitucional. Es cierto que, en sentido estricto, no se pueden considerar incompatibles con la Constitución las propuestas que propugnan reformarla de acuerdo con el procedimiento establecido, especialmente cuando se trata de leves reformas que no implican cambio sustancial alguno en el marco constitucional del régimen electoral general. Pese a ello, el Consejo de Estado ha considerado que, al establecer la condición de la compatibilidad de las propuestas con la Constitución, el Gobierno hacía referencia sólo al texto actual de ésta.

Problemas más complejos plantea la determinación de la segunda condición a la que debe ajustarse el Informe: la condición teleológica. No se trata en este caso de un límite que obligue a dejar fuera de consideración las propuestas o sugerencias que impliquen la necesidad de reformar la Constitución, sino del criterio que el Consejo de Estado ha de utilizar para seleccionar, dentro de las que cumplen esa condición, las que han de ser objeto de análisis y valoración y de la perspectiva desde la que ha de llevar a cabo su tarea. Una perspectiva que, como se acaba de indicar, viene determinada por la idoneidad de tales propuestas y sugerencias para alcanzar dos finalidades distintas. De una parte, la de facilitar “el ejercicio del derecho de sufragio” o la “participación ciudadana”; de la otra, la de incrementar “la calidad democrática del sistema político” o “el rendimiento de las instituciones”. Aunque las expresiones utilizadas podrían llevar a diferenciar cada uno de los cuatro enunciados, no cree el Consejo de Estado forzar su sentido al agruparlos dos a dos, en la forma que se expone.

En un sistema democrático como es el nuestro, la mayor o menor facilidad con la que los ciudadanos pueden ejercer su derecho a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes depende como es obvio de las normas de organización y procedimiento previstas para la elección de éstos. El análisis y valoración de esas normas desde este punto de vista cae dentro del ámbito de la técnica jurídica y no suscita por ello problemas que no sean los habituales en el ejercicio de la función consultiva. Difícilmente puede extenderse ésta, por el contrario, a la determinación de cuál sea el grado mayor o menor de la calidad democrática del sistema político, pues esa calidad tiene como condición necesaria la libertad, igualdad y universalidad del sufragio. Cumplida esta condición, el juicio que se haga sobre la calidad democrática del sistema depende del concepto de democracia utilizado y como es bien sabido la democracia no es concebida del mismo modo en las diversas doctrinas políticas presentes en nuestra vida pública y que en líneas generales se corresponden con las que tienen presencia en el resto de los países democráticos. El juicio sobre la calidad democrática del sistema político, el nuestro o el imperante en cualquiera de las democracias del mundo, no es el mismo si se hace desde el punto de vista del liberalismo, que si se emite desde el republicanismo o el comunitarismo.

A fin de atenerse a los términos en los que se formula la consulta sin incurrir en valoraciones políticas ajenas a su competencia, el Consejo de Estado ha partido por ello de la idea de que todas las propuestas de reforma electoral formuladas por las distintas fuerzas políticas tienen como finalidad propia la de incrementar la calidad política del sistema y que no esa finalidad sino la idoneidad de los medios propuestos para alcanzarla es la que ha de ser objeto de análisis y valoración.

El Informe se extiende por eso a todas las propuestas de reforma electoral formuladas por los distintos partidos dentro del período antes indicado y que se mueven dentro del ámbito legislativo, sin extenderse al constitucional.

El examen de esas propuestas, compiladas en el Anexo I, evidencia que el grado de aceptación del régimen electoral vigente es muy alto en todas las fuerzas políticas. Ninguna de ellas propone reformas que afecten a sus elementos fundamentales, sino sólo cambios que, aunque de indudable importancia, no alteran sustancialmente dicho régimen. Pese a las diferencias de matiz y formulación, todas ellas convergen además en seis grandes cuestiones:

- ampliación del derecho de sufragio de los extranjeros residentes en España;
- perfeccionamiento del sistema para el ejercicio del derecho de sufragio por parte de los españoles residentes en el extranjero;
- incremento de la proporcionalidad del sistema seguido para las elecciones a las Cortes Generales y ampliación de las opciones ofrecidas a los electores;
- creación de circunscripciones de ámbito subestatal para las elecciones al Parlamento Europeo;
- modificaciones diversas en el sistema de las elecciones locales y en particular del sistema de elección de alcaldes; y
- corrección de algunos defectos percibidos en las normas que regulan la confección del censo electoral y las campañas electorales, a fin de prevenir posibles fraudes o situaciones de desigualdad entre los partidos participantes; utilización de nuevas tecnologías.

Para determinar cuáles son las propuestas o sugerencias de reforma del régimen electoral general que han hecho nuestros constitucionalistas y, más en general, todos los estudiosos, el Consejo de Estado ha podido contar con la valiosa ayuda del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que la ha prestado de diversas formas y muy en particular mediante la organización, en

colaboración con el propio Consejo, de unas Jornadas celebradas el pasado mes de octubre en las que estuvieron presentes los más destacados especialistas. Aparte de ello, esa información se ha buscado también, como es lógico, a través del estudio de los textos más significativos de la doctrina e incluso del contacto directo que los miembros del Consejo, Letrados y Consejeros, que han participado en la elaboración de este Informe, han tenido con sus autores. Dentro del abundante material, se han seleccionado, como objeto de estudio, aquellos trabajos que enjuician desde el punto de vista académico las propuestas de reforma formuladas por las fuerzas políticas, o sugieren otras de sentido muy análogo.

El Informe se estructura de acuerdo con este contenido. Para evitar reiteraciones innecesarias, el Capítulo primero expone la regulación constitucional del derecho de sufragio y el contenido que de acuerdo con la Constitución ha de asignarse al concepto de “régimen electoral general”, que delimita los ámbitos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre esta materia. Los restantes capítulos, del segundo al séptimo, están consagrados a las propuestas de reforma en torno a cada uno de los seis temas antes indicados. La Recapitulación final pretende ofrecer una visión sintética de las conclusiones alcanzadas en cada uno de ellos. Como Anexo II se ha incorporado al Informe el estudio sobre las posibles vías para incrementar la proporcionalidad en las elecciones a las Cortes Generales que el Consejo solicitó de dos reconocidos especialistas. En la edición en forma de libro, que en su día se hará en colaboración con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, se publicarán, junto con el Informe, las Ponencias y comunicaciones presentadas en las Jornadas a las que antes se ha hecho referencia.

I. MARCO GENERAL DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA CONSTITUCIÓN

1. La Constitución como marco de la participación política

La elaboración de un informe como el que el Gobierno ha solicitado al Consejo de Estado, cuyo objetivo es estudiar las más recientes iniciativas legislativas, políticas y doctrinales de modificación del régimen electoral y formular las consiguientes propuestas de reforma, ha de arrancar necesariamente de la incuestionabilidad del binomio elecciones y democracia o, más precisamente, de la centralidad de las elecciones y, por ello, de su régimen jurídico en la arquitectura normativa del Estado democrático, aunque sólo fuera por la conexión inmediata que a través de ellas se establece con el pueblo como titular de la soberanía (art. 1.3 de la Constitución).

Ciertamente, la elección, como el nexo que une a la sociedad con el Estado, es la institución central de la propia democracia. Por ello, la cualidad democrática de un Estado depende, en gran medida, de la capacidad del sistema electoral para generar adecuadamente la representación política de la sociedad. Con ello no se pretende ignorar o reducir la relevancia de otros factores que van mucho más allá de los elementos que componen el complejo sistema normativo de las elecciones (como la historia, la cultura política, la opinión pública o también otros factores institucionales), pero sí poner de manifiesto la virtualidad del sistema electoral como factor de legitimación o, dicho, en otros términos, subrayar el dato de que la democracia no sólo requiere insoslayablemente un adecuado sistema electoral sino también que allí donde el sistema electoral no funciona correctamente la propia democracia acaba resultando cuestionada.

Para la democracia -y más aún para la democracia avanzada y el Estado social y democrático de derecho que ha puesto en pie nuestra Constitución de 1978-, el sistema electoral es, pues, el primer elemento a definir. Si la democracia estriba en la intervención determinante del pueblo, como titular de la soberanía, en la designación de sus representantes, la legitimidad y la realidad de la representación sólo se podrá verificar cuando haya reglas que

ordenan adecuadamente el derecho de sufragio y el régimen de su ejercicio, tanto más cuando con las elecciones se acomete la función, igualmente fundamental, de designar indirectamente a los gobernantes en los distintos estratos de nuestro complejo sistema político. Esta conexión entre las elecciones políticas y la formación del gobierno no sólo se da, ciertamente, en el caso del Gobierno de la Nación a través de la designación de su Presidente (art. 99 de la Constitución), sino también, con pautas muy parecidas, en los gobiernos autonómicos (art. 152.1 de la Constitución) y, en cierto sentido, aunque con otros patrones, en la esfera de la Administración local.

A tal efecto, el régimen jurídico de las elecciones ha de responder a un doble imperativo. En primer lugar, debe presentarse como un conjunto de reglas de juego igualitarias y neutrales para que la democracia a la que sirven no se vea cuestionada y conjurar el peligro de que quienes resulten perdedores en el juego electoral dejen por ello de acatar el resultado y no acepten seguir jugando bajo las mismas reglas. A este respecto son de capital importancia las normas y dispositivos que desarrollan y ponen en práctica los principios constitucionales que garantizan el valor democrático del sufragio, esto es, su carácter universal, libre, igual, directo y secreto, que la Constitución impone en relación con las elecciones de Diputados (art. 68.1: “El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio *universal, libre, igual, directo y secreto*, en los términos que establezca la ley”), Senadores (art. 69.2: “En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica”) y Concejales (art. 140: “... Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley...”).

Todas esas determinaciones, coincidentes aunque particularizadamente enunciadas, son, por lo demás, expresión de la concepción democrática básica del derecho de sufragio en todo tipo de elecciones para cámaras representativas, reflejado igualmente con ese carácter general en el art. 23.1 de nuestra Constitución en relación con el derecho a participar mediante representantes en los asuntos públicos (“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”), a su vez en coincidencia con los principios proclamados en los principales declaraciones internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Art. 21.3: “La voluntad del pueblo [...] se expresará mediante elecciones *auténticas*, que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Art. 25: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 y sin restricciones indebidas de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”) o, en términos más sintéticos, el Protocolo Adicional de 1952 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (Art. 3: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”).

Pero no basta con ello, el segundo imperativo al que debe responder la adecuada articulación jurídica de un régimen electoral al servicio de la democracia exige que las elecciones generen un órgano que represente material y políticamente, y no sólo formalmente, al cuerpo electoral. Y, en este sentido, sólo a través de un cuidadoso régimen jurídico de las elecciones se pueden garantizar eficazmente los dos elementos básicos del Estado democrático contemporáneo: el ejercicio del derecho de sufragio como pieza esencial para dotar de contenido al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos en una organización política de base representativa de acuerdo con los principios constitucionales de ese derecho y el pluralismo social y político como valor superior del ordenamiento democrático, lo que, a su vez, resulta determinante del sistema de partidos y del papel fundamental que

éstos desempeñan en la articulación de la representación política y, en definitiva, en la configuración efectiva de la democracia, preocupaciones todas ellas que se manifiestan explícitamente en la consulta del Gobierno.

La significación fundamental de las elecciones para la democracia, por otra parte, se refleja en la relevancia constitucional de su régimen jurídico, que, con independencia del distinto alojamiento y, por consiguiente, jerarquía normativa de sus elementos, lleva a considerar al derecho electoral como inserto en lo que se da en llamar la constitución política material de un Estado democrático.

Por ello, el presente capítulo gira en torno al marco constitucional general de la participación política y en él se retienen las líneas fundamentales de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de sufragio y el régimen electoral, de especial significación, dado que nuestra Constitución, aun habiendo adoptado en materia electoral una serie de decisiones fundamentales –con mayor intensidad que otras Constituciones de nuestro entorno–, ha dejado al legislador un amplio margen no sólo en materia de organización y administración electorales, donde su libertad de actuación es ciertamente acusada, sino también en relación con el propio sistema electoral, lo que de algún modo acrecienta en la misma medida la necesidad de la interpretación constitucional.

De igual manera, se pasa revista aquí a la delimitación de las competencias estatales, de no menor relevancia en un Estado políticamente descentralizado como el de nuestra Constitución de 1978, pero sobre todo tanto más necesaria para acometer el Informe dentro de los límites en que ha sido solicitado de este Consejo de Estado.

2. El derecho de sufragio

En los términos que antes se citaron, la Constitución reconoce a los ciudadanos el derecho de sufragio así como el de igual acceso a los cargos públicos “con los requisitos que señalen las leyes” (art. 23.2).

Por ello, el examen en primer lugar de la jurisprudencia constitucional acerca de los referidos derechos exige analizar el ámbito y la titularidad común de ambos para a continuación referirse por separado al contenido de cada uno de ellos. Este apartado concluye con un breve comentario sobre la tutela de tales derechos a través del recurso de amparo electoral.

2.1. Ámbito

Frente a las opiniones doctrinales que abogaban por una interpretación amplia del concepto de “*asuntos públicos*” contemplado en el artículo 23.1, el Tribunal Constitucional ha interpretado este precepto sobre la base de su vinculación con el sistema democrático, otorgando a la idea de participación que en el mismo figura un contenido sumamente específico, al concretarla en la participación política y deslindarla de la genérica idea de participación del artículo 9.2 de la Constitución. Como consecuencia de esta concepción, queda excluida la posibilidad de amparar en el precepto examinado un derecho general a participar en las distintas esferas de la organización del Estado o en otros niveles de la vida social, cultural o económica (entre otras, SSTC 51/1984, de 25 de abril, FJ 2; 212/1993, de 28 de junio, FJ 4; 80/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 119/1995, de 17 de julio, FJ 3).

Por otra parte, partiendo de la naturaleza del derecho de participación política como proyección básica del principio de soberanía popular, el Tribunal Constitucional ha configurado la participación en los asuntos públicos y el acceso a los cargos públicos como las dos vertientes (activa y pasiva) de aquel derecho. Desde esta perspectiva, dada la vinculación existente entre los derechos consagrados en cada uno de los apartados del artículo 23, una vulneración del derecho a acceder a un cargo público, o desempeñarlo, repercute al mismo tiempo en el propio derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (entre otras, SSTC 75/1985, de 21 de junio, FJ 1; 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2; 153/2003, de 17 de julio, FJ 8).

2.2. Titularidad

La configuración del derecho de participación política como un derecho *uti cives* tiene como primer efecto que queden excluidas de su titularidad las personas jurídicas (entre otras, SSTC 23/1983, de 25 de marzo, FJ 4; 51/1984, de 25 de abril, FJ 2; 63/1987, de 20 de mayo, FJ 5; 36/1990, de 1 de marzo, FJ 1; 298/2006, de 23 de octubre, FJ 4). Por otra parte, el análisis del concepto de ciudadanía y, por ende, de la titularidad de dicho derecho ha de afrontarse a partir del tenor del artículo 13.2 de la Constitución, único precepto constitucional que –hasta la fecha– ha sido objeto de reforma. En su redacción original dicho artículo, introducido en el texto constitucional por la Comisión Mixta Congreso-Senado, partía del principio general de que los derechos comprendidos en el artículo 23 corresponden exclusivamente a los españoles, principio que podía ser excepcionado por ley o tratado mediante el reconocimiento a los extranjeros del derecho de sufragio respetando tres condiciones:

- sólo en la forma de sufragio activo;
- sólo para las elecciones municipales; y
- siempre en condiciones de reciprocidad.

Tras la reforma constitucional de 27 de agosto de 1992, el artículo 13.2 dispone: *“Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”*. Por consiguiente, la única novedad que supuso la reforma, que estuvo motivada por la firma del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 y vino precedida de la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 7 de julio, fue la posible atribución a los extranjeros del derecho de sufragio pasivo, manteniendo las demás condiciones intactas. En dicho pronunciamiento el Tribunal Constitucional se planteó la incidencia de tres normas constitucionales en la extensión del derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en las elecciones municipales: el artículo 13.2, que limita dicho derecho de participación política a los españoles, el artículo 23, que

reconoce el ejercicio de tal derecho a los “*ciudadanos*”; y el artículo 1.2, en cuya virtud “*la soberanía nacional reside en el pueblo español*”.

2.3. Contenido

Los derechos de participación en los asuntos públicos y de acceso a los cargos públicos son distintas manifestaciones de la participación política, de modo que ambos se proyectan sobre el mismo ámbito y comparten los mismos titulares, pero ello no impide que se señale por separado el contenido que el Tribunal Constitucional ha deducido de cada uno de ellos.

En cuanto a la participación en los asuntos públicos, el artículo 23.1 comentado recoge la vertiente activa de la participación política en las dos formas en que ésta se ha manifestado a lo largo de la historia constitucional: directa y representativa. El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca del diferente peso que cada una de estas figuras tiene en el ordenamiento español, reconociendo el papel preponderante de las instituciones representativas en el mismo (entre otras, SSTC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 119/1995, de 17 de julio, FJ 3). Por este motivo, el Tribunal Constitucional ha destacado la importancia del concepto de representación política, que opera como punto central de conexión entre las vertientes activa y pasiva de la participación, en la medida en que resume las relaciones entre representantes y representados (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2).

En lo que se refiere al acceso a los cargos públicos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 23.2 se centra en dos aspectos principales: su relación con el principio de igualdad (entre otras, SSTC 83/2000, de 27 de marzo, FJ 1; 107/2003, de 2 de junio, FJ 4; y 129/2007, de 4 de junio, FJ 1) y su necesaria configuración legal.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha destacado la necesidad de que el derecho de acceso a los cargos públicos sea desarrollado por ley y ha delimitado el margen de actuación del que dispone el legislador, sobre todo a la hora de configurar el sistema electoral, en el que debe quedar garantizado que

no se establezcan diferencias irrazonables, injustificadas o arbitrarias de las que derive una discriminación contraria al art. 23.2 de la Constitución (STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 4).

A partir de las premisas anteriores y sobre la base de la identificación de los cargos públicos con los de carácter político representativo, el Tribunal Constitucional ha escrutado asimismo el contenido del derecho mencionado, descartando, por ejemplo, que el artículo 23.2 sea aplicable a la elección de los cargos de los órganos corporativos de los Colegios Profesionales (STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 5) o a la designación de los miembros del consejo de administración de las Cajas de Ahorros, aunque se trate de Concejales (entre otras, STC 160/1990, de 18 de octubre, FJ 4).

En todo caso, además del derecho de los representantes a desempeñar sus cargos de acuerdo con lo previsto en la ley, el Tribunal Constitucional también ha señalado cómo el artículo 23.2 incluye:

- El derecho a permanecer en el ejercicio del cargo público. Según recordaba la STC 298/2006, de 23 de octubre, FJ 6, forma parte del contenido implícito del precepto de referencia “el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3), no pudiéndose ser removido de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2)”.

- El derecho a renunciar al desempeño del cargo público. Así, “cabe inferir del art. 23.2 de la CE que si todos los ciudadanos tienen el derecho a acceder a cualquier cargo público también tienen el de dimitir de ellos, decisión que se inserta en la esfera de la libre disposición individual y que no estando prohibida (y no lo está) está permitida, aunque pueda admitir en cada caso las limitaciones establecidas por la legislación reguladora del cargo en cuestión” (STC 60/1982, de 11 de octubre, FJ 3, que sentó una doctrina después

reiterada en otros pronunciamientos, como la STC 214/1998, de 11 de noviembre, FJ 2).

2.4. Tutela: el recurso de amparo electoral

La condición de derechos fundamentales de los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución permite su defensa a través del recurso de amparo electoral, respecto del cual el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de analizar en diversas ocasiones las dos modalidades de este recurso a que se refieren respectivamente los artículos 49 y 114 de la LOREG, la primera dirigida contra la proclamación de candidaturas y candidatos y la segunda frente a la proclamación de electos (modalidades ambas cuyas normas de tramitación fueron aprobadas por Acuerdo del Pleno de dicho órgano de fecha 20 de enero de 2000).

Con carácter general, el Tribunal Constitucional ha señalado que el recurso de amparo electoral está “ante todo” al servicio de la preservación y protección del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución a acceder en condiciones de igualdad y conforme a las leyes a determinado cargo público representativo (STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 3), apartado que, además de un derecho de igualdad, incorpora también un contenido sustantivo propio si se pone, como es preciso, en relación con el artículo 23.1, que garantiza el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes, todo ello “en el seno de una garantía institucional que es la representación política” (FJ 4).

De acuerdo con este razonamiento, el Tribunal Constitucional ha dedicado especial atención a la delimitación del objeto del recurso de amparo electoral, tanto desde una perspectiva positiva como negativa. De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha sido terminante al afirmar que, como auténtico recurso de amparo, este instrumento solamente puede tener la finalidad de restablecer la violación de derechos fundamentales, sin que pueda ser utilizado para denunciar meras irregularidades procedimentales ni para controlar la interpretación de la norma aplicada por los tribunales ordinarios

(SSTC 78/1987, de 26 de mayo, FJ 1; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2). En cuanto a la delimitación negativa de su naturaleza y objeto, cabe sostener que el recurso de amparo electoral no es un recurso de apelación ni una vía para la unificación de doctrina (SSTC 18/1988, de 16 de febrero, FJ 2; 79/1989, de 4 de mayo, FJ 2).

Así configurado, el recurso está sometido a los mismos requisitos que el amparo ordinario, si bien la perentoriedad de los plazos previstos, en especial cuando esta vía se dirige frente a la proclamación de candidaturas y candidatos, ha determinado que el Tribunal Constitucional examinase la concurrencia de tales requisitos con mayor flexibilidad. En concreto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre algunos requisitos específicos del recurso de amparo electoral tales como la legitimación (SSTC 180/1988, de 11 de octubre, FJ 1; 25/1990, de 19 de febrero, FJ 3), la postulación y defensa (STC 71/1986, de 31 de mayo, FJ 1), el agotamiento de la vía previa (ATC 13/2000, de 11 de enero, FJ 3; STC 155/2003, de 21 de julio, FJ 5) o la invocación previa de la lesión constitucional (entre otras, SSTC 184/2001, de 17 de septiembre, FJ 2; 143/2003, de 17 de julio, FJ 2, 135/2004, de 5 de agosto, FJ 3).

3. Delimitación de competencias en materia de legislación electoral. La noción de régimen electoral general

3.1. Las expresiones empleadas por la Constitución

A los efectos del ajuste de este Informe a las competencias del Estado en materia electoral (el régimen electoral general y los procesos electorales cuya regulación compete directamente al Estado), cabe destacar la muy variada utilización por la Constitución de los términos relativos a la legislación electoral:

- por una parte, el artículo 81 establece: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades

públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”;

- en lo que atañe a la regulación de las Cámaras, el artículo 68 (apartados 1, 2 y 5) remite a una ley la elección de los miembros del Congreso, la distribución del número de diputados y el reconocimiento del derecho de sufragio de los residentes ausentes;

- por su parte, el artículo 69.2 remite a una ley orgánica la elección de los senadores;

- aún en ese mismo ámbito, el artículo 70.1 dispone: “La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores” (apartado 1), precisando en su apartado 2 que “la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral”;

- el artículo 140, situado en el Capítulo II del Título VIII sobre Administración local, establece: “Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto”;

- otros preceptos no hacen una referencia específica a las leyes en materia electoral, aunque tienen una clara conexión con el derecho de sufragio (artículo 23), como los relativos a ciertos títulos competenciales estatales (artículo 149.1.1ª: “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”) o los que se refieren a la potestad organizativa de las instituciones autonómicas (artículos 147.1.c], 148.1.1ª y 152);

- en fin, el artículo 86 prevé como materia que no podrá ser afectada por Decreto-ley la relativa al “Derecho electoral general”.

3.2. La jurisprudencia constitucional y la LOREG

a) Alcance de las expresiones: “régimen electoral general” y “ley electoral”

La primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia (STC 40/1981, de 18 de diciembre) se refirió brevemente a la expresión “régimen electoral general”. Dicha expresión -afirmó- “incluye las elecciones senatoriales, excluyendo a las comunitarias [autonómicas], y la competencia para establecer tal régimen electoral general pertenece al Estado”, si bien permite ciertas singularidades autonómicas para la designación de los senadores de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 69.5 de la Constitución, pues “aunque se haga por elección, presenta el rasgo diferencial de que es una elección de segundo grado, en el seno de las respectivas asambleas legislativas, y para subrayar su peculiaridad lo califica expresamente el artículo 69.5 de «designación», la cual se lleva a cabo de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos en cada caso. Esta especificidad nace de que, por corresponderles estos Senadores a las Comunidades Autónomas en cuanto tales, se confiere a los Estatutos un margen para precisar alguna condición directamente conectada con el carácter propio de dicha designación, dentro del respeto del mínimo fijado por el artículo 70.1 de la Constitución” (FJ 1.b)).

De singular relevancia fue la jurisprudencia contenida en la STC 38/1983, de 16 de mayo, en la que se afrontó la cuestión relativa a si cabe comprender las elecciones locales en el ámbito del régimen electoral general, a la que respondió afirmativamente, concluyendo asimismo que “el régimen electoral general está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las entidades territoriales en que se organiza, a tenor del artículo 137 de la Constitución española, salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos” (FJ 3).

Una tercera aproximación se hizo sobre el concepto de “ley electoral” del artículo 70.1. En el recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de Ley Orgánica de incompatibilidades de diputados y senadores, la STC 72/1984, de 14 de junio, se planteó en toda su extensión el problema relativo a si el “régimen electoral general” ha de ser materia de una ley orgánica (como se desprende del artículo 81.1 de la Constitución) o es, además, exigible que tal ley orgánica sea expresa y únicamente “la ley electoral”, con carácter codificador de esta materia, como los recurrentes sostenían en su interpretación del artículo 70.1 de la Constitución. A este respecto, afirmó la sentencia que efectivamente el art. 70 de la Constitución contiene una reserva en favor de la ley electoral (FJ 3) y que para que una ley merezca el calificativo de electoral “es necesario que contenga por lo menos el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quiénes pueden elegir, a quiénes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial. Utilizando una nomenclatura que es cara a nuestra Constitución puede decirse que existe un contenido esencial de la ley electoral, que no se cumple cuando el legislador se limita a establecer las incompatibilidades de Diputados y Senadores, sino cuando regula las antes referidas materias” (FJ 4).

Bajo estos supuestos, se produjo la aprobación de la LOREG. En la doctrina habían pujado hasta ese momento dos posturas. Una que cabe llamar maximalista, según la cual la ley orgánica llamada a regular el “régimen electoral general” debía comprender un sustrato mínimo de normas y principios comunes a todas las elecciones de carácter político representativo (lo que obligaría a diferenciar entre fases generales y particulares o entre elementos generales y especiales de todo proceso electoral). Otra, que consideraba dicha expresión como relativa a las elecciones de ámbito estatal, debiendo comprender las elecciones generales (estatales), las que se celebran en dicho ámbito con normas comunes (europeas) y también las locales, superada la polémica inicial sobre su inclusión o no en la ley orgánica a raíz de la doctrina de la STC 38/1983.

Más cercana a esta tesis, la LOREG supuso una solución intermedia (combinación de los criterios materiales y territoriales), de forma que existe un régimen general común [Título I LOREG] para todos los procesos electorales (ex artículos 23 y 149.1.1ª de la Constitución), con las modulaciones que cada Comunidad Autónoma pueda establecer en relación con la potestad organizativa de su Asamblea legislativa (artículo 152 de la Constitución y excepciones al régimen general contenidas en sus Estatutos), junto con las disposiciones especiales para las elecciones de ámbito estatal, local y europeo [Títulos II a VI]. Los cinco primeros párrafos del apartado II de la exposición de motivos de la ley son bien expresivos al respecto, de igual modo que su artículo 1 y la disposición adicional primera.

Así, en virtud del artículo 1.2 y de la disposición adicional 1ª.2 de la LOREG, los preceptos que se entienden indisponibles para la legislación autonómica -por su doble carácter de preceptos materialmente orgánicos o preceptos que regulan las condiciones básicas del ejercicio de los derechos fundamentales- son los relativos a los siguientes aspectos: el derecho de sufragio activo y pasivo; la existencia de una Administración electoral; la configuración del censo; las condiciones para la presentación de candidaturas; la campaña electoral y la distribución de espacios de propaganda electoral en medios de comunicación de titularidad pública; determinados artículos en materia de formas de votación y procedimiento electoral; el control jurisdiccional de las elecciones; los gastos electorales y el control de la contabilidad y los delitos e infracciones electorales, así como el proceso judicial para su sanción.

Por lo que hace al procedimiento electoral, rige también una reserva de ley orgánica para la regulación de sus elementos fundamentales. Así, se ha entendido en la STC 80/2002, de 8 de abril, respecto de la posibilidad de rectificación de errores y, por extensión, en relación con la regulación de las quejas, reclamaciones y recursos (FJ 3.b). Por su parte, la STC 83/2003, de 5 de mayo, volvió sobre la cuestión de la llamada por parte del artículo 120 de la LOREG a la ley procedimental administrativa como supletoria (“En todo lo no

expresamente regulado por esta Ley en materia de procedimiento será de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo”). En este caso, se trataba de examinar la posible validez de la presentación de candidaturas ante los registros administrativos mencionados en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Consideró la sentencia, además de la peculiar naturaleza de la Administración electoral, que “(...) el art. 45 LOREG regula, atendido al tenor literal de sus palabras, tanto el lugar en que deberán ser presentadas las candidaturas («ante la Junta Electoral competente») como el momento de presentación («entre el decimoquinto y el vigésimo día posteriores a la convocatoria») por lo que, a la luz del propio art. 120 de la LOREG «no queda margen para la supletoriedad pretendida» (FJ 6).

b) Determinación de las “condiciones básicas”: ámbito y límites del título competencial del art. 149.1.1ª de la Constitución

En términos generales, en relación con el posible alcance y límites del concepto de régimen electoral general, conviene recordar igualmente el contenido y ámbito del art. 149.1.1ª de la Constitución. En este sentido, el Consejo de Estado (por ejemplo, en sus Dictámenes 1579/2005, de 24 de noviembre de 2005, y 336/2006, de 23 de marzo de 2006) ha tenido ocasión de analizar en diversas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la competencia exclusiva del Estado para la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

La jurisprudencia constitucional ha venido delimitando el sentido y alcance del artículo 149.1.1.ª de la Constitución, señalando que dicho precepto, “más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en

el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales” (SSTC 98/2004, FJ 3 y 178/2004, FJ7).

Desde una perspectiva de delimitación negativa, el Tribunal Constitucional ha manifestado que dicho precepto “no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento –eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad”. Ahora bien, la regulación amparada en el artículo 149.1.1ª no puede suponer una normación completa y acabada de los derechos y deberes, de forma que dicho precepto constitucional no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica. Como recuerda la STC 212/2005, debe distinguirse, de un lado, entre los elementos generales conformadores del derecho de que se trate, amparables en el artículo 149.1.1ª (alcanzables por las normas de rango legal y, cumpliendo determinadas exigencias, reglamentario) y, de otro, los criterios de la política sectorial correspondiente. Así, la jurisprudencia constitucional exige que la regulación estatal de las condiciones básicas deje un margen dentro del cual las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus competencias sectoriales.

En cuanto a su delimitación positiva, ha sentado que “las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario (STC 144/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad”. También ha señalado que “dentro de esas “condiciones básicas” cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (...); los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (...); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho” (SSTC 61/1997 y 173/1998). En relación con este último aspecto, también afirmaba la STC 209/2000 la posibilidad de que, “junto a la normación como aspecto esencial del artículo 149.1.1ª de la Constitución, las regulaciones estatales

dictadas al amparo de este precepto” contengan una “dimensión institucional”, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho o la igualdad de todos los españoles en su disfrute. En definitiva, según la doctrina constitucional, el artículo 149.1.1ª “constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante (...) que permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico” (SSTC 61/1997, FJ 7 y 188/2001, FJ 12).

En fin, el Tribunal Constitucional ha trazado la distinción entre las “condiciones básicas” y las “normas básicas”; también ha señalado que “las normas estatales emanadas bajo la cobertura del art. 149.1.1ª pueden encontrar su mejor expresión a través de principios o reglas generales que, en definitiva, sirvan para garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales”, pero, en todo caso, “tanto las bases como las condiciones básicas ordenan y limitan el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas”, por lo que tienen “carácter vinculante y limitativo de esas normas, con independencia de cuál sea su verdadero alcance” (STC 164/2001).

Más en concreto, en materia electoral la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de precisar determinados aspectos de lo que debe entenderse por condiciones básicas del derecho de sufragio en relación con el art. 149.1.1ª. Así, respecto del censo electoral, resultó decisiva la jurisprudencia sentada por la STC 154/1988, de 21 de julio, en la que afirmó que la unidad del censo se imponía como condición para hacer real el contenido uniforme del derecho “pues no resulta compatible con la igualdad exigida por el art. 149.1.1 de la Constitución el que dicho requisito pudiera llegar a ser diversamente reconocido, respecto de un mismo elector, para unas y otras elecciones” (FJ 5).

3.3. Referencia a los regímenes electorales “especiales y particulares”. Estatutos de Autonomía y legislación electoral autonómica

En orden, una vez más, a la delimitación del contenido del Informe, es oportuno hacer referencia a la STC 36/1983, que partió de la consideración del bloque de constitucionalidad para definir lo que hubiera de entenderse por régimen electoral general. Y en esa misma medida consideró que dicho conjunto normativo “permite afirmar que frente a la expresión régimen electoral general se contemplan diversos regímenes electorales especiales y particulares: así la elección de Senadores por las Comunidades Autónomas queda deferida a sus Estatutos (artículo 69.5 de la Constitución); la elección del legislativo de cada Comunidad Autónoma queda deferida a los Estatutos para las de mayor nivel de autonomía -artículo 152 de la Constitución- y ha sido asumida por cada Comunidad en los respectivos Estatutos, sin excepción y con independencia de tal nivel; en cuanto al régimen electoral local de los municipios y provincias en que se organiza territorialmente el Estado (artículo 137 de la Constitución), se contempla separadamente del régimen local y se asume como materia específica en la Comunidad Autónoma del País Vasco lo relativo a la legislación electoral interior que afecte a las Juntas Generales y Diputaciones Forales”.

Cabe por tanto hacer una referencia final a las normas que regulan las elecciones a las respectivas asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Las decisiones que sobre esta materia se han adoptado en los Estatutos de Autonomía se han caracterizado por un alto grado de mimetismo con la LOREG. No obstante, puede apuntarse una reciente tendencia a la ubicación en leyes reforzadas autonómicas de relevantes materias electorales (cuyo sistema de refuerzo había estado hasta el presente en los Estatutos).

Por lo que hace a los contenidos, todos los Estatutos se refieren a la denominación de la correspondiente asamblea legislativa y a la elección de sus miembros por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, mediante un sistema de representación electoral proporcional (artículo 152 de la

Constitución como “determinación constitucional de régimen electoral singular”). Frecuentemente se establece también un número mínimo o máximo de miembros de dicha asamblea y se remite su fijación exacta a la ley electoral autonómica.

La determinación concreta del modelo de circunscripción se realiza por lo general en el Estatuto. En algunos casos, se fija de forma provisional en las disposiciones transitorias y por remisión después a la ley electoral autonómica: así, en el Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (disposición transitoria 2ª que mantiene en vigor la disposición transitoria 4ª del Estatuto aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, que señala como circunscripciones las provincias y actual remisión legislativa en el artículo 56.2); en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra (disposición transitoria 1ª y remisión legislativa en el artículo 15.2); en los Estatutos de Autonomía de dos Comunidades que designan como circunscripción electoral a agrupaciones de municipios, concejos y partidos judiciales, caso de Murcia (disposición transitoria 1ª y artículo 24.2 de su Estatuto aprobado por Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio) y Asturias (disposición transitoria 1ª y artículo 25.2 de su Estatuto aprobado por Ley Orgánica 7/1981, de 13 de diciembre). Por regla general, la circunscripción electoral autonómica es la provincia, salvo los mencionados casos de Murcia y Asturias (agrupaciones de municipios) y los de Canarias e Illes Balears (Estatutos aprobados respectivamente por Leyes orgánicas 4/1996, de 30 de diciembre y 2/1983, de 25 de febrero), en los cuales se establece como circunscripción la isla.

La distribución de escaños entre circunscripciones se articula en torno a dos grandes modelos. En primer lugar, la asignación directa, ya sea en el Estatuto (disposición transitoria 4ª del Estatuto de Autonomía de Cataluña y disposición transitoria 1ª del Estatuto de Autonomía de Canarias) ya en ley electoral autonómica (Estatutos de Autonomía del País Vasco, de Castilla-La Mancha y de Illes Balears). El segundo modelo consiste en la utilización de una fórmula mixta, que parte de un número igual de escaños para cada

circunscripción y el resto en proporción a la población, bien estableciéndose así mediante ley electoral autonómica, bien de forma directa en los Estatutos (así, los Estatutos de: Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero; Comunidad Valenciana, aprobado por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril; Extremadura, aprobado por Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero; Castilla y León, aprobado por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre).

Otras determinaciones, como la barrera mínima electoral y la concreta fórmula de recuento del sistema electoral proporcional, se han establecido por lo general en las correspondientes leyes electorales autonómicas.

II. EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LOS EXTRANJEROS EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES

1. Iniciativas de reforma y situación actual

1.1. Iniciativas de reforma

En los últimos años se han formulado diversas iniciativas, en las Cortes Generales, orientadas a la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros residentes en España. Sin ánimo exhaustivo, pueden destacarse, como muestra, algunas de ellas.

El 27 de septiembre de 2005 se presentó una proposición de ley orgánica para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en España. En ella se invoca una Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales en Europa, así como razones de coherencia democrática y la necesidad de reconocer los derechos políticos para lograr la incorporación de los extranjeros a la sociedad como miembros de pleno derecho; en cualquier caso, se reconoce que el mayor obstáculo radica en la exigencia constitucional de reciprocidad. A partir de ello, se propone una modificación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículo 6), así como varias modificaciones de la LOREG (artículos 2, 6, 176, 177, 210 y 210 bis). En el articulado se omite toda referencia a la exigencia de reciprocidad, si bien la disposición adicional segunda encomendaba al Gobierno el impulso del establecimiento de tratados con el máximo número de Estados cuyas condiciones democráticas lo hicieran posible, para que las personas de nacionalidad española pudieran ver ampliados sus derechos de sufragio activo y pasivo. Caducada con el fin de la VIII Legislatura, se presentó una iniciativa con el mismo contenido el 8 de abril de 2008.

Otra iniciativa de interés en este ámbito es la proposición no de ley sobre la extensión del derecho a voto, en las elecciones municipales, a los

extranjeros residentes legales, presentada el 17 de agosto de 2006. En su exposición de motivos se alude a la necesidad de favorecer la integración social de los inmigrantes de larga duración en el ámbito de la participación política y se afirma que el derecho al voto de los extranjeros en las elecciones municipales es “una exigencia democrática, que se corresponde con el espíritu y la letra de nuestra Constitución”. También se menciona la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea [200012231 (INI)] y se alude a algunos Tratados y Acuerdos Generales de Cooperación y Amistad con países como Argentina, Venezuela, Chile, Uruguay y Colombia, en los que se reconoce el derecho de sufragio en las elecciones municipales de los residentes legales, si bien se remite la efectividad del derecho a lo que establezcan los convenios específicos o legislación de desarrollo. A partir de todo ello, se proponía que el Congreso de los Diputados instara al Gobierno a:

- a) Proceder a la negociación y firma de acuerdos o convenios con los países con mayor número de nacionales residentes legales en España y, especialmente, con aquellos con los que ésta tiene relaciones históricas, políticas y culturales más estrechas, al objeto de que dichos nacionales puedan votar y ser elegidos en las elecciones municipales en España con arreglo al artículo 13.2 de la Constitución.
- b) Solicitar del Consejo de Estado un informe sobre la aplicación del artículo 13.2 de la Constitución, a los efectos de la participación de los extranjeros residentes en España en las elecciones municipales y, particularmente, sobre la interpretación de los términos “criterios de reciprocidad” a que se refiere el precepto citado.
- c) La firma y ratificación del Convenio europeo sobre participación de los extranjeros en la vida pública local, de 5 de febrero de 1992.

Las anteriores iniciativas parlamentarias, que se han repetido en los últimos años, están respaldadas por algunos estudios doctrinales de calidad que justifican la extensión del voto a los extranjeros desde distintas

perspectivas, pero que también señalan el artículo 13.2 de la Constitución y su alusión a los criterios de reciprocidad como el más relevante límite que tal extensión de derechos puede tener en nuestro ordenamiento.

A partir de todo ello, se analizará a continuación una eventual extensión del derecho de sufragio, activo y pasivo, a los extranjeros residentes en España, en relación con las elecciones municipales. La cuestión se ciñe a las elecciones municipales, dado que el presente estudio parte del marco constitucional actual y el artículo 13.2 limita la salvedad que contiene (y, por tanto, la posibilidad de extensión del derecho de sufragio) a las elecciones municipales. Por otra parte, también se limita la cuestión a los extranjeros nacionales de países que no forman parte de la Unión Europea, puesto que los ciudadanos de la Unión tienen ya reconocido el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado en el que residen (artículo 19 del TCE); no obstante, será útil tener en cuenta el régimen del sufragio de estos últimos por la analogía de problemas que puede plantear su articulación respecto del sufragio de los extranjeros no comunitarios.

En primer término, se expondrá el régimen vigente y la situación actual, para examinar después los fundamentos que pueden servir de base a una reforma de dicho régimen, con una referencia al Derecho europeo e instrumentos internacionales. Seguidamente se ofrecerá un panorama del Derecho comparado y de las tendencias que muestra. A continuación, se analizará el marco constitucional en que ha de moverse cualquier reforma y, en particular, el condicionamiento que supone el artículo 13.2 de la Constitución y la referencia a criterios de reciprocidad que allí se recoge. A partir de todo ello, podrán ya exponerse los trazos fundamentales de una eventual reforma orientada a extender el derecho de sufragio, en las elecciones municipales, a los extranjeros residentes en España.

1.2. Régimen vigente

a) Régimen electoral

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.2 en relación con el 23, ambos de la Constitución española, la LOREG reserva a los españoles, en principio, el derecho de sufragio activo y pasivo (artículos 2 y 6 de la LOREG). Sin embargo, la salvedad prevista en el mismo artículo 13.2 tiene su reflejo y desarrollo en las especialidades normativas que, para las elecciones municipales, recogen los artículos 176 y 177 de la LOREG, en relación con los derechos de sufragio activo y pasivo.

En concreto, dispone el artículo 176 de la LOREG:

“1. Sin perjuicio de lo regulado en el Título primero, Capítulo I, de esta Ley, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un Tratado.

Asimismo, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española:

- a. Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.*
- b. Reúnan los requisitos para ser elector exigidos en esta Ley para los españoles y hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España.*

2. El Gobierno comunicará a la Oficina del Censo Electoral la relación de Estados extranjeros cuyos nacionales, residentes en España, deban de ser inscritos en el censo”.

Como puede apreciarse, para que los extranjeros residentes en España puedan gozar de derecho de sufragio activo en las elecciones municipales es

necesario, de un lado, que sus respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones y, de otro, que sea, precisamente, en los términos de un tratado. Por tanto, la reciprocidad a que se refiere el artículo 13.2 de la Constitución se desarrolla en este precepto a través de la exigencia de dos elementos: desde un punto de vista material, basta que los Estados en cuestión “permitan el voto a los españoles” en las elecciones municipales; desde el punto de vista formal se requiere la existencia de un tratado (frente a la posibilidad, no utilizada, de apreciar reciprocidad “de facto” o legislativa, basada en la legislación aplicable en el Estado extranjero y sin necesidad de tratado). Será precisamente ese tratado el que fije, por tanto, los concretos términos del reconocimiento del derecho de sufragio para unos y otros nacionales.

Por tanto, los términos de la reciprocidad se recogerán en cada tratado, con la única exigencia de que se permita el voto a los españoles en las elecciones municipales. Ello supone una interpretación amplia de la reciprocidad: no se exige que se trate de regímenes democráticos con “*fair and free elections*”; tampoco que el sufragio se reconozca a los españoles en los mismos términos que a los nacionales de aquel país (de forma que, aun cuando a los españoles se les reconociera con ciertas restricciones en ese Estado extranjero, el tratado bilateral podría reconocerlo a sus nacionales residentes en España en las mismas condiciones que a los españoles).

Hay otros aspectos del artículo 176 transcrito que vale la pena retener, como son el hecho de que a los ciudadanos de la Unión se les exija que hayan manifestado su voluntad de ejercer su derecho de sufragio en España o la articulación técnica de la extensión, encomendando al Gobierno la comunicación a la Oficina del Censo Electoral de la relación de Estados extranjeros cuyos nacionales deban ser inscritos en el censo.

El artículo 176 de la LOREG fue objeto de desarrollo mediante el Real Decreto 202/1995, de 10 de febrero, por el que se dispone la formación del censo electoral de extranjeros residentes en España para las elecciones municipales, en el que se regulan las condiciones básicas para la inscripción, la

solicitud que ha de formularse al efecto, la formación de listas electorales y la votación¹.

Por su parte, el Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, regula la actualización mensual del censo electoral y los datos necesarios para la inscripción en el mismo; este real decreto fue modificado por el Real Decreto 147/1999, de 29 de enero, que introduce, para los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea residentes en España, la exigencia de la previa manifestación de voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España en las elecciones municipales (como también la opción previa en relación con las elecciones al Parlamento Europeo, a fin de evitar el doble voto, de conformidad con la Directiva 93/109/CE, del Consejo, de 6 de diciembre).

En lo atinente al derecho de sufragio pasivo, dispone el artículo 177.1 de la LOREG:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo II del Título I de esta Ley, son elegibles en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española:

- a. Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o bien, sean nacionales de países que otorguen a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales en los términos de un Tratado.*
- b. Reúnan los requisitos para ser elegibles exigidos en esta Ley para los españoles.*
- c. No hayan sido desposeídos del derecho de sufragio pasivo en su Estado de origen”.*

¹ El citado real decreto fue objeto de desarrollo, a su vez, mediante Orden de 23 de diciembre de 1998, por la que se dictan normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de extranjeros residentes en España, para las elecciones municipales. Como condiciones para la inscripción se incluyen las siguientes: ser mayor de 18 años y no estar privado del derecho de sufragio activo, estar en posesión del permiso de residencia (o haberlo solicitado), inscripción en el padrón municipal y cumplir “los demás requisitos que estén establecidos en el correspondiente Acuerdo”.

Respecto de los términos en los que se exige la reciprocidad, pueden hacerse aquí análogas observaciones a las realizadas en relación con el artículo 176: se exige que el Estado extranjero otorgue a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales y que se haga, precisamente, en los términos de un tratado. Por lo demás, cabe notar que se exige que no hayan sido desposeídos del derecho de sufragio pasivo en su Estado de origen.

b) Régimen de extranjería

Para completar el marco legal, ha de hacerse referencia a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOE), cuyo artículo 6 (“Participación pública”) dispone:

- “1. Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad en los términos que por ley o tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquellos.*
- 2. Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que dispongan los reglamentos de aplicación.*
- 3. Los Ayuntamientos incorporarán al padrón y mantendrán actualizada la información relativa a los extranjeros que residan en el municipio.*
- 4. Los poderes públicos facilitarán el ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en los procesos electorales democráticos del país de origen”.*

El tenor del apartado 1 –el referido al derecho de sufragio activo- suscita algunas dudas, puesto que se prevé la posibilidad de que se reconozca el derecho de sufragio a los extranjeros, atendiendo a criterios de reciprocidad “en los términos que por ley o tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos”. Esta redacción resulta confusa

y merece una reconsideración, puesto que una cosa es que la reciprocidad pueda apreciarse sin necesidad de tratado (i. e., teniendo en cuenta el reconocimiento del derecho de sufragio de los españoles que pueda hacer la ley extranjera); y otra muy distinta que el reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros residentes en España se haga “en los términos” establecidos en la ley extranjera (que es lo que dice, en realidad, el artículo 6.1 transcrito).

Por lo demás, hay que llamar la atención sobre los amplios términos en que se reconocen los derechos de participación pública en este artículo 6. En rigor, si se trata de participación pública, parece que entra dentro del artículo 23 de la Constitución (relativo al “derecho a participar en los asuntos públicos”); y, según el artículo 13.2 de la Constitución, solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en ese artículo 23 (con la salvedad que se establece para el derecho de sufragio). En una lectura de tales artículos compatible con la expansión y mayor virtualidad de los derechos fundamentales, el artículo 6.2 de la LOE atribuye a los extranjeros residentes, una vez empadronados, todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local (pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten), con lo cual se extienden a los extranjeros residentes, una vez empadronados, los derechos de participación pública que el artículo 18 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, reconoce a los vecinos (condición que se adquiere en el momento de la inscripción en el padrón: artículo 15 de la LBRL)².

1.3. Situación actual

En la actualidad no son muchos los tratados celebrados por España que reconozcan a los extranjeros de uno y otro Estado el derecho de sufragio en las elecciones municipales en el Estado de residencia; y, en la mayoría de los

² El artículo 18.2 de la LBRL recoge una reserva potencialmente relevante en este punto: “La inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no (...) les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España”. Sin embargo, el artículo 6.2 de la LOE parece eliminar la virtualidad de esa reserva, precisamente en relación con los derechos de participación pública.

casos, se trata de tratados que no reconocen directamente el derecho, sino que se remiten a lo que se disponga en acuerdos complementarios.

Tal es el caso de Argentina, Colombia, Uruguay o Venezuela, con los que existen Tratados Generales de Cooperación y Amistad en los que se prevé que los nacionales de uno y otro Estado puedan votar en las elecciones municipales del Estado de residencia y del que no sean nacionales, conforme a las normas que se establezcan en un Acuerdo complementario (y ateniéndose a los respectivos regímenes constitucionales y legales)³.

Distinto es el caso de Chile, puesto que el Tratado General de Cooperación y Amistad celebrado entre el Reino de España y la República de Chile en 1990 no contiene remisión alguna a un Acuerdo complementario, sino tan sólo a “sus respectivas legislaciones”⁴.

En fin, también existe un Acuerdo entre España y Noruega, de reconocimiento del derecho a votar en las elecciones municipales a los nacionales noruegos en España y a los españoles en Noruega (1990). A diferencia de otros países comunitarios con los que también se habían celebrado Acuerdos análogos, Noruega no se integró en la Unión Europea, por lo que mantiene su eficacia aquel Acuerdo.

Para apreciar la escasa virtualidad de tales tratados y acuerdos respecto de la finalidad de extensión del derecho de sufragio a los extranjeros residentes en España, es necesario tener en cuenta el bajo porcentaje que representan los nacionales de esos Estados en relación con el total de extranjeros residentes en nuestro país. Así, sobre un total de 4.274.821 extranjeros con

³ Así lo prevén, en unos u otros términos, los Tratados Generales de Cooperación y Amistad celebrados con la República de Argentina en 1988 (artículo 9), con la República de Venezuela en 1990 (artículo 11), con la República de Uruguay en 1992 (artículo 15) y con la República de Colombia en 1992 (artículo 13). Sirva de ejemplo el artículo 13 de este último Tratado, que dispone: “Conforme a las normas que se establezcan en un Acuerdo Complementario, los nacionales colombianos y españoles podrán votar en las elecciones municipales del Estado en que residen y del que no son nacionales, teniendo en cuenta lo dispuesto en la legislación de ese Estado”.

⁴ En efecto, el artículo 17 del citado Tratado dispone: “Se concederá a los nacionales de ambos países el derecho de voto en las elecciones municipales del Estado en que residan y del que no sean nacionales, de conformidad con sus respectivas legislaciones”.

certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor, sólo 10.826 son noruegos (0'25%). Tampoco son especialmente altas las cifras de chilenos (25.140), uruguayos (28.688) y venezolanos (33.502); más significativas son las de argentinos (91.423) y, sobre todo, de colombianos (259.946); aunque recuérdese que con estos últimos Estados no existe el Acuerdo complementario que permitiría hacer efectivo el derecho de sufragio activo en el Estado de residencia. En todo caso, quedan al margen de aquellos tratados y acuerdos países con un gran número de residentes en España, como Marruecos (681.829), Ecuador (387.927), China (131.427) o Perú (126.697)⁵. A partir de todo ello, puede concluirse que el reconocimiento del derecho de sufragio activo a extranjeros residentes en España es enormemente limitado.

Por último, no debe ignorarse la intensa actividad desplegada en los últimos tiempos por España a fin de celebrar nuevos tratados o acuerdos sobre la materia (en su caso, complementarios de los ya existentes), acuerdos que serán más fáciles de lograr, a corto plazo, con aquellos países que ya reconocen el derecho de voto en sus elecciones locales a los ciudadanos españoles, como es el caso de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, o, fuera de Iberoamérica, Burkina Faso, Cabo Verde, República de Corea, Islandia y Nueva Zelanda⁶.

En este marco, el Consejo de Ministros ha aprobado recientemente (con fechas de 16 de enero de 2009 y 6 y 13 de febrero de 2009) distintos acuerdos por los que se autorizan canjes de notas constitutivos de Acuerdos bilaterales del Reino de España con la República de Colombia, con la República del Perú, con la República Argentina, con la República de Trinidad y Tobago y con la

⁵ Datos publicados por el Observatorio Permanente de la Inmigración, correspondientes al 30 de septiembre de 2008, relativos a extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor.

⁶ Como ya se ha notado, de acuerdo con los datos publicados por el Observatorio Permanente de la Inmigración, algunos de esos países aportan un número importante de residentes en España (como son los casos de Ecuador, Colombia o Perú). Salvo el caso de Bolivia (con 70.277 residentes en España), los demás países tienen cifras de residentes mucho menores, como ocurre con Venezuela, Uruguay, Chile o Paraguay (15.600), cuando no prácticamente irrelevantes en el total de los extranjeros residentes en España (4.274.821): Cabo Verde (2.754), República de Corea (2.187), Burkina Faso (677), Islandia (595) y Nueva Zelanda (455).

República de Islandia, sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro.

2. Los fundamentos de una extensión del derecho de sufragio

Una vez constatada la existencia de propuestas parlamentarias y doctrinales orientadas a la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros residentes en España, y expuestos los trazos fundamentales de la regulación vigente y de la situación actual, han de examinarse brevemente cuáles serían los fundamentos que servirían de base a una reforma legislativa orientada en esa dirección. Ello servirá para enmarcar las consideraciones ulteriores, tanto las relativas a las posibles interpretaciones de las normas constitucionales que condicionan la eventual reforma, como las referidas a las diferentes alternativas de regulación que ante sí tiene el legislador.

2.1. Razones político-jurídicas

a) Democracia e integración

Las iniciativas parlamentarias antes aludidas consideraban que la extensión del voto a los extranjeros residentes es “una exigencia democrática, que se corresponde con el espíritu y la letra de nuestra Constitución” y que “es coherente con la propia democracia que aboga por la igualdad y el respeto a los demás”. No es este lugar adecuado para examinar el concepto de democracia o la ecuación que vincula la democracia a la ciudadanía y ésta con la nacionalidad. Pero sí ha de apuntarse que también la doctrina ha puesto en cuestión, desde el punto de vista del principio democrático, una situación que excluye de la participación política a un elevado porcentaje de la población que, estando empadronada en España, es destinataria de las decisiones adoptadas por unas instituciones representativas en las que, sin embargo, no está representada.

En esta línea, la llamada Comisión de Venecia (“*European Commission for Democracy through law*”), creada en el seno del Consejo de Europa,

considera que el reconocimiento del derecho de voto a los extranjeros residentes de larga duración -al menos en las elecciones locales- puede considerarse una cuestión de estricta justicia, teniendo en cuenta que contribuyen al desarrollo de su comunidad de residencia⁷.

Otra de las razones que habitualmente se invocan en pro de la extensión del voto de que aquí se trata es el objetivo de favorecer la integración social de los inmigrantes; así, se subraya en alguna de las iniciativas parlamentarias antes aludidas que sólo con el pleno reconocimiento de los derechos políticos se podrá lograr la incorporación de los extranjeros a la sociedad como miembros de pleno derecho. Al reconocimiento de los derechos laborales y sociales, se dice, debe sucederle el reconocimiento de los derechos políticos, lo que conduce a examinar -como a continuación se hará- la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros. También doctrinalmente se ha calificado el sufragio como un poderoso instrumento de integración, puesto que obliga a los partidos políticos contendientes en los procesos electorales a tener en cuenta las demandas y necesidades peculiares de los extranjeros residentes y a buscar soluciones para sus problemas específicos.

b) Extranjeros y derechos fundamentales

El reconocimiento de derechos fundamentales a los extranjeros no es nuevo en nuestra historia constitucional; pero sí lo es su fuerza normativa y, sobre todo, su virtualidad práctica, habida cuenta del progresivo incremento del número de extranjeros que fijan su residencia en territorio español, lo que, sin duda, proporciona al problema de los derechos de los extranjeros una dimensión antes desconocida.

⁷ Informe sobre la eliminación de restricciones al derecho de voto en elecciones generales, que se menciona después en el texto: "*A strong argument in giving a possibility to the long-term non-national residents to vote, at least in local elections, could be the fact that they pay taxes in their place of residence and, therefore, contribute to the development of their community of residence. In this respect the right to participate in the public life through electoral process for such tax-payers seems to be fully justified and can be considered as a matter of fairness*" (p.18).

La regla general sobre tal reconocimiento se recoge en el artículo 13.1 de la Constitución, de acuerdo con el cual los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley. El Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión “libertades públicas” incluye, a estos efectos, los derechos fundamentales (SSTC 107/1984, 99/1985, 115/1987 y 236/2007, entre otras). La excepción (y como tal, de interpretación estricta: *odiosa sunt restringenda*) se contempla en el apartado 2, que limita a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23, con la salvedad relativa al derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales; salvedad que, por consiguiente, se reinserta en la regla general por vía de excepción.

A partir de ello, ha de tenerse presente la doctrina general del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los extranjeros, para cuya construcción se ha servido especialmente de la conexión entre derechos fundamentales y dignidad de la persona. En la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, avanza en su doctrina anterior, incorporando la novedad de analizar el grado de conexión de cada derecho con la dignidad de la persona, lo que se ha calificado como construcción jurídica sólida, pero de difícil aplicación práctica. Afirma dicha sentencia que resulta decisivo determinar el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un derecho concreto, ya que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Dada la dificultad de la tarea, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta algunas pautas que ya había adelantado en la materia (STC 91/2000, de 30 de marzo), señalando que se debe partir “en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (...) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos” (FJ 7). El Tribunal también precisó que, en este proceso de determinación de derechos, revisten especial relevancia la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el

artículo 10.2 de la Constitución remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales.

En definitiva, el legislador goza de notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España (y las condiciones para su ejercicio); pero ha de tener en cuenta el grado de conexión de cada derecho con la garantía de la dignidad humana, el contenido preceptivo del derecho cuando viene directamente reconocido a los extranjeros por la Constitución, como también los tratados internacionales ratificados por España. En fin, las condiciones de ejercicio establecidas por la ley deben dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Ciertamente, el hecho de que el artículo 13.2 limite a los españoles –en principio- los derechos reconocidos en el artículo 23 explica que la jurisprudencia constitucional aludida se haya referido, fundamentalmente, a los demás derechos y libertades públicas. Pero, tratándose aquí del derecho de sufragio en las elecciones municipales, tiene pleno sentido que, una vez salvado de la exclusión del artículo 13.2, se tenga en cuenta la doctrina constitucional relativa a los demás derechos fundamentales de que pueden ser titulares los extranjeros.

c) Disociación entre nacionalidad y ciudadanía

Otra idea que debe ponderarse al abordar una reforma como la propuesta es la de la progresiva disociación entre nacionalidad y ciudadanía, dos conceptos que han estado tradicionalmente asociados. Concebido el ciudadano como aquel que puede participar en la gestión de los asuntos públicos, en una sociedad democrática tiende a equipararse ciudadanía con titularidad de derechos políticos, identificación que llega a plasmarse en las declaraciones de derechos (p. ej., artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966). Paralelamente, el concepto de ciudadanía ha venido, en general, asociado al de nacionalidad, al menos durante los siglos XIX y XX, como también se refleja no sólo en las

Constituciones de este periodo, sino también en las declaraciones internacionales (p. ej., artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948).

Sin embargo, ya a finales del siglo XX (aunque hay precedentes anteriores), se produce una apertura hacia la disociación entre nacionalidad y ciudadanía, concebida ésta como capacidad de participación en la gestión de los asuntos públicos. Apertura de la que es reflejo el artículo 13.2 de nuestra Constitución, en cuya gestación se invocó alguno de los modelos de Derecho comparado que, ya en aquellos años, iban despuntando en el norte de Europa en lo que se refiere al reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros. Esa disociación avanza en el ámbito de la Unión Europea, con la extensión del derecho al voto en el país de residencia (y no en el de nacionalidad). Ciertamente, subsiste aquí una vinculación entre ciudadanía (de la Unión) y nacionalidad (de alguno de los Estados miembros), pero ha de notarse que ese reconocimiento del derecho a votar en el país de residencia no se limita a las elecciones al Parlamento Europeo, sino que se extiende a las municipales.

Incluso en el seno de la Unión Europea se ha producido algún intento de ir más allá y, así, en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo nº 593/2003, sobre “Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea”, se solicita que se otorgue la ciudadanía no sólo a los nacionales de los Estados miembros, sino también a todas las personas que residan de manera estable o de larga duración en la Unión Europea, de forma que éstas puedan ejercer su derecho de sufragio (activo y pasivo) en las elecciones al Parlamento Europeo y también en las municipales, en el lugar de residencia.

Ahora bien, si el derecho de sufragio en las elecciones municipales se distancia de la nacionalidad para vincularse a la residencia, una coherente aplicación de tal principio llevaría a que los extranjeros residentes en España votaran en el municipio de su residencia y no en el de su nacionalidad; pero también que los españoles que residen en el extranjero votaran en el país en el que residen, y no en España, al menos mientras no vuelvan a residir aquí.

Cabría plantear la posibilidad de una doble vinculación del derecho de sufragio, con nacionalidad y residencia, de forma que tanto nacionales como residentes mantuvieran el derecho de sufragio en las elecciones municipales en uno y otro país (el de nacionalidad y el de residencia). No parece que a ello deba oponerse la proscripción del doble voto, que excluye que una misma persona pueda votar más de una vez *en las mismas elecciones*, lo que aquí, en rigor, no sucedería (se trataría del mismo tipo de elecciones, pero no de las mismas elecciones, por lo que no quedaría afectada la igualdad del voto).

Es más, puede sostenerse que, en la medida en que una persona mantenga una vinculación efectiva con su municipio de residencia y con otro de su país de origen (por ejemplo, en supuestos de residencias de corta duración en comparación con los periodos de mandato), las razones político-jurídicas antes aludidas apoyarían el voto en uno y otro municipio. Sin embargo, ha de notarse que esa doble vinculación se puede producir también, para los españoles, con dos municipios de España, y la legislación electoral excluye, en tales casos, el voto en ambos, sin que se aprecien razones que hayan de conducir a otra solución cuando se trata de dos municipios de diferentes Estados. Además, parece claro que aquella doble vinculación (a dos municipios) disminuye progresivamente según aumenta el periodo de residencia efectiva en uno de ellos (lo que habrá de tenerse en cuenta al ponderar la exigencia de un periodo de residencia previo para reconocer a los extranjeros el derecho de sufragio en las elecciones municipales). Todo ello entronca con el carácter de vínculo necesario, permanente y único que se predica de la vecindad municipal, y que exige, como requisito, la residencia –radicación estable- en su territorio.

En todo caso, han de tenerse en cuenta los fundamentos o principios que están en la base de un eventual reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros, por las repercusiones o efectos que su aplicación tendría sobre otras cuestiones conexas, en el marco de una política legislativa coherente. En concreto, desde una perspectiva global y sistemática, si se reconoce el derecho de sufragio a los extranjeros residentes en España, cabría plantearse hasta qué punto ha de reconocerse el mismo derecho a esas mismas personas en

las elecciones municipales de los países en los que ya no residen y respecto de municipios con los que no tengan ya vinculación efectiva (cuestión que, sin embargo, no compete regular a España); pero también cabe cuestionar la coherencia de reconocer, paralelamente, el derecho de voto en España, en las elecciones municipales, a los españoles que residen en el extranjero y no tienen vinculación efectiva con un municipio español (más allá de la que cualquier español puede tener con dos o más municipios españoles) y, especialmente, si tienen reconocido el derecho de sufragio en las elecciones municipales del país extranjero de su residencia; cuestión ésta cuya regulación sí compete a España, pero que se aborda más adelante, en otras páginas de este Informe.

Para cerrar este apartado relativo a la progresiva disociación entre nacionalidad y ciudadanía, con un derecho de sufragio que se vincula a la residencia y no a la nacionalidad, cabe preguntarse si es esa la vía más lógica y coherente para reconocer el derecho de sufragio a los extranjeros residentes en España o si, por el contrario, sería más consistente que, para que se les reconozca la titularidad de los derechos políticos, hayan de adquirir previamente la nacionalidad, lo que revela un compromiso o, por lo menos, supone la asunción expresa de unos deberes de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes [artículo 23 del Código Civil, apartado a)].

Ha de notarse que a los nacionales de países iberoamericanos o de otros que tienen una particular vinculación con España les bastan dos años de residencia para acceder a la nacionalidad española, lo que entraña el reconocimiento de plenos derechos políticos (sufragio activo y pasivo en todo tipo de elecciones); y que, incluso, pueden adquirir la nacionalidad española sin pérdida de la suya propia (artículo 23 del Código Civil, apartado b) y sin exigencia alguna de reciprocidad (regulación que entronca con lo previsto en el artículo 11.3 de la Constitución). En cambio, para un reconocimiento más limitado –derecho de sufragio en las elecciones locales- se exige, con carácter general, que se haga atendiendo a criterios de reciprocidad (aunque también sin exigencia alguna de que se preste juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes). Todo ello puede apoyar un trato

especial, también en este ámbito del reconocimiento del derecho de sufragio, para los nacionales de los Estados contemplados en el artículo 11.3 de la Constitución.

2.2. Derecho europeo e instrumentos internacionales

En apoyo de la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros residentes en España es frecuente citar documentos internacionales y supranacionales de variada significación y alcance.

La adopción del criterio de la residencia –frente al de la nacionalidad– para el reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones municipales es un hecho en la Unión Europea, si bien vinculado a la ciudadanía de la Unión y, por tanto, limitado a los extranjeros nacionales de Estados miembros.

Pero la voluntad de dar un paso más, y reconocer el derecho de sufragio a los extranjeros procedentes de terceros Estados pero residentes en Europa, tiene reflejo en algunos documentos generados en el seno de las instituciones de la Comunidad. Así, en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo nº 593/2003, sobre “Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea”, antes aludido, se dedica un apartado al derecho de voto (punto 5). En él se reclama el derecho de voto (activo y pasivo) para los nacionales de terceros países que residan de manera estable o de larga duración en relación con las elecciones municipales y al Parlamento Europeo (p. 5.5) y se concluye solicitando “que se otorgue la ciudadanía de la Unión no sólo a los nacionales de los Estados miembros, sino también a todas las personas que residan de manera estable o de larga duración en la Unión Europea”. En cualquier caso, ha de notarse que no se logró la incorporación de tal propuesta al Tratado Constitucional, como se pretendía, aunque puede apreciarse la existencia de otros textos adoptados en el ámbito de la Unión Europea que apuntan en la misma dirección.

Sirva de ejemplo la Comunicación de la Comisión sobre Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea, COM (2005) 389, de 1 de septiembre de

2005. En especial, el principio básico común 9 señala: "La participación de los inmigrantes en el proceso democrático y en la formulación de las políticas y medidas de integración, especialmente a nivel local, favorece su integración"; por ello, se estimula la reducción de obstáculos al ejercicio de los derechos de voto de los nacionales de terceros países.

En el marco del Consejo de Europa, es de cita obligada el Convenio sobre Participación de extranjeros en la vida pública en el ámbito local, adoptado en 1992 (CETS 144), cuyo artículo 6 recoge el compromiso de las partes de otorgar el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales a los residentes extranjeros; derechos que se supeditan al cumplimiento de los demás requisitos exigidos a los nacionales, y a la previa residencia legal y habitual en el Estado de acogida durante un periodo de cinco años. No obstante, se añade que los Estados contratantes pueden limitar el reconocimiento al derecho de voto⁸.

El artículo 7 añade que cualquier Estado Parte podrá establecer, unilateralmente o mediante acuerdo bilateral o multilateral, un periodo de residencia menor al previsto en el artículo 6. Por su parte, el artículo 9.1 (mencionado en el 6.1) incluye una cláusula de salvaguardia que permite ampliar las restricciones a los derechos previstos en la parte I del Convenio en tiempo de guerra o en caso de emergencia pública que amenace la vida de la nación. Conviene apuntar, además, que se trata de un Convenio al que pueden incorporarse Estados que no sean miembros del Consejo de Europa, en los términos previstos en su artículo 13.

Este Convenio no ha sido ratificado por España, aun cuando el Parlamento Europeo le ha instado a hacerlo. En efecto, mediante Resolución adoptada el 15 de enero de 2003, relativa a la situación de los derechos

⁸ Dice literalmente el citado artículo 6: "1. *Each Party undertakes, subject to the provisions of Article 9, paragraph 1, to grant to every foreign resident the right to vote and to stand for election in local authority elections, provided that he fulfils the same legal requirements as apply to nationals and furthermore has been a lawful and habitual resident in the State concerned for the 5 years preceding the elections.* 2. *However, a Contracting State may declare, when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, that it intends to confine the application of paragraph 1 to the right to vote only*".

fundamentales en la Unión Europea (2001), recomienda a España y a otros Estados⁹ “que firmen y ratifiquen el Convenio Europeo sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública Local” e insta a todos los Estados miembros a que lo apliquen (p.130); y más adelante recomienda a los Estados miembros “que amplíen el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y europeas a todos los ciudadanos de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión Europea desde hace al menos tres años” (p.136).

En el mismo marco del Consejo de Europa, cabe recordar que el Convenio Europeo sobre Nacionalidad de 1997 (CETS 166) -que tampoco ha sido ratificado por España- se refiere, en su artículo 17, a los derechos y obligaciones en casos de nacionalidad múltiple y establece al respecto que los nacionales de un Estado Parte que tengan otra nacionalidad tendrán, en el Estado Parte en el que residan los mismos derechos y deberes que otros nacionales de ese Estado Parte¹⁰. Aunque a continuación señala los casos en que tales previsiones no se aplican, no se hace referencia -en la excepción- al derecho de sufragio. De ello puede extraerse que las personas con doble nacionalidad deberían tener los mismos derechos electorales que los nacionales¹¹.

También son interesantes, a los efectos de este estudio, algunos trabajos de la llamada Comisión de Venecia (*“European Commission for Democracy through law”*), creada en el seno del Consejo de Europa, cuyos trabajos en el ámbito electoral han ido desde la elaboración de informes hasta la colaboración activa en la elaboración de textos legislativos en materia electoral. De esos trabajos pueden destacarse aquí las pautas incluidas en el Código de

⁹ Además de a España, se recomienda la firma y ratificación a Austria, Bélgica, Alemania, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo y Portugal (y la ratificación al Reino Unido). Como a continuación se verá, algunos de esos países ya reconocen el derecho de sufragio a los extranjeros residentes en su territorio en las elecciones locales (Bélgica, Irlanda, Luxemburgo y, de forma más limitada, Portugal y Reino Unido).

¹⁰ En concreto, dispone el artículo 17.1: *“Nationals of a State Party in possession of another nationality shall have, in the territory of that State Party in which they reside, the same rights and duties as other nationals of that State Party”*.

¹¹ Así lo entiende la Comisión Venecia, en el *“Draft explanatory report”* del Código de buenas prácticas en materia electoral a que se hace referencia más adelante en el texto.

buenas prácticas en materia electoral (*Code of Good Practice in Electoral Matters*, octubre 2002), que se refiere a los principios que integran el núcleo duro del patrimonio europeo en materia electoral (sufragio universal, libre, igual, directo y secreto). En relación con el sufragio universal, indica las condiciones a las que puede o debe estar sometido; entre ellas se incluye la nacionalidad, señalando que puede imponerse un requisito de nacionalidad, pero añade que, sin embargo, sería recomendable que se permitiera a los extranjeros votar en elecciones locales después de un cierto periodo de residencia (apartado I.1.a.bb). En el informe explicativo que acompaña al citado Código, se indica que, aunque la mayoría de los ordenamientos establecen un requisito de nacionalidad, existe una tendencia creciente a garantizar derechos políticos en el ámbito local a extranjeros residentes de larga duración.

También merece atención el Informe de la Comisión de Venecia sobre la abolición de restricciones al derecho a votar en elecciones generales (*Report on the abolition of restrictions to vote in general elections*, 2004), en el que se analiza el requisito de la ciudadanía y residencia; se constata la existencia de un fuerte movimiento y proceso de reconocimiento del derecho al voto a los residentes extranjeros (plasmado en diversos documentos internacionales que allí se citan) y se recogen argumentos para reconocer el derecho al voto, al menos en las elecciones locales, a los extranjeros residentes de larga duración. Ahora bien, se distingue en este punto entre el reconocimiento del derecho al voto y el derecho de sufragio pasivo. En relación con el primero, se afirma que existe un reconocimiento progresivo en muchos países y se alude a razones vinculadas a la integración, la representación y los derechos humanos. En cambio, cuando se trata del derecho de sufragio pasivo, la Comisión de Venecia señala que en la mayoría de los Estados del Consejo de Europa se exige la nacionalidad como requisito para ser elegible, lo que el informe considera justificado, habida cuenta de las competencias del autogobierno local; una práctica -se precisa- que es compatible con el Convenio sobre Participación de extranjeros en la vida pública en el ámbito local¹².

¹² En concreto, se dice en el p. 25 del Informe: “*In most of the Council of Europe member states, citizenship is a condition for running for office (passive electoral right). This approach is quite understandable bearing in mind the competencies of local self-government. The residents of the municipality cannot be represented by a person who is not familiar with the community*”.

3. La situación en Derecho comparado

3.1. Panorama general de Derecho comparado

El Derecho comparado ofrece una diversidad de ejemplos, que van desde la reserva a los nacionales del derecho de sufragio hasta el reconocimiento del sufragio de los extranjeros en el ámbito de las elecciones generales; es más frecuente, sin embargo, que este reconocimiento se limite a las elecciones locales y, en particular, al sufragio activo. Se mencionan a continuación diversos ejemplos, clasificados en función de su grado de apertura.

a) Reserva a los nacionales del derecho de sufragio

El menor grado de apertura supone una reserva a los nacionales del derecho de sufragio en todo tipo de elecciones. Se encuadran en este grupo Alemania, Austria¹³, Bulgaria, Chipre, Francia, Italia, Grecia, Letonia, Polonia y Rumanía; en estos casos, sólo se permite a los ciudadanos de la Unión -por exigirlo así el Derecho europeo- la posibilidad de ejercer el derecho de sufragio, activo y pasivo, en el ámbito local. Fuera de la Unión Europea, reservan a los nacionales el derecho de sufragio Liechtenstein, Rusia y Ucrania.

En Iberoamérica, es el caso de Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Brasil (con la excepción del reconocimiento del derecho de sufragio de los portugueses) y República Dominicana. También puede incluirse en este grupo Puerto Rico (que, además de a sus nacionales, únicamente reconoce el derecho de sufragio a los

life. Therefore, electoral legislation, especially on local elections, quite justifiably prescribes citizenship as a prior condition for exercising the right to be voted. This practice is in accordance with the Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level.

¹³ En el año 2002, el Parlamento del Estado Federado de Viena acordó reconocer el derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones locales, estableciendo para ello la condición de que hubiesen residido de forma ininterrumpida en Viena durante cinco años. En 2004 el Tribunal Constitucional Federal Austriaco declaró la inconstitucionalidad de la ley, argumentando que para el ejercicio del derecho de sufragio en Austria era condición *sine qua non* poseer la nacionalidad austriaca; todo ello al margen de la regulación del derecho de sufragio de los ciudadanos comunitarios.

ciudadanos de Estados Unidos). En Estados Unidos, como regla general, no se reconoce a los extranjeros el derecho de sufragio, aunque sí se ha hecho en algunas ciudades, en particular en el Estado de Maryland¹⁴.

En África cabe mencionar a Argelia, Gambia, Ghana, Guinea Ecuatorial, Marruecos, Mauritania, Nigeria, Senegal y Malí. Y en Asia se excluye a los extranjeros del ejercicio del derecho de sufragio en todo tipo de elecciones en China, Filipinas, India y Pakistán.

b) Derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales

Mayor interés reviste, a efectos del presente estudio, el caso de aquellos países que reconocen el derecho de sufragio en las elecciones locales a los extranjeros residentes.

En el ámbito de la Unión Europea, la Constitución de Bélgica permite extender el derecho de sufragio a los residentes no comunitarios; pero su desarrollo legislativo reconoce únicamente el derecho de sufragio activo –no el pasivo- a los extranjeros que lo soliciten, que cuenten con cinco años de residencia previa, legal e ininterrumpida en Bélgica, y que presenten una declaración en la que se comprometan a respetar la Constitución, las leyes belgas y el Convenio de Roma.

En el caso danés la extensión del derecho de sufragio se limitó inicialmente a los nacionales de otros Estados nórdicos. Desde 1995, se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo de todos los ciudadanos comunitarios y de los países nórdicos no comunitarios en las elecciones locales sin necesidad de ningún periodo de residencia previa. Los demás extranjeros

¹⁴ La reserva del derecho de sufragio a los estadounidenses no viene sancionada constitucionalmente y el derecho de sufragio de los extranjeros fue reconocido en las Constituciones de numerosos Estados durante décadas y hasta 1926, año en el que se cambió la de Arkansas, último Estado en abolir este derecho, todo ello amparado por el Tribunal Supremo. Sin embargo, hoy se afirma la existencia de un nuevo impulso del reconocimiento del derecho de sufragio a los no nacionales, aunque de forma aislada y sólo en algunas comunidades (especialmente, en el Estado de Maryland).

tienen sólo derecho de sufragio activo, condicionado al cumplimiento del requisito de tres años de residencia legal previa.

Eslovaquia reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros residentes en las elecciones locales y en las regionales, para lo que se exige residencia legal y permanente en el país. Igualmente, en Eslovenia se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales a todos los extranjeros residentes permanentes; pero se reserva a los nacionales la posibilidad de acceder al cargo de alcalde.

En Estonia, se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a todos los extranjeros que tengan un permiso de residencia permanente y que hayan vivido en el municipio por un periodo mínimo de cinco años.

En Finlandia se reconoce el derecho de los extranjeros que residan permanentemente en el país a votar en las elecciones locales y también se admite el derecho de sufragio pasivo. A los extranjeros que no sean nacionales de otro Estado miembro, de Islandia o de Noruega se les exige que hayan estado domiciliados en Finlandia dos años el día en que comience el año electoral.

El artículo 70 de la Constitución de Hungría amplía el derecho de sufragio activo (no el pasivo) en el ámbito local a todos los extranjeros asentados en la República, sin que se exija un periodo de residencia previa.

En Lituania, su Constitución establece, para las elecciones municipales, el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos lituanos y otros residentes permanentes; la legislación de desarrollo exige cinco años de residencia previa.

En Luxemburgo, la Ley Electoral de 2003 exige, para el derecho de sufragio activo en el ámbito local, un periodo de residencia previa de cinco años (tanto para ciudadanos comunitarios como para otros extranjeros). En

cuanto al derecho de sufragio pasivo, se excluye a los extranjeros no comunitarios y a los comunitarios se les exige un periodo de residencia previa de cinco años.

En los Países Bajos, se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales. A los no comunitarios se les exige un periodo de residencia legal e ininterrumpida de cinco años o la obtención de un permiso de residencia permanente, que exige cinco años de residencia previa.

La regulación de Suecia es similar a la de otros países nórdicos. En el ámbito de las elecciones municipales y departamentales, se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros que no sean ciudadanos de otro Estado miembro, de Islandia o de Noruega, aunque se exige una residencia legal, previa e ininterrumpida de tres años.

Fuera ya de la Unión Europea, Noruega reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales a los extranjeros que cuenten con una residencia legal y previa de tres años o sean nacionales de otro país nórdico. E Islandia reconoce derecho de sufragio activo y pasivo a quienes hayan residido en el país por un periodo de cinco años (tres años si son nacionales de otros países nórdicos). En Suiza, su organización federal supone una mayor complejidad: el derecho de sufragio activo y pasivo en las instituciones federales está reservado a los nacionales; pero en las elecciones cantonales y locales hay algunos cantones que reconocen el derecho de sufragio de los extranjeros.

Ya en Iberoamérica, Argentina tiene también peculiaridades derivadas de su ordenación federal: se reserva a los nacionales el voto en las elecciones presidenciales y en las parlamentarias; pero en muchas provincias se reconoce algún tipo de derecho de sufragio provincial o municipal a los extranjeros.

En Colombia, la Constitución prevé que la ley conceda a los extranjeros el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter

municipal o “distrital”; la legislación exige cinco años de residencia previa e ininterrumpida en Colombia.

En Paraguay, la Constitución señala que los extranjeros con “radicación definitiva” en el país tendrán los mismos derechos que los ciudadanos paraguayos en las elecciones municipales. El reconocimiento del derecho de sufragio activo exige la condición de residente permanente, sin vincularlo al transcurso de un determinado periodo de tiempo. Para ser elegidos concejales, los extranjeros necesitan, además, un periodo de residencia previa de siete años.

La Constitución de Perú y algunas de sus leyes parecen reservar el ejercicio del derecho de sufragio a los ciudadanos peruanos, pero la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley de Elecciones Municipales otorgan el derecho de participación -sufragio activo y pasivo- en el gobierno local a los vecinos, si bien se reserva la posibilidad de ser elegido alcalde o regidor a los ciudadanos peruanos. Se exige una residencia previa y continuada de dos años.

En fin, en Venezuela, la Constitución de 1999 reconoce el voto en las elecciones municipales y estatales (no en el llamado poder nacional: elecciones a la Asamblea y a la Presidencia de la República) a los extranjeros con diez años de residencia en el país. En cambio, el ejercicio de los cargos públicos electivos se reserva a los nacionales y, con frecuencia, sólo a los venezolanos de nacimiento.

Finalmente, en este apartado merecen atención separada unos supuestos en los que, de modo análogo al caso español, los respectivos textos constitucionales introducen una exigencia de reciprocidad.

En Portugal, los apartados 3 y 4 del artículo 15 de su Constitución establecen:

“3. Se pueden otorgar a los ciudadanos de los países de lengua portuguesa, mediante convenio internacional y en condiciones de reciprocidad, derechos no conferidos a extranjeros, salvo el acceso a la titularidad de los órganos de soberanía y de los órganos de gobierno propio de las regiones autónomas, el servicio en las Fuerzas Armadas y la carrera diplomática.

4. La ley puede otorgar a los extranjeros residentes en el territorio nacional, en condiciones de reciprocidad, capacidad electoral activa y pasiva, para la elección de los titulares de órganos de las instituciones locales”.

La posibilidad prevista en el apartado 4 de este precepto ha sido llevada a efecto por la Ley electoral local portuguesa de 2001. Además de los ciudadanos portugueses y de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea, tienen derecho de sufragio activo en el ámbito de las elecciones locales:

- Los ciudadanos de países de lengua oficial portuguesa con un periodo de residencia legal de dos años, cuando ese mismo derecho se reconozca a los portugueses en sus Estados de origen.
- Otros ciudadanos con residencia legal de más de tres años en Portugal, siempre que en su respectivo país se reconozca, en condiciones de reciprocidad, capacidad electoral a los portugueses residentes.

En cuanto al sufragio pasivo, se establece una regulación paralela, pero se eleva el periodo de residencia previa a cuatro años en el primer caso y cinco en el segundo.

En ambos casos se prevé la publicación oficial de unas listas en las que se enumeren los países a cuyos ciudadanos se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo. Actualmente, se reconoce derecho de sufragio activo y

pasivo a los nacionales de Brasil y Cabo Verde y sólo sufragio activo a los de Chile, Argentina, Islandia, Noruega, Uruguay y Venezuela.

En la República Checa, se reconoce el derecho a votar a los extranjeros que tengan su residencia permanente en un municipio checo, siempre que su derecho aparezca reconocido en un tratado internacional vinculante para la República Checa, lo que puede concebirse como un mecanismo de reciprocidad. En todo caso, a fecha de hoy no consta que se haya firmado ninguno de estos tratados con la excepción de lo previsto para los ciudadanos comunitarios. El derecho de sufragio pasivo aparece reconocido exclusivamente a los nacionales checos.

También Malta ha admitido el derecho de voto y de ser elegido en elecciones locales bajo condiciones de reciprocidad, de lo que sólo se beneficiaron los británicos hasta 2003. Después, con la entrada de Malta en la Unión Europea, el derecho se reconoce a los ciudadanos de la Unión, pero sólo a ellos.

En fin, la Constitución de Bolivia permitía que los ciudadanos extranjeros votaran en las elecciones municipales (para lo que la ley estableció el requisito de una residencia de dos años), pero no se les reconocía el derecho de sufragio pasivo. La nueva Constitución (votada en referéndum el 25 de enero de 2009) establece, en su artículo 27, que los extranjeros residentes en Bolivia tienen derecho de sufragio en las elecciones municipales, conforme a la ley, “aplicando principios de reciprocidad internacional”. Esta previsión, lógicamente, no ha sido aún objeto de desarrollo.

c) Derecho de sufragio de los extranjeros en otras elecciones

En el ámbito de la Unión Europea sólo hay dos Estados que permiten el ejercicio del derecho de sufragio a determinados colectivos de extranjeros en elecciones distintas de las locales.

Así, Gran Bretaña otorga el derecho de sufragio en las elecciones parlamentarias a los ciudadanos de la *Commonwealth* o de la República de Irlanda. En las elecciones locales, además de los anteriores, también están legitimados los denominados *relevant citizens of the Union* (todos aquellos ciudadanos comunitarios que no sean británicos ni irlandeses y que tengan derecho de sufragio en las elecciones locales, según las propias normas comunitarias). No se establece ningún requisito temporal de residencia (salvo para Irlanda del Norte -tres meses-) en relación con el ejercicio del sufragio activo. Y en cuanto al pasivo, se impone un periodo previo de residencia de doce meses en la circunscripción electoral correspondiente, exigencia que es independiente de la nacionalidad.

La República de Irlanda va más lejos, puesto que, aunque en las elecciones presidenciales se reserva la elección a los ciudadanos irlandeses, en las elecciones parlamentarias se reconoce el derecho de sufragio activo a los ciudadanos británicos y se contempla la posibilidad, de la que todavía no se ha hecho uso, de que se reconozca este derecho a los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea bajo condición de reciprocidad. Finalmente, en las elecciones locales se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo sin distinción por razón de nacionalidad, exigiendo como únicos requisitos su residencia legal (sin imponer un plazo mínimo) y su inscripción en el censo.

Fuera de la Unión Europea merecen atención los casos de Chile, Ecuador y Uruguay. En Chile, la Constitución reserva el derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos chilenos, pero la ley puede extender el derecho de sufragio activo en cualquier tipo de elecciones; y la ley otorga el derecho de sufragio activo a todos los extranjeros asentados en el país para el conjunto de sus instituciones democráticas.

La Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce a los extranjeros residentes en el Ecuador el derecho al voto, con carácter general, siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años. El derecho de sufragio pasivo sólo se reconoce a los ecuatorianos.

En el caso de Uruguay también se extiende el derecho de sufragio activo de los extranjeros a todo tipo de procesos electorales, aunque es necesario haber cumplido una residencia de quince años. En cambio, la Constitución reserva el derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos uruguayos.

3.2. Tendencias del Derecho comparado

El panorama anterior permite extraer algunas ideas ilustrativas para afrontar una posible reforma de la legislación española en relación con el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros residentes.

a) Expansión del reconocimiento del derecho de sufragio

Existe una tendencia general hacia la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros residentes. Ciertamente existían experiencias anteriores a la segunda mitad del siglo XX (así, en EE. UU., Suiza o en Iberoamérica), pero la tendencia hoy sostenida arranca del último tercio del siglo XX, al principio sobre la base de una reciprocidad de hecho, como sucedió en Europa entre los países nórdicos primero y en toda la Unión Europea después. La tendencia se ha consolidado en nuestros días y hoy son ya, en muchos casos, leyes del siglo XXI las que recogen la extensión del sufragio a los extranjeros.

Esa tendencia es evidente en Europa, donde confluyen factores que la potencian (política regional de integración, intensificación de las migraciones, relaciones postcoloniales o vinculaciones políticas transnacionales, etc.). Pero también se aprecia con claridad en América, lo que se ha relacionado con la asunción de la inmigración como un elemento integrante de la identidad de esos países; en EE. UU., se habla de un nuevo impulso a un reconocimiento que había existido anteriormente para facilitar la integración de las colonias europeas; y, sobre todo, en Iberoamérica, cuya última manifestación -hasta hoy- se encuentra en la nueva Constitución de Ecuador. También es apreciable el reconocimiento del derecho al voto en Oceanía: en Australia, algunos

Estados reconocen a los extranjeros el derecho al voto municipal y Nueva Zelanda otorga este derecho a todos los extranjeros y en todas las elecciones.

La práctica es menor en África, con una democracia más inestable, aunque algunos Estados reconocen el derecho al voto de los extranjeros, con uno u otro alcance (a veces limitado en relación con la Commonwealth): Botswana, Burkina Faso, Cabo Verde, Guinea, Islas Mauricio, Uganda, Ruanda y Zambia. Lo mismo cabe decir en relación con Asia, donde también es excepcional aquel reconocimiento (República de Corea).

En definitiva, el reconocimiento del derecho al voto a los extranjeros residentes no es en absoluto una práctica excepcional, sino, antes al contrario, una tendencia progresiva, especialmente en los Estados con democracias más estables y de mayor tradición democrática.

b) Reconocimiento limitado y condicionado

En segundo término, ha de destacarse que el reconocimiento del derecho de sufragio a los residentes extranjeros es, generalmente, limitado y condicionado.

Limitado, en el sentido de que se ciñe –en la mayoría de los casos- a la participación en las elecciones locales y son pocos los Estados que lo extienden a elecciones estatales o nacionales. Pero también en cuanto que la extensión del reconocimiento es desigual por lo que se refiere al derecho de sufragio activo y al sufragio pasivo, de forma que, al margen de la experiencia interna de la Unión Europea (de la ciudadanía de la Unión), está más generalizado el derecho al voto que el derecho a ser elegible.

En fin, merece la pena destacar que, en ocasiones, el reconocimiento se limita a los nacionales de Estados con los que se tienen vinculaciones especiales o bien -en una fase ulterior de reconocimiento más extenso- se da a esos nacionales un tratamiento especial y más favorable (Reino Unido y países de la Commonwealth, Portugal y los países de lengua oficial portuguesa).

Y es condicionado el reconocimiento, por cuanto se exige el cumplimiento de unos requisitos, como la residencia legal y previa o permanente. Con carácter general, se exige la residencia legal, lo que puede traducirse en la necesaria inscripción en un registro o en la posesión de una tarjeta de residente. Y, con frecuencia, se requiere también un periodo previo de residencia que suele oscilar entre los dos y los cinco años, a veces ininterrumpida o continuada.

También puede destacarse que, en algún caso, se exige que se presente una declaración con el compromiso de respetar la Constitución y las leyes del Estado de residencia que les reconoce el derecho de sufragio (así, Bélgica).

c) El caso de la Unión Europea

Quizá sea especialmente ilustrativa una sistematización de la situación existente en Europa, más allá del reconocimiento derivado de la ciudadanía de la Unión. Así, por lo que respecta a nacionales de terceros países, pueden recogerse algunos trazos fundamentales.

Por una parte, son mayoría los Estados de la Unión Europea en los que se reconoce a nacionales de terceros Estados (no miembros) el derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales (Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Suecia y, con las especialidades apuntadas, Portugal y Reino Unido); no obstante, algunos de ellos limitan el reconocimiento al sufragio activo. Por el contrario, el derecho de sufragio sigue reservado a los nacionales (y ciudadanos de la Unión) en Alemania, Austria, Bulgaria, Chipre, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Polonia y Rumanía (y, con las peculiaridades apuntadas, Malta y República Checa).

En cuanto a los periodos de residencia previa exigidos, oscilan entre los cinco años (Bélgica, Estonia, Lituania, Luxemburgo u Holanda) y los tres años (Dinamarca o Suecia), aunque en algunos casos no se exige residencia

previa (Hungría, Irlanda), o se establecen periodos variables en función del Estado de origen y del sufragio activo o pasivo (Portugal, Reino Unido, Finlandia).

4. Condicionamientos constitucionales: la reciprocidad

La eventual decisión del legislador español de extender el derecho de sufragio a los extranjeros residentes en España estaría, naturalmente, vinculada por las normas constitucionales, que condicionan o delimitan el margen de maniobra del legislador o el posible contenido de su producto normativo.

El foco de atención ha de centrarse, en concreto, en el artículo 13.2 de la Constitución, que contiene una regulación específica acerca de la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23, titularidad que se vincula a la nacionalidad española¹⁵. Por ello, es común entender que el condicionamiento constitucional más relevante en caso de una eventual extensión del derecho de sufragio a los extranjeros radica en ese artículo 13.2 y, en concreto, en la exigencia de que lo que se establezca, por tratado o por ley, se haga atendiendo a criterios de reciprocidad.

¹⁵ En relación con el artículo 1.2 de la Constitución (“La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.”), el Tribunal Constitucional ya aclaró, en su Declaración 1/1992, que la proclamación que incorpora no queda contradicha, ni afectada siquiera, por el reconocimiento del sufragio, en las elecciones municipales, a un determinado círculo o categoría de extranjeros (f.j. 3). En cuanto al artículo 23, señala el Tribunal Constitucional en esa misma declaración que “no es el art. 23 el precepto que en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales. En nuestra Constitución dicha norma, atinente a este requisito de la capacidad, no es el art. 23, sino el art. 13, en cuyo primer párrafo se procede a extender a los extranjeros el ejercicio de todas las libertades públicas reconocidas en el Título I de la C.E. en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Esta extensión se ve exceptuada por la cláusula del art. 13.2 que excluye de ella determinados derechos reconocidos en el art. 23, restringidos, en consecuencia, únicamente a los españoles. Pero esa exclusión no deriva, por tanto, de las previsiones del art. 23, que por sí mismo no prohíbe que los derechos así reconocidos puedan extenderse, por Ley o Tratado, a los ciudadanos de la Unión Europea”.

Dice el artículo 13.2:

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

De su tenor se desprende que la Constitución autoriza el reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones municipales a los extranjeros; pero impone dos exigencias: de un lado, que se haga por medio de tratado o ley; de otro, que se haga atendiendo a criterios de reciprocidad. El condicionamiento constitucional más relevante radica, pues, en el inciso “atendiendo a criterios de reciprocidad”.

Dicho condicionamiento impide una extensión generalizada del reconocimiento de ese derecho fundamental a los extranjeros, si bien se ha de aceptar que ha tenido una escasa virtualidad a efectos de lograr el reconocimiento del derecho de sufragio de los emigrantes españoles en sus países de residencia.

En este punto, no debe ignorarse la situación de los extranjeros residentes en España y nacionales de Estados no democráticos, quizá asentados en España precisamente en razón de ese carácter no democrático de su Estado de origen. Una aplicación estricta del principio de reciprocidad puede llevar a rechazar de plano el reconocimiento del derecho de sufragio en España para esas personas (privación derivada de la que sufren en sus Estados de origen, por su carácter no democrático), mientras que, en cambio, no quedarían privados de aquel reconocimiento del derecho los extranjeros nacionales de Estados democráticos.

Por ello, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que, nacidos los derechos fundamentales precisamente como instrumentos de protección del individuo frente a los poderes públicos, la fuerza de la reciprocidad puede conducir al resultado de que la falta de protección (de derecho de sufragio) del

individuo en un Estado lleve a que se le niegue esa misma protección (el derecho de sufragio) en España.

Todo ello hace necesaria una reflexión sobre el alcance y posibles interpretaciones de la cláusula de reciprocidad, para lo que se examinarán a continuación el sentido y evolución del principio de reciprocidad -en general-, así como otros casos de reciprocidad contemplados en el ordenamiento español, y se analizará, después, su plasmación concreta en el artículo 13.2 de la Constitución.

4.1. La reciprocidad en general: sentido y evolución

a) El sentido de la reciprocidad

Como primera aproximación al concepto de reciprocidad, puede acudirse al acuñado por el Tribunal Constitucional, si bien en un ámbito distinto del que ahora se examina: “El principio de reciprocidad tiene un significado jurídico preciso, consistente en que un poder público condiciona su actuación a que otro poder público, distinto y ajeno al primero, actúe de la misma manera que él, so pena de que ambos se nieguen recíprocamente lo que a los dos interesa, permaneciendo inactivos o actuando cada uno por su cuenta” (STC 132/1998).

A partir de ese núcleo conceptual, el término reciprocidad tiene distintas acepciones y admite diversos significados, a los que conviene aludir, aun sin ánimo exhaustivo. Así, a veces se considera la reciprocidad como inherente a tratados y convenios internacionales, por cuanto los Estados Parte asumen en mutua correspondencia determinados compromisos que pueden exigirse entre ellos.

Puede entenderse también la reciprocidad como un factor condicionante de las obligaciones que un Estado asume (en relación con otro Estado o con sus nacionales), bien por tratado o bien directamente en su legislación interna. De este modo, la conducta de ese otro Estado determinará

la vinculación del primero o su liberación respecto de obligaciones o actuaciones impuestas -condicionadamente- por el tratado o la legislación interna.

En ocasiones, incluso, se atribuye a la reciprocidad la condición de fuente autónoma -en ausencia de ley o tratado- para determinar las obligaciones que un Estado asume en sus relaciones respecto de otros Estados.

En fin, también puede concebirse la reciprocidad como un principio informador de las normas que regulen determinada materia, de forma que el régimen aplicable vendría determinado por el trato recíproco que el Estado en cuestión recibiera de otros Estados. Ello podría hacerse no sólo por tratado, sino también a través de la ley, mediante la regulación de diversos supuestos de hecho, según cuál fuera ese trato.

Por otra parte, para que se aprecie la existencia de reciprocidad, se entiende en ocasiones que basta una semejanza básica, una similitud o equivalencia entre el tratamiento o regulación que ambos Estados dan a un mismo objeto, mientras que otras veces se exige identidad o una igualdad mucho más rigurosa entre los supuestos de hecho o entre las consecuencias jurídicas que derivan de un mismo supuesto.

En definitiva, no puede predicarse un único significado o un sentido unívoco del término reciprocidad, como ya se puso de manifiesto en el Dictamen del Consejo de Estado 2.697/96, al examinar la reciprocidad a que se refiere el artículo 13.2 de la Constitución en relación con el Derecho de la Unión Europea.

b) Evolución del principio de reciprocidad

El principio de reciprocidad, concebido como uno de los principios estructurales del Derecho internacional, se vincula a la igualdad de los Estados

e implica una exigibilidad de cumplimiento de los tratados por los Estados Parte.

La evolución del Derecho internacional después de la descolonización ha ido tomando conciencia de las desigualdades reales de los Estados y ha facilitado el surgimiento de modulaciones de los principios en los que se asienta aquel ordenamiento, llegando incluso a sustituirlos por otros diferentes en función de la situación real de los Estados entre los que se entablan las relaciones internacionales.

Así, en el llamado Derecho internacional del desarrollo, la reivindicación de que se interpretase el principio de igualdad en un sentido material, de igualdad real y no sólo formal, se traduce en la conciencia de que es necesario dar un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, con lo que se atempera el alcance del principio de reciprocidad (trato preferencial y no recíproco). Muestra de ello es que, en el marco de la Organización Mundial del Comercio, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que se ocupa del comercio de mercancías, tiene una sección especial (Parte 4) sobre Comercio y Desarrollo, en la que figuran disposiciones acerca del concepto de “no reciprocidad” en las negociaciones entre países desarrollados y países en desarrollo, de acuerdo con la cual los primeros “no esperan reciprocidad” de los segundos por los compromisos que aquéllos asuman a favor de éstos.

Ciertamente, se trata de una evolución que ha tenido lugar en el ámbito de las relaciones comerciales y del Derecho internacional económico, pero cabría plantearse si de ello no puede extraerse alguna consecuencia o extrapolar alguna idea al ámbito del desarrollo político o del reconocimiento de los derechos políticos, como derechos fundamentales. En definitiva, si se puede atemperar la exigencia de reciprocidad cuando se trata de Estados “menos desarrollados” en el reconocimiento de derechos políticos.

c) Otros casos de reciprocidad en Derecho español

La atención puede dirigirse ahora hacia otros ámbitos en los que el ordenamiento español exige reciprocidad, en unos u otros términos, lo que ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales que bien pueden ilustrar, a falta de jurisprudencia específica sobre el artículo 13.2 de la Constitución, posibles desarrollos de este precepto.

Así, las normas españolas han apelado a la reciprocidad en ámbitos tales como la ejecución de sentencias extranjeras, la convalidación de estudios y títulos extranjeros, el régimen de los arrendamientos o la Seguridad Social. Pero es posiblemente en materia de extradición donde hay una jurisprudencia más interesante a los efectos que aquí importan, teniendo en cuenta que la exigencia de reciprocidad deriva del mismo artículo 13 de la Constitución, cuyo apartado 3 dice: *“La extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad”*. Como puede apreciarse –y después se remarcará-, los términos son diferentes de los del artículo 13.2, y la jurisprudencia parte de su desarrollo legislativo, obviamente distinto del que rige en materia electoral. Pero, en todo caso, la jurisprudencia recaída al respecto arroja alguna luz sobre posibles desarrollos legislativos permitidos por el artículo 13.2 de la Constitución.

El Tribunal Supremo, examinando la reciprocidad en materia de beneficios de la legislación de arrendamientos urbanos, ha afirmado que la reciprocidad “puede ser diplomática (si existe tratado, convenio o simple canje de notas) o legislativa si legalmente se establece la igualdad, sin discriminación, entre nacionales y extranjeros (...); pero siempre, sin necesidad de que comprenda la hipótesis concreta”, tal y como proclamó la doctrina legal reiterada en diversas sentencias que se citan. En esta misma línea, y ya en materia de extradición, la Audiencia Nacional ha calificado de “concepto hipertrofiado de la reciprocidad” el que pretendía exigir una equivalencia absoluta de las legislaciones internas de los Estados afectados.

En relación con la reciprocidad diplomática, la jurisprudencia ha sostenido -en materia de extradición- que el principio de reciprocidad sólo actúa cuando no existe convenio aplicable o cuando se trata de una situación dudosamente incluida o claramente excluida de su articulado pues, si se trata de un supuesto cubierto por el convenio, debe aplicarse éste, como expresión máxima del principio de reciprocidad. También ha afirmado la jurisprudencia que la existencia de un tratado en el que son parte los países afectados revela que entre ellos rige el principio de reciprocidad; en este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “la propia existencia de tratado constituye un indicio de la presencia de una mínima homogeneidad constitucional y jurídico-penal que ha de estimarse necesaria a efectos de despejar posibles recelos ante la hipotética desigualdad que pudiera producirse a un nacional” (STC 102/2000).

Especial interés reviste, en este punto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2006, de 5 de junio, en la que indica que, en el “sistema” de la orden europea de detención y entrega, aunque un país formule una reserva en relación con un aspecto determinado, el hecho de que España no formulara reserva en relación con ese mismo aspecto no le permite oponer falta de reciprocidad cuando se da el supuesto de hecho a que se refiere la reserva.

También ha insistido la jurisprudencia en la ausencia de criterios uniformes de aplicación de la reciprocidad (STC 30/2006); una reciprocidad cuya apreciación, en materia de extradición, compete al Gobierno (y que puede albergar, según la Audiencia Nacional, no un contenido estrictamente jurídico, sino un fondo predominantemente político, atendible por el Gobierno). En relación con la apreciación de la reciprocidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la determinación del contenido y alcance del principio de reciprocidad constituye una cuestión susceptible de diversas interpretaciones, en particular en lo atinente al grado de similitud, o incluso identidad, de los supuestos de hecho que constituyen el presupuesto para exigir al Estado requirente garantía de reciprocidad” (STC 102/2000). En la misma sentencia, analiza el Tribunal Constitucional la apreciación de la reciprocidad realizada por el Gobierno (a fin de determinar si se trataba de resoluciones arbitrarias,

manifiestamente irrazonadas o irrazonables y, por tanto, de una mera apariencia de aplicación de la legalidad); y concluye que nada impide que el Gobierno considere que la pertenencia de los dos Estados afectados a la Unión Europea es garantía suficiente de reciprocidad¹⁶ (idea que también es acogida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de junio de 2003).

4.2. La reciprocidad en el artículo 13.2 de la Constitución

a) Origen del artículo 13.2

El texto actual del artículo 13.2 proviene del párrafo primero del artículo 12 del anteproyecto de Constitución cuyo inciso final disponía que “solamente los españoles serán titulares de derechos políticos”. Las enmiendas dirigidas a su supresión dieron lugar a un debate en el Congreso, en el que se pusieron de manifiesto las razones que abogaban por su supresión o por su mantenimiento (y, entre éstas, las relativas a los problemas que se podrían generar en las ciudades de Ceuta y Melilla). En el Senado, por el contrario, se decidió por unanimidad la supresión de una referencia específica a la exclusión de los derechos políticos de los extranjeros. El actual texto del artículo 13.2 es obra de la Comisión Mixta Congreso-Senado, fruto de una transacción en la que pueden percibirse las razones que se sostuvieron a favor de una y otra postura. Así, con la referencia expresa al artículo 23 se eludía el problema de la indeterminación de cuáles fueran, en concreto, los “derechos políticos”; por otra parte, se abría la posibilidad de acoger la tendencia, que ya empezaba a despuntar en Europa, de permitir, en determinadas condiciones, la participación de los extranjeros residentes en las elecciones locales (incluso, con invocación

¹⁶ Y, en efecto, la reciprocidad se apreció a pesar de que, según expone el propio Tribunal Constitucional unas líneas más arriba, el Ministerio de Justicia de la República de Italia había manifestado que, teniendo en cuenta el Convenio Europeo de Extradición, la Constitución italiana y la jurisprudencia constitucional sobre extradición, “este Ministerio no tiene competencia para asegurar un resultado positivo a las demandas relativas a la extradición de los ciudadanos italianos fundada en el Convenio Europeo de Extradición, incluso en presencia de las condiciones ulteriores previstas por el mismo Convenio” (STC 102/2000, f.j. 10).

expresa del modelo sueco¹⁷); en fin, la referencia a la reciprocidad podía ser un factor útil para mejorar el trato de los emigrantes españoles en Europa¹⁸.

A partir de ello, puede examinarse el tenor del artículo 13.2, para precisar el objeto y el alcance de la reciprocidad, así como apuntar distintas líneas de desarrollo que puede admitir.

b) Objeto de la reciprocidad

Es la comparación entre el tratamiento o la regulación que dos Estados dan a un determinado objeto lo que permite analizar e inferir si, entre ellos, existe reciprocidad o no en un concreto ámbito. Resulta necesario, por tanto, precisar el objeto de la reciprocidad a que se refiere el artículo 13.2 de la Constitución para que se pueda llevar a cabo aquella comparación.

En ese artículo 13.2 la reciprocidad aparece referida al derecho de sufragio, como derecho subjetivo y, más precisamente, al derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Por tanto, el examen o la comparación habrá de referirse al derecho de sufragio (y a su titularidad), tal y como lo perfila el artículo 23, pero no será necesario analizar el régimen electoral ni el sistema o procedimiento electoral que pueda existir en el Estado extranjero de que se trate (si la elección es directa o indirecta, periodicidad o duración de los mandatos, fórmula mayoritaria o proporcional, etc.).

Por otra parte, ya se apuntó que la reciprocidad puede darse en muy distintos grados, de forma que son admisibles diversas interpretaciones, en particular sobre el grado de similitud de los supuestos de hecho a que se refiere la reciprocidad (el reconocimiento del derecho de sufragio). Así, el legislador podría exigir una reciprocidad completa (esto es, una rigurosa

¹⁷ Cabe recordar que en Suecia, el reconocimiento a extranjeros del sufragio activo y pasivo en las elecciones locales se remonta a 1975 (aunque, como se ha visto, se exigen tres años de residencia previa).

¹⁸ Sería el reflejo de la preocupación del constituyente por los emigrantes, en relación con los derechos políticos, complemento del que, en relación con los derechos económicos y sociales, se percibe en el artículo 42 de la Constitución. En cualquier caso, y en otro sentido, también cabe notar la relevancia de la reciprocidad en la extensión del reconocimiento del derecho a los extranjeros entre los Estados nórdicos, como ya quedó apuntado.

identidad de las condiciones en que se produce tal reconocimiento) para reconocer el derecho de sufragio activo en las elecciones locales a los extranjeros; pero también podría considerar suficiente una reciprocidad general, más laxa, y apreciar la existencia de reciprocidad en relación con los países que reconozcan a los españoles la posibilidad de acceder al derecho de sufragio en sus elecciones locales.

c) Alcance de la reciprocidad

Para determinar cuál es la virtualidad o el grado de vinculación que impone la referencia a la reciprocidad contenida en el artículo 13.2 de la Constitución, ha de notarse que este precepto no impone que sea la reciprocidad la que determine el reconocimiento del derecho de sufragio, sino que son la ley o el tratado los que pueden establecer la salvedad al inciso inicial del artículo 13 (esto es, los que pueden extender a los extranjeros el derecho de sufragio activo o pasivo). El condicionamiento consiste en que la ley o el tratado deben “atender” a “criterios” de reciprocidad.

De acuerdo con ello, no es la reciprocidad -el régimen de los españoles en el extranjero- la que determina el régimen de los extranjeros en España, sino que tal decisión compete directamente a la ley o al tratado, y así lo dispone claramente la Constitución. De este modo, el solo hecho de que los españoles residentes en un determinado Estado extranjero tengan derecho de sufragio no implica, *ex Constitutione*, que los nacionales de ese Estado tengan derecho de sufragio en España. Tiene que ser la ley o un tratado los que lo establezcan; y, en todo caso, no está obligado el legislador español a reconocérselo en los términos que allí se les reconoce a los españoles. A la inversa, cabe plantear si el legislador español está determinado -y no sólo condicionado- por el régimen de reciprocidad, en el sentido de si está o no obligado *ex Constitutione* a denegar a los residentes extranjeros el derecho de sufragio por el hecho de que se les deniegue a los españoles en el Estado extranjero de que se trate. En todo caso, la ley española debe tener en cuenta o tomar en consideración (“atender”) el régimen de reconocimiento o denegación del derecho de sufragio a los españoles en ese Estado extranjero.

Es esto lo que la Constitución exige y no la sujeción del legislador a una estricta aplicación del principio de reciprocidad; así se desprende de la literalidad del artículo 13.2 que no exige la *aplicación* de tal *principio*, sino que se *atienda* a *criterios* de reciprocidad.

Ello determina que el legislador pueda optar por una reciprocidad general (frente a una reciprocidad completa), sin necesidad por tanto de exigir una identidad plena entre el tratamiento que los españoles reciben en el extranjero y el que se quiera dar a los extranjeros en España, en relación con el derecho de sufragio.

De este modo, la ley podría reconocer el derecho de sufragio activo a los extranjeros residentes en España en las mismas condiciones que los españoles siempre que a éstos se les permita votar en las elecciones municipales del Estado respectivo, aun cuando esto último esté sometido a unas u otras restricciones. Incluso podría hacerlo sin imponer a los extranjeros residentes en España condicionamientos que sí se impongan a los españoles residentes en ese otro Estado (en particular, en la medida en que la finalidad perseguida por el legislador español no se limita a obtener un mejor tratamiento de los españoles emigrados, sino que -como se expuso- concurren otros factores ajenos a ello que impulsan a reconocer el derecho a los extranjeros residentes en España).

Así, aunque en un Estado dado se exija a los españoles el cumplimiento de determinados requisitos, ello no impone que en España se deban exigir esos mismos requisitos a los nacionales de ese Estado para que les sea reconocido el derecho de sufragio en las elecciones locales. En definitiva, la exigencia de que la ley atienda a criterios de reciprocidad no se debe identificar con la necesaria aplicación de un rígido régimen de reciprocidad.

d) Estructura del artículo 13.2: distintas posibilidades de desarrollo normativo

El artículo 13.2 establece una reserva a los españoles de la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23 y, a continuación, contempla la posibilidad de salvedades, mediante un inciso que cabe descomponer en dos proposiciones: a) pueden establecerse salvedades por tratado o ley para el derecho de sufragio (activo y pasivo) en las elecciones municipales; b) ello debe hacerse atendiendo a criterios de reciprocidad. A partir de la relación entre una y otra proposición, caben distintas posibilidades de desarrollo normativo del artículo 13.2.

La vía más clara de desarrollo consiste en que cada una de las salvedades que se establezcan por tratado o por ley responda a la aplicación del principio de reciprocidad. De este modo, el reconocimiento del derecho de sufragio beneficiaría a los nacionales de Estados que reconozcan el derecho de sufragio a los españoles residentes en su territorio (configurado ese derecho de sufragio con los perfiles del artículo 23). En cambio, se negaría el reconocimiento del derecho de sufragio a los nacionales de Estados que reserven a sus propios nacionales el derecho de sufragio en las elecciones locales, puesto que ese concreto reconocimiento no estaría teniendo en cuenta la ausencia de reciprocidad (por lo que habría de rechazarse). En definitiva, los criterios de reciprocidad se predicarían de cada “salvedad”, de cada reconocimiento del derecho.

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

La primera posibilidad esbozada tiene la ventaja de su más nítido encaje constitucional, puesto que, si cada reconocimiento se hace de acuerdo con el principio de reciprocidad, es claro que la regulación -globalmente considerada- atiende a criterios de esa naturaleza, con lo que se cumple la exigencia del artículo 13.2. Además, es un desarrollo coherente con la llamada de este artículo a los tratados (en los que, mediando reciprocidad, el reconocimiento del derecho se establece en relación con cada Estado).

Ahora bien, esa línea de actuación supone condicionar a la decisión de un Estado extranjero la decisión última sobre la posibilidad del reconocimiento del derecho de sufragio, en las elecciones municipales españolas, de los extranjeros residentes en España (nacionales de aquel Estado). El margen de maniobra del legislador español queda, así, limitado por las decisiones de otros Estados (y, en particular, por las de los Estados no democráticos, en cuanto no pudiera apreciarse reciprocidad con ellos). Como se ha apuntado, la remisión a lo que se establezca por tratados es coherente con esa deferencia hacia la voluntad de otros Estados; aunque la mención de la ley parece apuntar en una dirección distinta, abriendo posibilidades diferentes¹⁹.

e) Conexión del artículo 13.2 con el artículo 140 de la Constitución

En fin, también ha de buscarse una interpretación sistemática del artículo 13.2, poniéndolo en conexión con otros preceptos de la Constitución. Ya se ha aludido a algunos de ellos (como el artículo 23 o el 13.3). Se centra ahora la atención en un artículo cuyo objeto coincide, siquiera sea en parte, con el del artículo 13.2.

Se trata del artículo 140 de la Constitución, que garantiza la autonomía de los municipios y, entre otras previsiones, dispone que los concejales “serán elegidos por los vecinos del municipio” y que los alcaldes “serán elegidos por

¹⁹ Cabe recordar, en este punto, lo que se decía en el Dictamen 2697/96, al examinar las exigencias de reciprocidad del artículo 13.2 en relación con el Derecho de la Unión Europea, en el que se rechazaba “una visión de la reciprocidad en ámbitos compartimentados, desde la valoración, en clave de bilateralidad, de unas normas en cuya entraña está la multilateralidad”.

los Concejales o por los vecinos”. Lo que ahora se observa se limita, pues, al sufragio activo.

El concepto de “vecino” incluye a los residentes en el municipio, tanto nacionales como extranjeros. Se trata de un concepto que gravita sobre la residencia y no sobre la nacionalidad; así lo ha subrayado la doctrina y así queda reflejado con claridad en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y, en particular en sus artículos 15 a 18. Se trata de una cuestión relevante también a efectos de lo que después se dirá en relación con el voto de los residentes ausentes.

Por ahora, sencillamente se quiere llamar la atención sobre una lectura conjunta de los artículos 13.2 y 140 y 13.2 de la Constitución: el artículo 140 vincula la elección de concejales a la residencia, a través de un concepto -el de vecino- que incluye a españoles y extranjeros; el 13.2 precisa que el derecho de sufragio de estos últimos se regulará “atendiendo a criterios de reciprocidad”.

Esa lectura conjunta puede apoyar que la atención a criterios de reciprocidad a que se refiere el artículo 13.2 no se identifique con una rígida aplicación del principio de reciprocidad para el reconocimiento del derecho de sufragio (activo) a los extranjeros (a quienes, como regla, se les reconoce en el artículo 140 a través del concepto de vecino), sino más bien como una exigencia de que aquellos criterios sean tenidos en cuenta, en una u otra medida, al regular el derecho de sufragio de los extranjeros.

5. Consideraciones finales

5.1. Articulación normativa

Si se toma la decisión de extender el derecho de sufragio en las elecciones municipales a los extranjeros residentes en España, es necesario, en primer lugar, determinar qué tipo de norma ha de utilizarse para tal fin. En principio, podría optarse entre la vía de los tratados internacionales o la de la

legislación interna, puesto que ambos cauces están expresamente previstos en la Constitución y permiten cumplir la exigencia constitucional sobre reciprocidad.

La vía de los tratados tiene la ventaja de una mayor seguridad jurídica, en cuanto facilita la constatación de la existencia de reciprocidad en relación con los Estados con los que se han celebrado aquellos, aparte de los logros que puedan obtenerse en relación con la situación de españoles residentes en el extranjero. La virtualidad de los tratados para este último objetivo es ciertamente limitada, puesto que exige el despliegue de una acción estatal orientada a lograr la concurrencia de voluntades soberanas de otros Estados, no siempre especialmente preocupados por esta cuestión. Así, la experiencia revela que la reciprocidad diplomática -por vía de tratado- se logra cuando en el otro Estado existe previamente una legislación que reconoce el derecho de sufragio a los españoles residentes. En tales casos, ese otro país se ve instado por España a celebrar un tratado, a fin de que nuestro país reconozca a sus nacionales el mismo derecho que aquél ya reconoce a los españoles, lo que, incluso, podría operar en contra de uno de los fines perseguidos por el artículo 13.2 de la Constitución²⁰.

La vía legislativa tiene la ventaja de una mayor virtualidad expansiva del derecho de sufragio (en cuanto no exige la existencia de tratado) y de una mayor agilidad (en cuanto permite el reconocimiento desde el momento en que existe reciprocidad, sin necesidad de promover -a partir de entonces- la celebración de un tratado). Esta vía hace innecesaria la búsqueda de voluntades estatales concurrentes y se identifica más con la decisión unilateral del Estado español de extender derechos políticos a los extranjeros residentes en España (o a algunos de ellos). Ahora bien, ello no quiere decir que el legislador pueda establecer sin más aquella extensión subjetiva del derecho de sufragio, sino que habrá de hacerlo "atendiendo a criterios de reciprocidad", lo

²⁰ Piénsese que, en ocasiones, se trata de un movimiento diplomático que lo que hace es poner de manifiesto al otro Estado que sus nacionales residentes en España no recibirán un trato tan ventajoso como el que reciben los españoles residentes en dicho Estado (por ejemplo, si en ese Estado no se exige periodo de residencia previa o se exige un periodo menor al que vaya a exigir España).

que supone una mayor complejidad en cuanto a la concreción de esa exigencia, cuestión que se abordará a continuación.

La opción por esta vía demandaría alguna reforma de la LOREG (fundamentalmente, de su artículo 176, aunque también de otros conexos, como el artículo 2) y de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (básicamente, el artículo 6)²¹. En cualquier caso, ello no implica en modo alguno renunciar a la celebración de tratados y convenios internacionales (bilaterales o multilaterales), con la consiguiente armonización y aun acumulación de sus respectivas ventajas.

5.2. La concreción de la reciprocidad

La concreción de la reciprocidad es un problema que se plantea, fundamentalmente, en relación con aquellos Estados con los que no se celebren tratados²². No obstante, podrían suscitarse dudas cuando el objeto del tratado sea más amplio que el simple reconocimiento mutuo del derecho de sufragio de los residentes en las elecciones municipales, y no exista correspondencia entre las obligaciones asumidas por los Estados en relación con ese reconocimiento (por ejemplo, en caso de que se hayan formulado reservas, de mayor o menor alcance, por alguno de los Estados Parte en un convenio multilateral)²³.

En ausencia de tratado (i. e., en relación con los extranjeros residentes en España, con cuyos Estados de origen España no haya alcanzado un acuerdo sobre la materia), la ley puede reconocer el derecho de sufragio,

²¹ En realidad, el artículo 6 de la LOE no exige tratado, por lo que podría no ser necesaria su reforma a estos efectos. Sin embargo, la remisión que dicho artículo 6 hace a los "*términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes*" en el extranjero hacen que también se proponga su reforma, a fin de evitar los problemas derivados de una reciprocidad completa, a los que a continuación se hace referencia.

²² Al margen de los problemas que pudieran derivar de un eventual incumplimiento por otro Estado Parte en un tratado que tuviera este objeto; aunque no parece que, en tal caso, cualquier incumplimiento hubiera de determinar que España denegara el derecho de sufragio ya reconocido a los nacionales de ese Estado.

²³ En este punto habría de estarse a cada caso concreto, pero puede resultar de utilidad la jurisprudencia constitucional a que se hizo referencia en un epígrafe anterior.

atendiendo a criterios de reciprocidad. En la medida en la que se pretenda otorgar una mayor fuerza expansiva al reconocimiento, se proponen las siguientes líneas generales de actuación:

a) Evitar un régimen de reciprocidad completa, de forma que, en todo caso, quede reconocido el derecho de sufragio de los extranjeros residentes en España que sean nacionales de Estados que reconozcan a los españoles el derecho de voto en sus elecciones locales.

Debe tenerse en cuenta, en este punto, la diversidad de regímenes existentes en Derecho comparado en relación con el derecho de sufragio y su ejercicio. Si la ley optara por un régimen de reciprocidad completa, que exigiera identidad de las condiciones y requisitos para el reconocimiento y ejercicio del derecho de sufragio, su articulación práctica en cada proceso electoral exigiría el examen de la legislación vigente en el extranjero, en relación con todos y cada uno de los países de los que haya nacionales en España que pretendieran ejercer su derecho al voto y el ulterior análisis de la aplicabilidad, en el ordenamiento español, de cada uno de los requisitos exigidos en el extranjero a los españoles. Aparte de que con ello se limitarían las posibilidades de extensión del derecho de sufragio que abre el artículo 13.2 de la Constitución, ha de subrayarse la enorme complejidad que ello podría suponer.

b) La ley puede establecer la regla general de que se reconocerá el derecho de sufragio a los nacionales de aquellos países que cumplan unas exigencias básicas de reciprocidad, para lo que sería necesario fijar cuáles son esas reglas mínimas de reciprocidad que deben concurrir para poder acceder al reconocimiento del derecho de sufragio. Son múltiples las fórmulas imaginables y lo importante es que los criterios de reciprocidad estén siempre presentes, en uno u otro grado.

c) La ley puede establecer los términos del reconocimiento (cuando haya de tener lugar) y unos requisitos comunes aplicables con carácter general a todos los extranjeros a los que se les pueda reconocer el derecho. También

podrían establecerse unos pocos grupos de extranjeros, según el Estado de origen, con ligeras variaciones de régimen entre ellos (por ejemplo, en cuanto al periodo de residencia previa exigida); pero este tipo de diferencias no se imponen por fuerza en virtud de las exigencias constitucionales de reciprocidad.

Ciertamente ello supondría diferencias entre los nacionales de unos y otros Estados (que podrían estar relacionadas con la finalidad perseguida, en cuanto vinculada a razones de integración), pero serían, en todo caso, diferencias menores de las existentes en relación con aquellos a quienes no se les reconociera el derecho, en aplicación de los criterios de reciprocidad a que se refiere el artículo 13.2 de la Constitución. En suma, las diferencias entre unos y otros extranjeros se imponen, por fuerza, en virtud de dicho precepto.

d) Por último, habrá de determinarse el órgano al que se encomienda el control de la reciprocidad. Parece razonable atribuir ese control al Gobierno, que habría de examinar la concurrencia o no de reciprocidad en relación con cada Estado, de acuerdo con lo fijado en la ley y en ejecución de ésta.

e) Un problema específico podría plantearse con los Estados federales, en los que pueden convivir distintos regímenes sobre el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros, de forma que la reciprocidad podría apreciarse con alguno de los Estados federados, regiones, provincias o cantones que los integran, pero no con otros. Ahora bien, a la vista del alcance, limitado y no rígido, que la Constitución da a la exigencia de reciprocidad (“atendiendo a criterios de reciprocidad”), podría afirmarse la compatibilidad con la Constitución de una previsión legal que reconociera el derecho de sufragio –en las elecciones municipales– a los extranjeros de tales Estados: se atendería a criterios de reciprocidad y, en los casos de coexistencia en un mismo Estado (federal) de regímenes diversos, se optaría por la solución más favorable al reconocimiento del derecho.

5.3. Alcance objetivo de la extensión del derecho de sufragio

Cabe plantear a continuación si la extensión del derecho de sufragio de los extranjeros habría de limitarse al sufragio activo o si debe extenderse también al sufragio pasivo.

Los fundamentos de la extensión del derecho de sufragio operan tanto en relación con el sufragio activo como respecto del pasivo, si bien con más intensidad en el caso del primero. Los textos internacionales y europeos a que se hizo referencia reflejan diferencias acerca de la importancia que se da a uno y otro; así, el Convenio del Consejo de Europa sobre participación de extranjeros en la vida pública en el ámbito local especifica que los Estados contratantes pueden limitar el reconocimiento al derecho de voto (con exclusión por tanto del derecho de sufragio pasivo); también la Comisión de Venecia considera justificado que se exija la nacionalidad como requisito para ser elegible en las elecciones municipales; y a la misma conclusión lleva la lectura de otros textos aludidos más arriba que, como se recordará, centran su preocupación en el reconocimiento del derecho al voto y no en el sufragio pasivo.

También el panorama de Derecho comparado apunta en dirección a un reconocimiento limitado al derecho de sufragio activo, en la medida en que puede constatarse la mayor extensión de esta solución en los ordenamientos extranjeros. Por otra parte, esta opción puede cobrar más fuerza en España, habida cuenta del nivel de autonomía local, constitucionalmente garantizado. Además, no deben ignorarse -también a la vista del Derecho comparado- las mayores dificultades, e incluso el efecto restrictivo sobre el reconocimiento del derecho al voto, que la exigencia y aplicación de la reciprocidad puede suponer cuando la cuestión se analiza en relación con el derecho de sufragio, considerado en sus dos vertientes, activa y pasiva.

Por lo demás, un reconocimiento limitado al derecho de sufragio activo es más coherente con un sistema jurídico como el español que, incluso para los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, limita el acceso

a la función pública, mediante la exclusión de aquellos empleos “que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas” (artículo 57 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público)²⁴.

5.4. Alcance subjetivo de la extensión del derecho de sufragio

También ha de reflexionarse sobre los requisitos que habrán de exigirse a los extranjeros para que les sea reconocido el derecho de sufragio (además de los que resulten aplicables a los españoles), lo que determinará el alcance subjetivo de la extensión.

En primer término, ha de limitarse a los extranjeros que sean residentes legales. Los fundamentos que sirven de base a la extensión del derecho de sufragio justifican esa limitación²⁵, y tanto los textos internacionales como el Derecho comparado muestran que éste es un requisito mínimo comúnmente exigido.

También la exigencia de un periodo previo de residencia es consistente con la fundamentación de la extensión (en cuanto la vinculación efectiva con un municipio determinado aumenta progresivamente con la residencia), considerando además que, ejercido el derecho de voto, sus efectos se prolongan durante el periodo de mandato, por lo que es razonable que el voto

²⁴ Dispone el citado artículo 57 de la Ley 7/2007: “1. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas (...). 4. Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles. 5. Sólo por Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario”.

²⁵ Por ejemplo, la ilegalidad de la residencia y el consiguiente deber de abandonar el territorio nacional que impone la legislación de extranjería justifican una política de retorno (incluido el retorno asistido) más que de integración; tampoco el pago de tributos serviría para apoyar el reconocimiento del derecho de sufragio en el caso de la residencia ilegal, etc.

se reconozca a quienes tienen una residencia habitual o con vocación de permanencia (lo que puede plasmarse en una manifestación de voluntad sobre su opción de ejercer el derecho en España). Reflejo de ello es que la exigencia de un periodo previo de residencia constituye requisito habitualmente recogido en los instrumentos internacionales a que se hizo referencia en su momento. Así, el Convenio del Consejo de Europa sobre participación de los extranjeros en la vida pública en el ámbito local establece una residencia previa de cinco años (aunque prevé la reducción de este plazo) y los trabajos de la Comisión de Venecia también aluden a un “cierto periodo de residencia” previa o al reconocimiento a favor de los “residentes de larga duración”. A partir de todo ello, se puede valorar la exigencia de un periodo de residencia en torno a los cinco años.

Dicha sugerencia admite una modulación mediante el establecimiento de diferencias entre grupos de extranjeros, como se ha visto que ocurre en algunos casos en Derecho comparado. La diferencia ya existe en relación con los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, a quienes no se exige periodo de residencia previa, aunque sí una manifestación de voluntad sobre su opción de ejercer el derecho en España, lo que también podría recabarse de los demás extranjeros a quienes se reconociera el derecho de sufragio. Podría introducirse otra diferencia en relación con los nacionales de los países iberoamericanos o de aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España, como se ha visto que sucede en algunos modelos de Derecho comparado (como el Reino Unido o Portugal) y que, en España, encontraría un fundamento constitucional indirecto en el artículo 11 de la Constitución; en relación con ellos podría establecerse un periodo previo de residencia limitado a dos años, que es el periodo que basta a efectos de concederles la nacionalidad por residencia (artículo 22 del Código Civil). Para los nacionales de los demás Estados, podría establecerse un periodo de residencia previa de cuatro o cinco años, o bien el fijado en cada tratado o acuerdo internacional que sea aplicable en relación con ese Estado.

Ciertamente, el reconocimiento del derecho de voto a los extranjeros residentes se vincula a la estabilidad de la residencia y esa estabilidad se

traduce en un periodo de residencia previa de cinco años en el Convenio del Consejo de Europa sobre participación de extranjeros en la vida pública en el ámbito local. Pero la estabilidad de la residencia no es el único elemento que fundamenta el reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones locales, como ya se puso de manifiesto. Reflejo de ello es el hecho de que el artículo 7 del citado convenio contemple la posibilidad de que cualquier Estado Parte establezca, unilateralmente o mediante acuerdo bilateral o multilateral, un periodo de residencia menor al de cinco años previsto en el artículo 6. Pero, sobre todo, es reflejo de aquella fundamentación más compleja y no limitada a la estabilidad de la residencia la situación existente entre los Estados miembros de la Unión Europea, a cuyos nacionales no se les exige periodo de residencia previa para participar en las elecciones locales españolas. A ello cabe añadir la experiencia de otros modelos de Derecho comparado, como son los de la Commonwealth o los de países de lengua oficial portuguesa. Todo ello avala la exigencia de un menor periodo de residencia previa a los nacionales de países iberoamericanos o de aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España, que podría fijarse, como se ha dicho, en dos años.

En conclusión, las líneas de reforma apuntadas se refieren a los rasgos básicos de una eventual modificación legislativa dirigida a cubrir los objetivos y salvar los obstáculos que se han puesto de manifiesto en las iniciativas parlamentarias y en estudios doctrinales orientados a impulsar la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros residentes en España. Esos rasgos básicos admiten múltiples modulaciones o variaciones, algunas de las cuales han quedado sugeridas a lo largo del Informe.

III. EL VOTO DE LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTERIOR

El sufragio de los españoles ausentes es una de las materias del Derecho electoral que ha merecido mayor atención política y doctrinal en los últimos tiempos. Básicamente, esta atención se ha dirigido a los aspectos procedimentales del voto en el extranjero, como prueba el hecho de que tanto en la anterior Legislatura como en la presente se hayan promovido varias iniciativas legislativas encaminadas a la mejora de los mecanismos de ejercicio del derecho de sufragio de estos electores. Tales iniciativas parten de la identificación de varias disfunciones en el modelo de votación por correspondencia en vigor, al que pretenden relegar como procedimiento excepcional y de carácter rogado, para dar prioridad a un sistema de voto en urna en el Estado de residencia. En el plano doctrinal también se advierte una preocupación por mejorar la pureza del proceso electoral en el exterior, si bien las medidas que se plantean en aras de la consecución de este objetivo son más variadas. Donde las propuestas políticas y doctrinales coinciden plenamente es en la valoración negativa de la ausencia de regulación en nuestro Derecho de la campaña electoral para quienes se establecen fuera de España, pues esta laguna les coloca en una situación de inferioridad frente a los electores residentes en territorio nacional en cuanto a la recepción de información acerca de las opciones políticas que concurren a los diferentes comicios.

Aun cuando las cuestiones relativas al modo de ejercicio del sufragio han centrado las iniciativas legislativas en torno al voto en el exterior, dichas cuestiones no agotan el abanico de problemas a los que se ha intentado dar respuesta. En particular, interesa destacar dos de ellos: de una parte, han surgido las primeras iniciativas políticas que propugnan la creación en las elecciones generales de una circunscripción especial para los ausentes; de otra, se ha suscitado en alguna propuesta normativa la necesidad de atribuir el derecho de sufragio local sólo a los residentes fuera de España que acrediten un vínculo efectivo con el municipio en el que se computan sus votos, lo que conduce a cuestionar el papel de estos electores en los comicios municipales. El planteamiento de este tema se ve favorecido igualmente por la posible

extensión del sufragio municipal, dentro de los márgenes constitucionales, a los extranjeros que viven en España, por cuanto en ambos casos se suscita la relación entre residencia y nacionalidad a efectos electorales.

En general, a la relevancia otorgada por las fuerzas políticas y los especialistas en Derecho electoral al voto en el exterior contribuyen, sin duda, los datos que sitúan el número de electores ausentes registrados por encima del millón doscientos mil. Además, esta cifra podría verse sustancialmente incrementada en un futuro próximo a partir de la adquisición de la nacionalidad española, mediante el ejercicio del derecho a optar por ella, por las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a dicha nacionalidad como consecuencia del exilio, con arreglo a la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

Desde esta perspectiva demográfica, conviene destacar de inicio dos notas: la dispersión geográfica de la colonia española residente en el extranjero, que se reparte en ciento sesenta y ocho países, a pesar de lo cual más de un millón se concentra en únicamente once (Argentina, Francia, Venezuela, Alemania, Suiza, Brasil, México, Estados Unidos de América, Reino Unido, Uruguay y Bélgica); y la preponderancia de ciertas provincias españolas en la aportación de la mayor parte de los emigrantes, de forma que aproximadamente el 60% del total procede de tan solo siete provincias (Madrid, A Coruña, Barcelona, Pontevedra, Tenerife, Ourense y Asturias). Por lo demás, conviene añadir que la participación electoral es notablemente inferior en el exterior que en territorio nacional, soliendo rondar el 25%, si bien en las últimas elecciones generales se situó en el 31,88% con más de trescientos ochenta y cuatro mil sufragios.

En definitiva, la residencia fuera del territorio del Estado de origen ha planteado y plantea diferentes dificultades a la hora de delimitar el derecho de sufragio del nacional ausente, dificultades que van desde el reconocimiento de

la titularidad de este derecho hasta su forma de ejercicio. En este capítulo se expondrá cómo están resueltos tales problemas en la legislación española vigente y en el Derecho comparado, para a continuación analizar las posibles revisiones del sistema en el marco de las previsiones constitucionales.

1. Derecho español

1.1. La emigración en el Derecho español

La importancia que tradicionalmente ha tenido la emigración como movimiento de la población española no pasó desapercibida para el constituyente, quien contempló este fenómeno, además de para atribuir la competencia exclusiva sobre el mismo al Estado (artículo 149.1.2ª de la Constitución), para manifestar su voluntad tuitiva de los emigrantes en los planos económico, social y político (artículos 42 y 68.5 de la Constitución).

El artículo 42 de la Constitución dispone que *“el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno”*. Configurado como un principio rector de la política social y económica, dada la ubicación del precepto transcrito en el Capítulo III del Título I de la Constitución, el mandato dirigido al Estado tiene la fuerza prescriptiva del artículo 53.3 del mismo texto, de modo que ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, sin que pueda hablarse de un derecho subjetivo público del trabajador en el extranjero a la defensa de sus intereses ante el hecho migratorio más allá del desarrollo dado al principio constitucional por el legislador. Así se explica la necesidad de descender a este nivel normativo para conocer la posición jurídica del emigrante en el Derecho español.

La Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, dando respuesta a la exigencia del artículo 42 de la Constitución, tiene entre sus objetivos los de garantizar a estos ciudadanos el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, en términos de igualdad

con los españoles residentes en el territorio nacional, reforzar los vínculos sociales, culturales, económicos y lingüísticos con España y con sus respectivas nacionalidades y comunidades de origen, así como delimitar las líneas básicas de la acción tuitiva del Estado y de las Comunidades Autónomas, en aras de mejorar las condiciones de vida de los emigrantes, en aquellos ámbitos en los que sea necesario complementar la protección existente en el país de residencia (artículos 1 y 3). El Título I de esta ley contiene un catálogo de derechos y prestaciones a favor de los españoles residentes en el exterior, clasificados en tres categorías en función de su contenido: derechos de participación, derechos sociales y prestaciones, y derechos relativos a la educación y a la cultura. El Título II tiene por objeto el establecimiento de una política integral de retorno, destinada a remover los obstáculos que dificulten a los españoles retornados el acceso a las prestaciones o beneficios sociales existentes, la inserción laboral o el acceso a la vivienda. El Título III prevé la creación de mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos.

En el marco de los derechos de participación, además del derecho de sufragio activo y pasivo, en términos que después se analizarán, destaca el reconocimiento del derecho de los nacionales ausentes a participar en los asuntos que les conciernan a través de los Consejos de Residentes Españoles y del Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior o de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas. De esta forma, la participación institucionalizada en materia de emigración se canaliza a través de órganos consultivos en cuya composición intervienen de forma directa o indirecta los españoles establecidos en el exterior:

- Los Consejos de Residentes Españoles, creados en virtud del Real Decreto 1339/1987, de 30 de octubre, sobre cauces de participación institucional de los españoles residentes en el extranjero, son órganos asesores adscritos a las Oficinas Consulares de España en el exterior, que sirven de cauce de comunicación entre éstas y las comunidades de emigrantes. Su constitución está prevista en las demarcaciones

consulares donde haya más de setecientos electores inscritos en el Censo Electoral de Residentes-Ausentes que viven en el extranjero (en adelante, CERA), a quienes corresponde la elección de sus miembros²⁶. Éstos pueden ser siete, once o veintiuno -dependiendo del número de españoles establecidos en la demarcación respectiva- y su mandato dura cuatro años contados desde la constitución del Consejo.

- El Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior sustituye al Consejo General de Emigración, cuya creación operó también el Real Decreto 1339/1987, de 30 de octubre. Regulado en el Real Decreto 230/2008, de 15 de febrero, y adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (hoy Trabajo e Inmigración), el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior desempeña funciones tales como informar los anteproyectos de ley y proyectos de reglamentos sobre derechos civiles y laborales y protección social, educativa y cultural, *“siempre que los mismos afecten directamente a los españoles en el exterior”* (artículo 11 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre). Entre sus consejeros son mayoría los elegidos por los Consejos de Residentes Españoles de forma proporcional al número de personas inscritas en el CERA de cada país, si bien en su composición también se integran consejeros nombrados por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales (hoy Trabajo e Inmigración) en representación de las federaciones de asociaciones de españoles del exterior, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, las Comunidades Autónomas que lo deseen y varios departamentos ministeriales.

En definitiva, en consonancia con la protección constitucional de los derechos de los emigrantes, el legislador ha establecido mecanismos para

²⁶ Según datos del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en la actualidad hay treinta y ocho Consejos de Residentes Españoles constituidos en las siguientes demarcaciones consulares: Ámsterdam, Andorra, Asunción, Bahía Blanca, Bogotá, Bruselas, Buenos Aires, Caracas, Casablanca, Córdoba, Dusseldorf, Génova, Ginebra, Hamburgo, Hannover, La Habana, La Paz, Lima, Luxemburgo, Méjico, Melbourne, Mendoza, Montevideo, Montpellier, Montreal, Munich, Nueva York, Porto Alegre, Quito, Río de Janeiro, Rosario, Salvador-Bahía, San Pablo, Santiago de Chile, Santo Domingo, Tánger, Toulouse y Zurich.

asegurar la efectividad de tales derechos, entre ellos la existencia de órganos consultivos que encaucen la participación de estos ciudadanos en la vida pública de España.

1.2. El derecho de sufragio de los residentes en el extranjero

La Constitución, cuando se refiere al sufragio para las elecciones al Congreso de los Diputados, establece en términos imperativos 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 II). Este precepto pasó pacíficamente a lo largo del debate constituyente, sin sufrir modificación a lo largo de la tramitación parlamentaria, al no prosperar la única enmienda presentada al mismo y que perseguía la referencia conjunta a las elecciones a las Cámaras baja y alta del derecho de sufragio de estos electores.

A nivel legislativo, la LOREG parte del reconocimiento del derecho de sufragio a los españoles (artículo 2.1), contemplando el ejercicio del voto por los electores ausentes en todos los procesos electorales. El examen de la legislación electoral en esta materia exige analizar la inscripción en el CERA y el procedimiento de votación de estos electores, para a continuación señalar las peculiaridades del régimen de voto de los españoles temporalmente ausentes. Por último, debe hacerse un breve comentario acerca de la regulación del derecho de sufragio en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior.

a) La inscripción en el CERA

La inscripción en el Censo electoral vigente es *“indispensable”* para el ejercicio del derecho de sufragio, conforme al artículo 1.2 de la LOREG. Esta exigencia de la inscripción censal no debe inducir a confusión en cuanto a su naturaleza meramente declarativa y no constitutiva del derecho al voto. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en su Sentencia 154/1988, de 21 de julio, que, al mismo tiempo, resalta la *“conexión inescindible”* entre ambos aspectos,

pues “no existe un derecho a tal inscripción separado del de sufragio y éste comprende el de ser inscrito en el censo”.

Tal como es definido por el artículo 31.1 de la LOREG, el Censo electoral es un documento que contiene la inscripción de quienes reúnen los requisitos para ser elector y no se hallen privados, definitiva o temporalmente, del derecho de sufragio, por lo que su naturaleza, además de única, es exclusivamente electoral, como subrayó la Junta Electoral Central en su acuerdo de 25 de febrero de 1991. El apartado 2 de este precepto dispone:

“El Censo electoral está compuesto por el censo de los electores residentes en España y por el censo de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero”.

Frente al sistema de inscripción facultativa a instancia de parte que regía la formación del CERA en la versión originaria de la LOREG, la reforma de ésta por la Ley Orgánica 3/1995, de 23 de marzo, supuso la configuración genérica de la inscripción censal como “obligatoria” (artículo 32.1), de manera que la misma no es una carga para el ciudadano sino una obligación para la Administración, que ha de adoptar las medidas pertinentes para garantizar la constancia en el censo de quienes ostenten la condición de electores, procurando que ningún ciudadano con derecho de voto deje de ejercerlo por no figurar en las listas censales. La otra reforma importante operada en este campo en 1995, dirigida -al igual que la anterior- a favorecer la universalidad del censo, fue la sustitución del sistema de revisión anual con referencia al 1 de enero de cada año por el de revisión continua en el que cada mes se actualiza el Censo electoral (artículo 34.1), mediante la incorporación de las altas, bajas o modificaciones producidas en ese período²⁷.

Por lo demás, el sistema de formación del CERA pivota sobre la colaboración de los Consulados con la Oficina del Censo Electoral, órgano encuadrado en el Instituto Nacional de Estadística que desarrolla las tareas

²⁷ Tales modificaciones han supuesto un salto cuantitativo en el número de españoles que figuran en el CERA, que ha pasado de poco más de doscientos mil electores en 1991 a superar hoy el millón doscientos mil.

censales bajo la dirección y supervisión de la Junta Electoral Central (artículo 29 de la LOREG). En concreto, esta colaboración se plasma en la tramitación por los Consulados tanto de la inscripción de oficio de los españoles residentes en su demarcación (artículo 32.2) como de las altas y bajas de éstos, conforme al mismo procedimiento que tramitan los Ayuntamientos (artículo 36).

Del desarrollo reglamentario de las previsiones legales relativas a la formación del CERA interesa destacar dos notas:

- En primer lugar, la inscripción automática de los españoles establecidos en el exterior tiene como soporte los Registros de Matrícula Consular. En efecto, el Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, sobre inscripción de los españoles en los Registros de Matrícula de las Oficinas Consulares en el extranjero, configura como obligatoria, para los nacionales que residan habitualmente en el exterior y aquellos que trasladen allí su residencia habitual, la inscripción en el registro correspondiente a la circunscripción donde se encuentren (artículo 2.1), de manera que los inscritos como residentes causan alta en el Padrón de españoles residentes en el extranjero (PERE) y los mayores de edad en el CERA (artículo 1.3). Tales registros incluyen, además, una segunda categoría de inscritos (los no residentes), referida a los españoles que se hallen en el extranjero con carácter temporal, sin ánimo de fijar fuera de España su residencia habitual, que decidan inscribirse voluntariamente, sin causar baja, por ello, en el padrón y en el Censo electoral del municipio español de procedencia o en el PERE y el CERA correspondiente a la Oficina o Sección Consular donde tengan su residencia habitual (artículo 1.4); como regla especial, el artículo 5.4 del real decreto citado convierte en obligatoria la inscripción como no residente para el ejercicio del voto de los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero, según el procedimiento que se examinará más adelante.

- En segundo lugar, la inscripción en el CERA exige la determinación de un municipio en España a efectos electorales. Así, el

artículo 2.2 del Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, por el que se dispone la actualización mensual del Censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo, menciona entre estos datos, cuando se trate de españoles residentes en el exterior, los del país y municipio de residencia actual, así como la “*provincia y municipio de inscripción en España a efectos electorales*”. A la hora de fijar este último dato, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de abril de 1996, por la que se dictan normas técnicas para la actualización mensual del Censo electoral, encomienda su determinación al elector según los siguientes criterios:

- para los nacidos en territorio nacional el municipio será el de la última residencia o el de mayor arraigo;
- para los nacidos fuera de España, el de la última residencia o el de mayor arraigo de sus ascendientes o, en su caso, del interesado;
- si existen vínculos de hecho o de derecho, se puede optar por el municipio de inscripción de cualquier otro miembro de la unidad de hecho o de derecho;

En su defecto, la Oficina Consular asume de oficio la determinación del municipio de inscripción en España a efectos electorales con base en los datos de que disponga. Este municipio ha de permanecer inalterado, salvo que se modifiquen las circunstancias familiares o lo decida de oficio la Oficina Consular²⁸.

b) El procedimiento de votación de los residentes en el extranjero

El examen de la regulación del procedimiento de votación de los residentes en el exterior, entendido como el mecanismo a través del cual cada

²⁸ Por la Oficina del Censo Electoral han de adoptarse las medidas necesarias para posibilitar la inscripción en el CERA de las personas de origen sefardita que ostenten la nacionalidad española, facultando a dichas personas para que se inscriban en el municipio con el que, por cualquier medio admisible en Derecho, demuestren tener algún tipo de vinculación (acuerdo de la Junta Electoral Central de 27 de enero de 1992).

uno de estos ciudadanos expresa su voluntad electoral, obliga a establecer la siguiente distinción, en atención al tipo de comicios de que se trate:

i) Procedimiento electoral en las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y Diputados del Parlamento Europeo (artículo 75 de la LOREG):

La primera nota característica en este tipo de elecciones radica en que las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral envían de oficio, por correo certificado, a los inscritos en el CERA toda la documentación electoral (un certificado de elector, las papeletas y sobres de votación, un sobre en el que debe figurar la dirección de la Junta Electoral Provincial y una nota explicativa). El envío se realiza una vez proclamadas las candidaturas y no más tarde del trigésimo cuarto o cuadragésimo segundo día posterior a la convocatoria, según se trate o no de circunscripciones donde se haya impugnado la proclamación de candidatos.

Los electores, recibida la documentación electoral, proceden a escoger o, en su caso, rellenar la papeleta de voto, la introducen en el sobre de votación y cierran éste, incluyéndolo a su vez, junto con el certificado, en el sobre dirigido a la Junta Electoral competente para su escrutinio²⁹. A partir de este momento, los residentes en el extranjero pueden optar entre enviar el sobre por correo certificado y no más tarde del día anterior al de la elección, o entregar personalmente el sobre hasta el séptimo día anterior a la votación en la Oficina Consular de Carrera o

²⁹ De acuerdo con la Instrucción 1/2009, de 20 de enero, de la Junta Electoral Central, sobre garantía del ejercicio personal del voto por correo de los electores residentes ausentes, éstos han de incluir en el sobre final, además de la documentación relacionada, fotocopia del pasaporte o del DNI, expedidos por las autoridades españolas, o, en su defecto, certificación de nacionalidad expedida por el Consulado de España en el país de residencia; esta exigencia, que se refiere a los comicios generales, autonómicos y europeos, debe ser mencionada en la nota explicativa, "con tipografía destacada", y comunicada en las campañas institucionales destinadas a informar a estos electores del procedimiento para votar. En aclaración de esta instrucción, la Junta Electoral Central ha señalado que los votos que no vengán acompañados del documento identificativo "no garantizan el ejercicio personal del derecho de sufragio activo y no cumplen por tanto un elemento o requisito sustantivo del acto de votación", de modo que no serán computados (acuerdo de fecha 29 de enero de 2009).

Sección Consular de la Misión Diplomática en que estén inscritos para su remisión a España. La introducción de esta segunda posibilidad constituye una novedad de la Ley Orgánica 3/1995 antes citada.

En cualquiera de ambos casos, resulta indispensable para la validez de estos votos que conste claramente en el sobre un matasellos u otra inscripción oficial de una Oficina de Correos del Estado en cuestión o, en su caso, de la Oficina o Sección Consular, que certifique, de modo indubitado, el cumplimiento del requisito temporal.

El día del escrutinio general, y antes de proceder al mismo, la Junta Electoral competente se constituye en Mesa electoral. A continuación se introducen en la urna los sobres de votación de los residentes ausentes recibidos hasta ese día y se anotan los nombres de los votantes en la correspondiente lista para finalmente computar todos estos votos e incorporar los resultados al escrutinio general.

ii) Procedimiento electoral en las elecciones municipales (artículo 190 de la LOREG):

Los españoles residentes en el extranjero que deseen ejercer su derecho de voto en las elecciones del municipio en el que estén inscritos, deben comunicarlo a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, no más tarde del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria. Al escrito mediante el que se realiza la comunicación debe adjuntarse fotocopia del DNI o pasaporte.

Recibida dicha comunicación y no más tarde del trigésimo segundo día posterior a la convocatoria, la Delegación Provincial envía al interesado, por correo certificado, la documentación electoral, comprensiva -en este caso- de un certificado de elector, una papeleta de votación en blanco, copia del Boletín Oficial de la provincia en el que figuren las candidaturas proclamadas en el municipio, el sobre de

votación, un sobre en el que conste la dirección de la Mesa Electoral que le corresponda, así como una hoja explicativa.

Cuando dispone de la documentación para votar, el elector escribe en la papeleta el nombre del partido, federación, coalición o agrupación a cuya candidatura desee votar, y remite su voto por correo certificado antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones. De acuerdo con la remisión que hace el artículo 190.4 al 73.4 de la LOREG, el Servicio de Correos conserva hasta el día de la votación toda la correspondencia dirigida a las Mesas electorales, la traslada a las Mesas a las nueve de la mañana de ese día y continúa esta labor con la que pueda seguir llegando a lo largo de la jornada hasta las veinte horas, momento a partir del cual los sobres recibidos se remiten a la Junta Electoral de Zona.

En definitiva, las diferencias entre ambos procedimientos radican básicamente, por un lado, en la remisión de la documentación electoral, que tiene lugar a petición del interesado en las elecciones municipales y de oficio en las demás, y, por otro, en la previsión del depósito consular como alternativa al voto por correspondencia en las elecciones a las Cortes Generales, Parlamento Europeo y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, alternativa con la que no cuentan los electores en los comicios locales. Como nota común, cabe señalar la gratuidad del envío del sobre conteniendo el voto para las diferentes elecciones, que se hace efectiva por el procedimiento previsto en el artículo 11 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales³⁰.

Por último, conviene referirse al problema que plantea la expresión del sufragio por los electores inscritos en el CERA que se encuentren eventualmente en España en la fecha de votación, el cual ha sido abordado en

³⁰ En virtud de este precepto, si el elector vive en un país con el que se ha adoptado un acuerdo específico al respecto, puede depositar su voto por correspondencia en las oficinas de Correos de dicho país con carácter gratuito; por el contrario, en los demás países, el elector debe satisfacer los gastos de franqueo y certificado que correspondan, pudiendo solicitar el reintegro de los mismos mediante un impreso (el cual ha de incluirse, en todo caso, entre la documentación remitida por la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral).

diversos acuerdos por la Junta Electoral Central, entre ellos los de fechas 21 de septiembre de 1989, 29 de abril de 1991, 2 de junio de 1994 y 10 de julio de 2003.

De conformidad con la doctrina sentada por dicho órgano, al no existir impedimento legal alguno, estos electores pueden ejercer el sufragio mediante el procedimiento ordinario previsto para el voto por correo en el artículo 72 de la LOREG, siempre que en la solicitud de la documentación se haga constar su inscripción en el CERA y señalen el domicilio en el que se encuentran en España para el envío al mismo de la documentación electoral; sin embargo, no se les permite votar personalmente en la Mesa electoral. Con el objeto de evitar la eventual duplicidad de voto (el ordinario y el remitido desde el extranjero), ha de considerarse válido el primero y nulo el segundo.

c) El ejercicio del voto por los españoles temporalmente ausentes

Tras su reforma por la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, el artículo 74 de la LOREG alude a la situación de los ciudadanos que se encuentran temporalmente en el extranjero entre la convocatoria de un proceso electoral y su celebración, permitiéndoles el ejercicio del voto por correspondencia, con las especialidades reguladas por el Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central.

Con fundamento en esta habilitación, se dictó el Real Decreto 1621/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero. Mediante dicho reglamento se pretende facilitar la participación de estos electores, quienes, como recuerda el preámbulo de la norma, no pueden votar en las Mesas el día de las elecciones (al no hallarse en territorio nacional), ni a través del voto por correo ordinario (porque los trámites para acogerse a esta modalidad deben ser realizados por el propio elector en las oficinas de Correos de España), ni, por último, al amparo del régimen de los residentes ausentes (en la medida en que, por no residir habitualmente en el exterior, carecen de acceso al CERA).

Por lo tanto, el procedimiento diseñado en el real decreto de referencia permite participar en cualquier proceso electoral, desde el extranjero y sin que ello suponga su baja en el Censo de españoles residentes en España (CER), a los ciudadanos que se encuentren temporalmente en el exterior y que prevean permanecer en esta situación hasta el día de la votación. Para ello, deben figurar inscritos como no residentes en el Registro de Matrícula Consular, lo que supone una excepción al carácter facultativo de la inscripción de los españoles que se hallen en el extranjero con carácter temporal. Cumplido este requisito, el elector puede pedir la documentación necesaria para ejercer su derecho de sufragio desde el exterior, lo que ha de hacer personalmente en la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de Embajada en la que figure inscrito como no residente; tal solicitud es remitida inmediatamente a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral que corresponda, la cual envía al elector dicha documentación al domicilio en el extranjero indicado en la solicitud.

d) La regulación del derecho de sufragio en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior

Para concluir el estudio de la regulación del derecho de sufragio de los residentes en el extranjero en el Derecho español, es necesario hacer un breve comentario acerca de las previsiones contenidas al respecto en el artículo 4 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, previsiones con las que se inicia el capítulo dedicado a los derechos de participación de los emigrantes (Capítulo I del Título I).

El indicado precepto parte del reconocimiento del derecho de los españoles que residen en el extranjero *“a ser electores y elegibles, en todos y cada uno de los comicios, en las mismas condiciones que la ciudadanía residente en el Estado español, en los términos previstos en la normativa de aplicación”* (apartado 1), al tiempo que encomienda a los poderes públicos el fomento de *“los tratados internacionales oportunos para que los residentes españoles en el exterior vean reconocido el derecho a ser elector y elegible en*

las elecciones municipales de su lugar de residencia, bajo los criterios de reciprocidad que se establezcan en dichos tratados o en la ley” (apartado 2).

En cuanto hace a la participación de estos electores en los comicios celebrados en España, el artículo comentado pretende establecer las bases para mejorar el sistema vigente en relación con los dos pilares en los que éste se apoya:

- la inscripción en el CERA, por cuya actualización permanente ha de velar la Administración General del Estado, potenciando los medios disponibles en los Consulados para atender las funciones que les asigna la normativa electoral como colaboradores de la Oficina del Censo Electoral (apartado 4); y
- los procedimientos electorales, respecto de los cuales han de promoverse las medidas legales tendentes a su homogeneización, de manera que se habiliten *“los medios materiales, técnicos y humanos precisos que posibiliten la votación en urna o a través de otro medio técnico que garantice el secreto del voto y la identidad del votante, en elecciones generales, europeas y autonómicas, en las demarcaciones consulares, teniendo en cuenta las características de los países de residencia y el número y distribución de españoles residentes en el país de que se trate”* (apartado 5).

2. Derecho comparado

Lo primero que revela la exposición del Derecho comparado es que el ejercicio del sufragio por los nacionales que viven en el exterior no es una característica común a todos los sistemas electorales. Aun así, puede decirse, en líneas generales, que el voto de los nacionales residentes en el extranjero se ha generalizado en las últimas décadas, especialmente en los ordenamientos de aquellos países que han sido o son fuente de emigración. De ahí, por ejemplo, que sea una cuestión objeto de regulación, casi siempre reciente, en muchos países de Sudamérica, aunque hay Estados, como Chile o Uruguay, que todavía no han articulado un mecanismo de voto en el exterior.

Para llevar a cabo este estudio de Derecho comparado -en el que no cabe sino renunciar de antemano a la exhaustividad-, se expondrán inicialmente las características de la regulación en diversos países europeos y americanos (Francia, Italia, Portugal, Países Bajos, Suecia, Finlandia, Estados Unidos, Canadá y Colombia) que sí admiten el voto en el extranjero. La selección de estos países obedece no solamente a la proximidad de sus tradiciones jurídicas con la española sino sobre todo a la disparidad de sus regulaciones del sufragio de los nacionales residentes en el extranjero, de modo que esta exposición abarque los diferentes modelos por los que se ha optado en el Derecho comparado. Para dar una visión general de la regulación vigente en dichos Estados, se tomarán en consideración los parámetros relativos al tipo de elecciones en relación con las cuales es posible el voto, a la circunscripción electoral en la que se computan los sufragios emitidos por los residentes en el exterior y a las modalidades de votación. Este apartado concluye con una síntesis comparativa de los regímenes expuestos con el fin de destacar las similitudes y diferencias entre las regulaciones estudiadas.

2.1. Algunos ejemplos concretos

Francia

Los franceses residentes en el exterior pueden participar en las elecciones presidenciales, así como en la elección de los consejeros de la Asamblea de Franceses en el extranjero. El examen del modelo francés debe completarse con un breve comentario acerca de la representación de estos ciudadanos en el órgano parlamentario.

i) Desde 1976 se permite a los franceses que viven en el extranjero votar tanto en las elecciones presidenciales como cuando se organiza algún referéndum. En concreto, este derecho está regulado en la Ley Orgánica nº 76-97, de 31 de enero de 1976, relativa a las listas electorales consulares y al voto de los franceses establecidos fuera de Francia en la elección del Presidente de la República, modificada recientemente por la Ley Orgánica nº 2005-821, de 20 de julio de 2005.

ii) La Asamblea de Franceses en el extranjero³¹, que sucedió en 2004 al Consejo Superior de Franceses en el extranjero, tiene por finalidad permitir a estos ciudadanos participar en la vida política de su país, de modo que los consejeros de este órgano les representan ante las instancias oficiales y defienden sus intereses. Con este propósito, la Asamblea puede, por iniciativa propia o previa consulta del Gobierno, emitir dictamen acerca de cualquier materia concerniente a la presencia francesa en el exterior. En cuanto a su composición, a partir de 2009 será la siguiente:

- el Ministro de Asuntos Exteriores, que preside la Asamblea;
- doce miembros designados por éste, por razón de su competencia en las cuestiones que afectan a los intereses generales de Francia en el extranjero;
- ciento cincuenta y cinco miembros elegidos por sufragio universal directo por los franceses inscritos en las listas electorales consulares; aunque estos consejeros son elegidos por un período de seis años, se renuevan por mitad cada tres, distinguiéndose a estos efectos dos zonas (la A, que comprende las circunscripciones electorales de América y África, y la B, que incluye las de Europa, Asia y Oceanía); y
- doce Senadores representantes de los franceses establecidos fuera de Francia, como miembros de derecho.

iii) De acuerdo con lo previsto en el último párrafo del artículo 24 de la Constitución de 1958, en su redacción originaria, *“los franceses establecidos fuera de Francia estarán representados en el Senado”*. Esta representación se articula a través de los doce Senadores señalados, que son elegidos por sufragio indirecto, pues su designación corresponde a un colegio electoral integrado por los ciento cincuenta y

³¹ Este órgano está regulado por la Ley nº 82-471, de 7 de junio de 1982, que ha sido modificada, entre otras, por la Ley nº 2004-805, de 9 de agosto de 2004, la cual cambió su denominación y composición, y la Ley nº 2005-822, de 20 de julio de 2005, cuya incidencia en el procedimiento electoral fue notable.

cinco consejeros electos de la Asamblea de Franceses en el extranjero³².

Tras la modificación del precepto citado por la Ley Constitucional nº 2008-724, de 23 de julio de 2008, de modernización de las instituciones de la Quinta República, se ha dispuesto que tales ciudadanos estén igualmente representados en la Asamblea Nacional. A raíz de esta reforma, se ha presentado en el Senado el día 24 de julio de este año una proposición de ley orgánica relativa a la elección de los diputados de los franceses establecidos fuera de Francia, la cual fija en doce el número de estos miembros de la Asamblea Nacional y se remite a las disposiciones especiales para la elección de diputados del Código Electoral.

Centrando el examen del modelo francés de voto en el exterior en los aspectos procedimentales, cabe destacar que, con ocasión de las reformas legislativas operadas en 2005, se produjo la fusión de los dos sistemas de listas existentes hasta ese momento: el de las elecciones de los consejeros de la Asamblea de Franceses en el extranjero y el de las elecciones presidenciales. La inscripción en las listas electorales resultantes (denominadas consulares) constituye un presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de sufragio activo³³; en virtud del artículo 4 de la Ley Orgánica nº 76-97, de 31 de enero de 1976, se inscriben en las listas electorales consulares los franceses que, residiendo en la circunscripción electoral correspondiente, lo soliciten, así como los ciudadanos inscritos en el registro de franceses establecidos fuera de Francia, salvo oposición por su parte.

Para el ejercicio del derecho de sufragio, se encomienda a embajadas y consulados la organización de las elecciones tanto presidenciales como de

³² En esta materia debe tenerse en cuenta la Ley nº 83-390, de 18 de mayo de 1983, relativa a la elección de los senadores representantes de los franceses establecidos fuera de Francia.

³³ En este sentido, el artículo 2 de la Ley Orgánica nº 76-97, de 31 de enero de 1976, dispone que *“nul ne peut voter à l'étranger s'il n'est inscrit sur une liste électorale consulaire”*.

los miembros de la Asamblea de Franceses en el extranjero³⁴. Ahora bien, cada una de estas elecciones cuenta con un sistema alternativo al presencial para el ejercicio del derecho al voto: en el caso de la elección del Presidente de la República, el elector inscrito en una lista electoral consular, a petición propia, puede ejercer tal derecho por poderes cuando acredite la imposibilidad de acudir a la oficina pertinente el día del escrutinio; en el supuesto de las elecciones a la Asamblea, el elector puede optar por el voto por correspondencia, modalidad excepcional en el sistema francés, que sólo lo permite en estos comicios.

Italia

Con base en el artículo 48 de la Constitución italiana de 1947, que atribuye la condición de electores a todos los ciudadanos mayores de edad, el texto único electoral de 1957 descartó que la residencia en el extranjero influyese en la capacidad electoral, estableciendo un procedimiento de votación en la mesa del municipio en cuya lista electoral está inscrito el ausente con el beneficio del reintegro de los gastos ocasionados por el desplazamiento, si bien solamente desde la frontera italiana.

Esta modalidad de voto fue objeto de reiteradas críticas doctrinales, al considerarse que no aseguraba la participación política efectiva de los ciudadanos establecidos en el exterior, cuyo número no es precisamente pequeño, pues sobre esta cuestión, y con motivo de las deliberaciones previas a una reforma constitucional, se han manejado cifras que lo sitúan en los cinco millones de personas.

Con las Leyes Constitucionales números 1/2000, de 17 de enero, y 1/2001, de 23 de enero, han sido modificados los artículos 48, 56 y 57 de la Constitución al efecto de instituir una circunscripción “exterior” para el ejercicio del derecho de voto de los italianos residentes en el extranjero:

³⁴ Así está previsto en los artículos 12 de la Ley Orgánica nº 76-97, de 31 de enero de 1976, y 5 ter de la Ley nº 82-471, de 7 de junio de 1982.

- La ley establecerá los requisitos y modalidades para el ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos residentes en el extranjero y asegurará su efectividad. Con este fin se instituye una circunscripción exterior para las elecciones a las Cámaras, a la que le serán asignados los escaños en el número establecido por la norma constitucional y de acuerdo con los criterios establecidos por la ley (artículo 48).

- Doce de los 630 miembros de la Cámara de Diputados se elegirán en esa circunscripción; y, de los 315 senadores electivos, 6 se elegirán por los residentes en el extranjero (artículos 56 y 57).

La disposición que desarrolla las anteriores previsiones constitucionales es la Ley 459/2001, de 17 de diciembre, por la cual se establecen las normas para el ejercicio del derecho de voto por los ciudadanos italianos residentes en el exterior. Esta norma se circunscribe a las elecciones legislativas y al referéndum (artículo 1.1), y establece un sistema de voto por correo (artículo 1.2), si bien se otorga al interesado el derecho de optar por votar en Italia, de modo que, para hacer efectiva esta opción, debe comunicar su intención por escrito a la misión diplomática u oficina consular que le corresponda por razón de su lugar de residencia, antes del 31 de diciembre del año anterior al previsto para las elecciones (artículos 1.3 y 4).

Por lo demás, el artículo 6 de la ley citada distingue en la circunscripción exterior cuatro áreas: a) Europa, incluidos los territorios asiáticos de la Federación Rusa y Turquía; b) América del Sur; c) América del Norte y Central; y d) África, Asia, Oceanía y la Antártida; en cada una de las subdivisiones anteriores se eligen un diputado y un senador, mientras que los demás escaños se distribuyen entre las mismas en proporción al número de ciudadanos italianos que viven allí, de acuerdo con la lista de ciudadanos italianos en el extranjero. Entre otras cuestiones, también se regulan en la Ley 459/2001 la presentación de listas (artículo 8) y las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad (artículos 9 y 10).

Portugal

El artículo 14 de la Constitución portuguesa, referido a los portugueses en el extranjero, señala lo siguiente:

“Os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país”.

El voto de los residentes en el exterior opera desde 1974 y requiere la inscripción en el censo correspondiente de las embajadas y consulados portugueses. Este régimen se aplica a las elecciones parlamentarias y a las presidenciales, instrumentándose a través del voto por correo.

En las elecciones parlamentarias, reguladas por Ley 14/1979, de 16 de mayo (Ley Electoral de la Asamblea de la República), se establecen dos circunscripciones exteriores: la de los que residen en países europeos y la que comprende a los residentes en cualquier otro país. Si el número de electores es superior a 55.000, a cada circunscripción corresponde la elección de dos diputados de la Asamblea de la República, en tanto que, si es inferior a dicho número, sólo le corresponde uno.

Respecto de las elecciones presidenciales, en las que existe una sola circunscripción, el Decreto Ley 319-A/76, de 3 de mayo, por el que se aprueba la Ley Electoral del Presidente de la República, establece un límite máximo de “ausencia”, que es de 15 años para los ciudadanos portugueses residentes en otros Estados de la Unión Europea o en países de lengua oficial portuguesa, y de 10 años para los ciudadanos portugueses residentes en otros países, que únicamente no entrará en juego en los supuestos en que se hubiese permanecido al menos treinta días en Portugal en los últimos cinco años y prueben conocer dicha lengua. Además, ha de tenerse en cuenta que en este supuesto los votos emitidos se suman al cómputo general.

Por Decreto Ley 95-C/76, de 30 de enero, se articula la organización del proceso electoral en el extranjero. Entre otras previsiones, se contempla la realización de campañas electorales en el extranjero, si bien limitándolas a la distribución de materiales impresos por vía postal.

Países Bajos

El artículo 54.1 de la Constitución holandesa dispone que los miembros de la Cámara baja (*Tweede Kamer*) de los Estados Generales son elegidos directamente por los nacionales neerlandeses, sin perjuicio de la exclusión que pueda establecerse por medio de Ley del Parlamento con base en la falta de residencia en los Países Bajos. Por consiguiente, el texto constitucional no impone la residencia en el territorio nacional como presupuesto del sufragio en los comicios parlamentarios (aunque sí en los provinciales y municipales, de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 130), si bien habilita al legislador para atribuir dicha consideración al hecho residencial.

A pesar de que durante algún tiempo la Ley Electoral hizo uso de esta habilitación para negar el derecho de voto a los ciudadanos establecidos en el exterior, el vigente artículo B 1 de la norma indicada permite a éstos tomar parte en las elecciones legislativas, salvo en el caso de los neerlandeses que vivan en las Antillas Holandesas o en Aruba, cuya participación en tales comicios exige que hayan residido en los Países Bajos durante, al menos, diez años, o que sean empleados públicos allí destinados o familiares de éstos.

Por último, los electores ausentes pueden ejercer su derecho de sufragio, previa solicitud de inscripción en el registro correspondiente dirigida al gobierno municipal de La Haya, en una Mesa electoral de esta localidad, por procurador o por correspondencia, y las papeletas se escrutan y contabilizan en el distrito de La Haya.

Suecia y Finlandia

Las coincidencias en la regulación del derecho de sufragio de los emigrantes en los ordenamientos sueco y finlandés permiten abordar la exposición de ambos en un mismo epígrafe.

Por lo que se refiere al primero de estos países, el Instrumento de Gobierno (uno de los cuatro documentos que conforman la Constitución sueca) establece que el derecho de voto en las elecciones para el Parlamento o *Riksdag* está abierto a todo ciudadano sueco que tenga su domicilio en Suecia o que lo haya tenido alguna vez (artículo 2 del Capítulo 3, dedicado al órgano legislativo), lo que supone, por lo tanto, la negación de la capacidad jurídica electoral de quienes hubieran residido ininterrumpidamente fuera del territorio nacional. En las elecciones legislativas, para las que el territorio se divide en circunscripciones, las modalidades de votación entre las que pueden optar los residentes en el extranjero, conforme a la Ley Electoral de 2005, son dos: el voto por correspondencia y el voto presencial en aquellas representaciones diplomáticas o consulares en que así se determine por la autoridad electoral, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores; las papeletas recibidas en las representaciones en el exterior son dirigidas a la autoridad electoral, que las clasifica y reenvía al comité electoral competente para su escrutinio.

El derecho de sufragio en las elecciones municipales suecas está regulado en la Ley de Gobierno Local, que entró en vigor el 1 de enero de 1992 y configura el domicilio en el municipio de que se trate como un requisito para ostentar la titularidad de dicho derecho, al que ha de unirse la ciudadanía sueca, islandesa, noruega o europea, o la de cualquier otro país si el interesado ha residido tres años consecutivos en Suecia.

Las semejanzas entre el modelo descrito y el finés son numerosas. La Constitución sancionada en Helsinki el 11 de junio de 1999 reconoce en su artículo 14 el derecho de todo finlandés a votar en las elecciones nacionales (tanto las parlamentarias como las presidenciales), mientras que extiende este derecho a todo extranjero con residencia permanente en Finlandia en las

elecciones municipales. Del desarrollo legal de este reconocimiento interesa destacar las siguientes previsiones:

- La Ley Electoral de 1998, que contempla un total de quince circunscripciones territoriales, establece la posibilidad de votar en las embajadas y sus oficinas en la forma establecida en un decreto gubernamental, si bien el recuento de votos no se acomete en el exterior.

- La Ley de Gobierno Local de 1995 regula el sufragio en el artículo 26, atribuyéndolo a los ciudadanos de Finlandia u otro Estado de la Unión Europea, Islandia o Noruega, que estén domiciliados en el municipio concernido, así como a otros extranjeros que hayan residido en territorio finlandés durante dos años.

Estados Unidos

El procedimiento electoral ha sido considerado tradicionalmente como una materia propia de la competencia de los Estados federados. Por este motivo, los primeros esfuerzos de la Federación encaminados a facilitar el sufragio en el exterior se demoraron hasta la Segunda Guerra Mundial, cuando fueron aprobadas dos leyes que recomendaban a los Estados que permitieran al personal militar votar en período de guerra. Esta preocupación por la participación política de los militares que no podían votar en persona a causa del servicio que prestaban, se plasmó en 1955 en una norma más completa -la Ley federal de asistencia electoral (*Federal Voting Assistance Act*)-, pero no fue hasta 1975 cuando tal preocupación se extendió a todos los ciudadanos residentes fuera del país, a los que estaba dirigida la Ley de derechos electorales de los ciudadanos en el exterior (*Overseas Citizens Voting Rights Act*).

Las dos disposiciones federales citadas han sido sustituidas por la Ley de sufragio de los ciudadanos ausentes uniformados y en el exterior (*Uniformed and Overseas Citizens Absentee Voting Act*), adoptada en 1986 y aún vigente. Esta norma, que dota a un comisionado presidencial de importantes facultades para garantizar su aplicación, obliga a los Estados a

hacer posible la participación en las elecciones a cargos federales (esto es, los de Presidente, Vicepresidente, Senador y Representante) de los estadounidenses incluidos en su ámbito de aplicación, a saber:

- los miembros de los servicios uniformados de los Estados Unidos y de la marina mercante, así como sus familiares; y
- los ciudadanos que residen en el extranjero.

En el primer caso el Estado obligado a aceptar la utilización del procedimiento establecido en la Ley de 1986 es el de residencia, mientras que en el segundo es el del último lugar en el que el interesado estuvo domiciliado antes de abandonar los Estados Unidos.

El procedimiento ordinario se inicia con la solicitud formulada por escrito por alguno de los ciudadanos incluidos en el ámbito de la norma con arreglo a un formulario disponible en embajadas, consulados e instalaciones militares en el exterior; al recibir dicha solicitud, la autoridad electoral local ha de verificar que el peticionario pueda votar en esa jurisdicción, verificado lo cual le envía la papeleta que habrá de ser rellena para el ejercicio del derecho de sufragio. Asimismo, la ley de 1986 contempla un procedimiento de emergencia para el supuesto de que el elector haya deducido su solicitud en plazo, pero no haya recibido la papeleta a tiempo de votar y reenviarla para su cómputo.

Por último, conviene señalar que, aun cuando la disposición examinada no resulta aplicable a los comicios estatales y locales, algunos de los Estados federados permiten a los ciudadanos ausentes votar en tales elecciones.

Canadá

La evolución del voto canadiense en el extranjero presenta numerosas similitudes con el caso de los Estados Unidos. Así, al igual que en este país, el reconocimiento en Canadá de la posibilidad de ejercer en el exterior el derecho de sufragio por correo estuvo restringido durante mucho tiempo al personal militar. En efecto, las primeras normas sobre la materia fueron la Ley electoral

en tiempos de guerra (*War Time Elections Act*) y la Ley de Electores Militares (*Military Voters Act*), ambas aprobadas por el Parlamento canadiense en 1917. El régimen iniciado por estas normas se fue perfeccionando a partir de la Segunda Guerra Mundial, de modo que, además del voto por correspondencia, se introdujo el voto por poderes (si bien únicamente para los canadienses detenidos como prisioneros de guerra), y se extendió progresivamente el elenco de potenciales beneficiarios: primero, los cónyuges de los militares; después, los funcionarios destinados fuera de su país, así como sus familiares; y, finalmente, los civiles que trabajasen para las Fuerzas Armadas, como el personal administrativo de apoyo o los profesores de las escuelas situadas dentro de las bases militares canadienses. En este sistema el voto en el extranjero no se desvinculó de la esfera castrense para cubrir a cualquier ciudadano que residiera fuera de Canadá hasta el año 1993.

El régimen vigente contenido en la Ley electoral canadiense (*Canada Elections Act*) habilita el voto en las elecciones federales (es decir, de los miembros de la Cámara de los Comunes) de los ciudadanos que hayan permanecido fuera del país menos de cinco años consecutivos y que tengan la intención de volver a residir en Canadá³⁵. La Parte 11 de dicha norma, dedicada a las reglas especiales de voto y comprensiva de los artículos 177 a 282, regula por separado los derechos de los electores militares y de los ciudadanos residentes en el exterior.

Respecto de estos últimos, la Ley electoral³⁶ especifica que el límite temporal de cinco años para el ejercicio del sufragio activo no resulta de aplicación a los siguientes electores:

- los funcionarios de la Administración federal y provincial;
- los funcionarios destinados en organizaciones internacionales de las que Canadá sea miembro o con las que colabore;
- las personas que vivan con alguno de los anteriores; y

³⁵ Literalmente, el artículo 11 de la Ley electoral canadiense se refiere a aquella persona “*who has been absent from Canada for less than five consecutive years and who intends to return to Canada as a resident*”.

³⁶ Artículo 222.

- las personas que vivan con un miembro militar o civil de las Fuerzas Armadas canadienses.

En el examen del procedimiento de voto establecido para los ciudadanos ausentes se aprecian, de nuevo, múltiples semejanzas con el sistema estadounidense. No en vano, la participación en los comicios federales se condiciona a la previa solicitud por parte del interesado, quien debe proporcionar diversa información, como la fecha en que partió de Canadá o aquella en que tiene previsto regresar; de esta información la más relevante es la dirección en territorio canadiense, pues ésta determina el distrito electoral en el que se ejerce el voto, pudiendo ser esta dirección el último domicilio previo a salir del país o el domicilio actual del cónyuge o conviviente, un familiar o una persona bajo cuya dependencia se encuentre el petitioner. Mediante esta solicitud el ciudadano residente en el extranjero puede obtener la papeleta especial que ha de rellenar y devolver.

Colombia

Colombia fue el primer Estado sudamericano en el que se estableció el voto en el extranjero, lo que tuvo lugar por medio de la Ley 39 de 1961, reflejo de la preocupación por los flujos migratorios que, en ese momento, se dirigían fundamentalmente hacia Venezuela y los Estados Unidos. Esta ley autorizó la participación en las elecciones presidenciales de los colombianos que se encontraran en el exterior, ejerciendo lo que la Constitución entonces vigente denominaba “función constitucional del voto”.

La Constitución Política de Colombia de 1991 ha venido a consagrar en dos preceptos el ejercicio del sufragio por los ciudadanos residentes en el extranjero en las elecciones parlamentarias:

- i) El artículo 171, tras prever que *“el Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional”*, dispone en su tercer párrafo que *“los ciudadanos*

colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para el Senado de la República”.

ii) El artículo 176 establece que *“la Cámara de los Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales”*; respecto de estas últimas, añade que *“la ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de los Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior”*, circunscripción en la que pueden ser elegidos hasta un máximo de cinco representantes. Esta previsión constitucional ha sido desarrollada por la Ley 649 de 2001, que atribuye a esta circunscripción especial cinco curules o escaños, uno de los cuales ha de ser elegido por los residentes en el extranjero³⁷.

En cuanto a la modalidad de votación, está regulada en el artículo 116 del Código Electoral colombiano, aprobado por Decreto 2241 de 1986, el cual está referido a las elecciones presidenciales, si bien establece un sistema que se aplica igualmente a las elecciones de senadores y del representante del exterior. Este sistema se articula mediante la votación en las embajadas, consulados y demás locales habilitados por el Gobierno al efecto, previa inscripción de la cédula de ciudadanía o pasaporte vigente hecha ante la respectiva embajada o consulado -a más tardar- quince días antes de las elecciones. Una vez finalizado el recuento, los jurados de votación, designados por el funcionario diplomático o consular de mayor categoría entre ciudadanos colombianos residentes en el lugar, deben hacer entrega de las actas y demás documentación al funcionario competente, quien los remite inmediatamente, en sobre debidamente cerrado y sellado, al Consejo Nacional Electoral para que los resultados sean tenidos en cuenta en el escrutinio general.

³⁷ Como condición específica para el sufragio pasivo, dicha norma prevé que *“los candidatos de los colombianos residentes en el exterior que aspiren a ser elegidos a la Cámara de Representantes requieren demostrar ante las autoridades electorales colombianas una residencia mínima de cinco años continuos en el exterior y contar con un aval de un partido o movimiento político debidamente reconocido por el Consejo Nacional Electoral”*.

Argentina

El ejercicio del sufragio por parte de los argentinos residentes en el exterior se articuló mediante la Ley 24007, de creación del Registro de Electores Residentes en el exterior, sancionada el 9 de octubre de 1991, cuyo artículo 1 reconoce el derecho de estos ciudadanos a participar en las elecciones nacionales, siempre que sean electores de acuerdo con lo dispuesto en el Código Electoral Nacional y se inscriban en dicho registro. Por consiguiente, los argentinos residentes fuera de su país no están llamados a votar en las elecciones provinciales ni municipales, pero sí pueden elegir al Presidente de la República (en circunscripción única) y a los Diputados y Senadores Nacionales (en los distritos electorales constituidos por las provincias y la Ciudad de Buenos Aires).

Desde la óptica procedimental, la capacidad de obrar electoral en el exterior se condiciona a la inscripción registral, la cual es voluntaria, al igual que el ejercicio de este derecho, lo que marca una diferencia respecto de los ciudadanos residentes en territorio argentino, para quienes, salvo excepciones, el voto es también un deber, conforme al artículo 12 del Código Electoral Nacional. Dada la existencia de circunscripciones territoriales en las elecciones legislativas, quienes opten por inscribirse en el Registro de Electores Residentes en el exterior deben acreditar su último domicilio en la República Argentina para poder ser incorporados o ratificados en el Padrón Electoral del distrito correspondiente al cual se adjudican los votos emitidos; en defecto de esta prueba, se considera como último domicilio el lugar de nacimiento en dicho país o, finalmente, el último domicilio de los padres (artículo 3 de la Ley 24007). De acuerdo con el desarrollo reglamentario de esta disposición legal, aprobado por Decreto 1138/93, las elecciones se llevan a cabo en las sedes de las embajadas, consulados generales, consulados y secciones consulares, o, en caso de que la capacidad de ellas resultare insuficiente, en espacios adecuados a tal fin, de modo que los electores pueden votar únicamente en la mesa en cuya lista figuren asentados y con el documento cívico habilitante.

2.2. Síntesis comparativa

La primera tarea que exige el análisis comparativo de los diversos sistemas de voto en el exterior consiste en la determinación de los parámetros con base en los cuales los mismos deben ser confrontados para identificar las semejanzas y diferencias entre ellos y clasificarlos, en su caso, en modelos homogéneos. A tal efecto se tendrán en cuenta los tres parámetros anteriormente apuntados, a saber: el tipo de elecciones en las que los nacionales ausentes pueden ejercer su derecho de sufragio, la circunscripción en la que se computan los votos que emiten y la forma de ejercicio de dicho derecho.

Con carácter previo, conviene anotar que la atribución del voto a los ciudadanos que viven en el extranjero, allí donde ha sido admitido, se somete excepcionalmente a algún requisito adicional (más allá de la nacionalidad y la edad) para asegurar la conexión del elector con la vida política de su país. El caso paradigmático es el de Canadá, donde sólo pueden acogerse al régimen de voto en el exterior los ciudadanos que hayan permanecido fuera del país menos de cinco años consecutivos y tengan la intención de volver a residir en él. De forma parecida, pierden el derecho a elegir el Presidente de la República Portuguesa los ciudadanos que hubieran dejado de residir habitualmente en el país diez años atrás (o quince si se hubieran trasladado a otro Estado de la Unión Europea o un país de lengua oficial portuguesa), salvo que hubiesen permanecido al menos treinta días en Portugal en los últimos cinco años y prueben conocer dicha lengua.

i) Tipo de elecciones: Como regla general, los ciudadanos residentes en el extranjero no son llamados a participar en todos los comicios que se celebran en su país. En concreto, puede calificarse de excepcional (desde una perspectiva estadística) la inclusión de las elecciones locales en el grupo de las abiertas a los ciudadanos ausentes.

Por el contrario, allí donde está admitido el voto en el extranjero, éste suele permitirse en todas las elecciones a nivel nacional, aun cuando tal regla

ha contado o cuenta con excepciones. En este sentido, pueden señalarse los casos de Colombia, donde primero se reconoció el sufragio exterior en los comicios presidenciales y después en los parlamentarios, y de Francia, donde, si bien está reconocida desde 1976 la participación de los ciudadanos ausentes en la elección del Presidente de la República, dicha participación todavía no se ha hecho efectiva en las elecciones de los diputados de la Asamblea Nacional.

ii) Circunscripción electoral: Dejando al margen el supuesto de la circunscripción nacional (en el que los votos emitidos por los residentes en el exterior se suman a los del resto de sus conciudadanos, como ocurre, por ejemplo, en las elecciones presidenciales portuguesas o en las senatoriales colombianas), es posible distinguir dos modelos en atención a la unidad de conversión de los sufragios en escaños:

a) La utilización de la circunscripción ordinaria de base territorial: Pertenecen a este modelo, el más extendido, los Estados en los que el reconocimiento del sufragio exterior no altera la técnica de determinación de la circunscripción electoral, de modo que los votos de los ciudadanos ausentes se computan en un distrito o unidad territorial determinado. Así, tanto en los Estados Unidos como en Canadá el solicitante del voto en el extranjero tiene que señalar un domicilio en el país de su nacionalidad, que determinará el distrito electoral en el que se ejerce su derecho; en España o en Argentina, la inscripción en el registro correspondiente requiere la indicación de un municipio nacional a los mismos efectos. Un supuesto cercano a los anteriores, pero peculiar, es el holandés, en el que todos los votos emitidos en el exterior se contabilizan en una sola circunscripción (la de La Haya), con independencia del último domicilio del emigrante en los Países Bajos.

b) La creación de una circunscripción especial: Este modelo, del que -a pesar de ser minoritario- es posible encontrar cada vez más ejemplos, se caracteriza por reservar a los emigrantes la elección de determinados escaños. Son varios los ejemplos de este modelo que han sido mencionados, entre ellos los de Italia (donde doce diputados y seis

senadores son elegidos por los residentes en el extranjero), Colombia (donde se ha creado una circunscripción especial en la que corresponde a los colombianos en el exterior elegir un curul) o Portugal (cuya Asamblea de la República cuenta con varios diputados elegidos por los ciudadanos ausentes)³⁸. Una variante de este modelo la representa el Senado francés, en el que los doce miembros representantes de los franceses establecidos fuera de Francia son elegidos por éstos mediante sufragio indirecto.

iii) Ejercicio del derecho de sufragio: Respecto del ejercicio del derecho de sufragio, son dos las modalidades más frecuentes: el voto por correspondencia y el presencial en las embajadas y consulados.

Acuden al voto por correo los países que han optado por utilizar la circunscripción ordinaria de base territorial para el cómputo de los sufragios en el exterior, dada las dificultades que suscitarían de otro modo la organización electoral y el escrutinio, aunque esta modalidad no es exclusiva de los Estados con el modelo indicado de circunscripción, como demuestran los casos de Italia y Portugal. Dentro de este grupo se aprecian diferencias entre los países, como Estados Unidos o Canadá, en los que el ejercicio del sufragio ha de ir precedido de la correspondiente solicitud (la cual permite obtener la papeleta de voto) y aquellos, como España, donde existe un censo cuya inscripción determina, salvo para las elecciones municipales, el envío de oficio de la documentación necesaria para ejercer este derecho.

En el voto presencial la responsabilidad en la organización de los comicios se suele encomendar a las embajadas y consulados. El sufragio en el Estado de residencia se concibe como una solución factible en los supuestos

³⁸ Existen otros ejemplos recientes que ponen de relieve la extensión del sistema de circunscripción especial. Uno de ellos es Ecuador, cuya nueva Constitución de 2008 reconoce el derecho de los ecuatorianos en el exterior a tomar parte en los comicios presidenciales y legislativos (artículo 63), remitiendo a la ley la determinación del número de asambleístas de la circunscripción exterior (artículo 118). En otros casos la implantación de este modelo ha sido propuesta, hasta el momento, de forma infructuosa. Así, se ha presentado en varias ocasiones, la última de ellas el 20 de septiembre de 2008, un proyecto de reforma del artículo 53 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos destinada a añadir a las cinco circunscripciones existentes una sexta para el ejercicio de los derechos electorales por los ciudadanos mexicanos residentes en el extranjero.

de circunscripción nacional (como las elecciones presidenciales francesas) o especial (como la elección del curul colombiano en el exterior). Como excepción, el voto en mesa está previsto en la República Argentina, no solamente para las elecciones presidenciales de circunscripción única, sino también para las legislativas, en las que las provincias y la Capital Federal se configuran como distritos electorales. Por su parte, tanto Suecia como Finlandia recogen la votación en la representación diplomática o consular, a pesar de que reconducen los sufragios emitidos en el exterior a las circunscripciones territoriales, si bien esta modalidad opera en ambos casos como un depósito, pues el escrutinio de las papeletas se lleva a cabo en territorio nacional. Finalmente, conviene destacar que, cuando se establece el voto presencial, no es infrecuente prever un sistema alternativo al mismo, como el voto por correspondencia o por procuración.

3. Posibles reformas en el modelo español

A partir del estudio del régimen vigente y del Derecho comparado, y tomando como referencia las principales propuestas legislativas y doctrinales en este campo, es posible identificar varias cuestiones en las que parece necesaria una reflexión -ya sea para respaldar el sistema vigente, ya sea para sugerir su revisión-, proporcionando elementos de juicio al respecto. En particular, se parte de los tres mismos parámetros que han servido para confrontar los diferentes modelos de Derecho comparado con el fin de abordar la participación en los comicios locales de los residentes en el extranjero, la circunscripción para el cómputo de los sufragios emitidos por éstos y el modo de expresión material del voto. Tras el análisis por separado de cada una de estas materias, procede realizar unas consideraciones finales en las que se valoren conjuntamente las sugerencias hechas, ya que, dada la conexión entre los diferentes elementos del sistema, algunas de estas sugerencias favorecen la implantación de otras, en tanto que, a la inversa, determinadas propuestas pueden estar contraindicadas de prosperar otros cambios en el modelo vigente.

3.1. Los residentes en el exterior y las elecciones municipales

La posible extensión del sufragio en las elecciones locales, dentro de los márgenes constitucionales, a los extranjeros que viven en España, materia cuyo examen pertenece al capítulo anterior del Informe, pone de relieve la importancia de la residencia como presupuesto habilitante para el reconocimiento del derecho de voto en el ámbito de dichos comicios, al margen de la nacionalidad. A su vez, se hace preciso valorar si la residencia debe convertirse en un requisito exigible en tales elecciones, sin cuya concurrencia la nacionalidad española no baste para votar. En otras palabras, razones de coherencia conducen a plantearse si la primacía de la residencia sobre la nacionalidad en las elecciones locales debe operar en un doble sentido, esto es, tanto para hacer posible, en su caso, el derecho de participación política de los inmigrantes que viven en un municipio español como para negar tal derecho a los españoles que viven en el extranjero y que, por consiguiente, no residen en municipio alguno del territorio nacional.

A tales exigencias de coherencia hay que sumar, como motivo para cuestionarse el reconocimiento de la participación de los ciudadanos ausentes en las elecciones locales, la excepcionalidad del modelo español en este punto desde la perspectiva del Derecho comparado, que obliga a preguntarse las razones por las que, incluso en los países donde se admite el voto en el exterior, no se ha dado este paso.

El tratamiento de esta cuestión ha de partir de los condicionamientos constitucionales, a fin de enjuiciar si éstos imponen o no el derecho al voto de los residentes fuera de España en las elecciones locales.

Varios argumentos hacen razonable sostener la respuesta negativa. Así, a pesar de la potencialidad expansiva de la dicción literal del artículo 68.5 de la Constitución, al exigir al legislador que reconozca y al Estado que facilite el ejercicio del derecho de sufragio de los españoles que se encuentren en el extranjero, sin especificación adicional alguna, no cabe obviar la ubicación de esta previsión en el precepto referido a las elecciones al Congreso de los

Diputados. Si bien ni esta circunstancia, ni el hecho de que no prosperara en el debate constituyente la enmienda que pretendía precisamente la referencia conjunta a las elecciones a las dos Cámaras parlamentarias del derecho de sufragio de estos electores, son obstáculos para estimar admisible su extensión al Senado, en la medida en que las Cortes Generales representan al pueblo español en su conjunto (o, incluso, para sopesar si el precepto de referencia garantiza la participación de los españoles ausentes en las elecciones a las Asambleas de las Comunidades Autónomas, dada la naturaleza política de tales comicios), en cambio la extensión de la cobertura constitucional al sufragio de estos ciudadanos en las elecciones municipales es difícilmente sostenible. Por otra parte, la tesis de que el artículo 68.5 de la Constitución no impone el voto de tales electores en los comicios locales puede cimentarse en el artículo 140 del mismo texto, que prevé la elección de los concejales *“por los vecinos del municipio”*. En efecto, la lógica limitación constitucional de la elección de los concejales a los vecinos hace depender la participación de los nacionales establecidos en el exterior de la atribución a los mismos de una vecindad municipal española, atribución a la que, de ningún modo, obliga el constituyente.

De la interpretación defendida se colige que el reconocimiento del derecho de los españoles residentes en el extranjero a votar en las elecciones municipales es una decisión del legislador. Esta decisión tiene su origen en la disposición final tercera de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, ha pervivido en la LOREG y se ha visto ratificada recientemente por la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, cuyo artículo 4.1 proclama el derecho de los comprendidos en su ámbito subjetivo de aplicación a elegir y ser elegidos *“en todos y cada uno de los comicios”*, incluyendo, por tanto, los municipales.

Con el objetivo de articular esta decisión con la exigencia de la vecindad derivada del artículo 140 de la Constitución, se ha ideado un sistema que descansa sobre la premisa de que los nacionales ausentes gozan de la condición de vecinos *“a los solos efectos electorales”*.

Así resulta del artículo 17.5 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que encarga a la Administración General del Estado la confección de un Padrón de españoles residentes en el extranjero (PERE), de modo que las personas que accedan al mismo se consideren *“vecinos del municipio español que figura en los datos de su inscripción únicamente a efectos del ejercicio del derecho de sufragio, no constituyendo, en ningún caso, población del municipio”*. De ahí la importancia de la determinación del municipio de inscripción en España a efectos electorales, que, con arreglo a la remisión efectuada por el artículo 96 del Reglamento de población y demarcación de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, se realiza *“de acuerdo con los criterios contenidos en la normativa vigente para la actualización mensual del censo electoral”*. Conforme a esta remisión, es la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de abril de 1996, por la que se dictan normas técnicas para la actualización mensual del Censo electoral, la disposición reglamentaria que rige la determinación del municipio español que consta en la inscripción del emigrante tanto en el PERE como en el CERA; disposición que fija los criterios (como el del municipio de la última residencia o el de mayor arraigo para los nacidos en territorio nacional) que ha de seguir el elector, en cuyo defecto dicha determinación es asumida por la Oficina Consular con los datos de que disponga.

Examinada la organización de los diversos elementos que conforman el sistema vigente, ha llegado el momento de valorarlo con arreglo a dos criterios muy próximos entre sí:

a) La naturaleza de los municipios como corporaciones territoriales: El municipio es una entidad genuinamente corporativa, de forma que sus miembros, además de ser titulares de los intereses a los que el grupo va a servir, son quienes organizan el ente integrando la voluntad propia de éste a través de un proceso representativo. Por eso, la condición formal de miembro de la corporación o vecindad determina la población representada por el municipio.

En atención a esta naturaleza, se pone de manifiesto la artificiosidad de la construcción sobre la que se sustenta la atribución de la vecindad a los españoles residentes en el extranjero a unos efectos determinados. Como se ha visto, estos ciudadanos ni forman parte de la población del municipio en el que pueden votar (pues ésta está constituida por el conjunto de personas inscritas en el Padrón municipal), ni son vecinos del municipio a cualquier otro efecto que no sea el electoral. Por ello, su condición de miembros de la corporación no es más que parcial, pues sus intereses no integran los del grupo unido por la residencia en una misma demarcación territorial, a pesar de lo cual participan en la formación de la voluntad corporativa mediante el ejercicio del sufragio.

La artificiosidad del sistema, plasmada en la desconexión entre vecindad y residencia, puede advertirse, además, al examinar los elementos en los que se concreta:

- Primero, la operatividad del sistema exige que el ciudadano fuera de España se inscriba en el Registro de Matrícula Consular como residente, en lugar de como no residente (lo que le daría acceso al procedimiento para votar como español temporalmente ausente, pero no al CERA). La diferencia entre una y otra categoría radica en la existencia o no de un ánimo de fijar la residencia habitual en el extranjero, circunstancia que acentúa los perfiles borrosos de la distinción.
- Segundo, la inscripción como residente en el Registro de Matrícula Consular correspondiente conlleva el alta en el PERE y en el CERA y la baja en el Padrón del municipio de última residencia en España, por lo que en el mismo momento en el que el interesado, en principio, debería perder la condición de vecino de dicho municipio -por no concurrir en él el requisito del empadronamiento- entra en juego la vecindad residual para permitirle votar.
- Tercero, el sistema exige que todo español residente en el extranjero tenga un municipio de inscripción en territorio nacional hasta el punto

de que la falta de determinación del mismo por parte del interesado debe suplirse con una decisión de la Oficina Consular.

En suma, el sistema responde al hecho de que -en el marco de las circunscripciones provinciales- es necesario fijar en cuál de ellas debe computarse el sufragio emitido en el exterior. Pero una cosa es acudir a la ficción de adscribir al emigrante a un municipio español para hacer posible el escrutinio del voto que emita, por ejemplo, en las elecciones generales, y otra distinta consagrar esta ficción como mecanismo de acceso a la vecindad parcial del municipio de que se trate y correlativamente al derecho de elegir a sus concejales.

Esta situación contrasta con la de los electores residentes en territorio nacional, para quienes, siendo la condición de vecino única (artículo 55.2 del citado Reglamento de población y demarcación de las entidades locales), el cambio de residencia conlleva el alta en el Padrón del municipio de destino con la consiguiente pérdida de la vecindad del municipio de origen (artículo 70 del mismo reglamento), en el que le queda vedada cualquier opción de elegir a sus concejales.

Por último, conviene hacer una valoración de la decisión del legislador español, trayendo a colación la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 7 de julio. En ella el Tribunal Constitucional se opuso a que el legislador pudiera “acuñar o troquelar nacionalidades ad hoc con la finalidad de eludir la vigencia de la limitación contenida en el artículo 13.2 de la Constitución”, otorgando a los ciudadanos de la Unión Europea, a efectos del derecho de sufragio municipal, la consideración de nacionales españoles³⁹. La traslación de este razonamiento a la materia examinada deja muchas dudas acerca de la decisión del legislador de

³⁹ El Tribunal Constitucional señala que el legislador de la nacionalidad debe “definir quiénes son españoles, es decir, quiénes tienen, potencialmente, capacidad para ser titulares de cualesquiera situaciones jurídicas en el ordenamiento y sobre ello no le da la Constitución pauta material alguna. Pero no puede, sin incurrir en inconstitucionalidad, fragmentar, parcelar o manipular esa condición, reconociéndola solamente a determinados efectos con el único objeto de conceder a quienes no son nacionales un derecho fundamental, que, como es el caso del sufragio pasivo, les está expresamente vedado por el artículo 13.2 de la Constitución” (DTC 1/1992, de 7 de julio, FJ 5).

parcelar la condición de vecino de un municipio al objeto de conceder a quienes no conforman la población del mismo el derecho de sufragio en los comicios locales.

b) El carácter de las elecciones municipales: En conexión con la naturaleza corporativa del municipio, las elecciones locales se sitúan en un nivel distinto del resto de los comicios, a los que puede atribuirse un carácter político.

Es en este nivel específico de las elecciones locales donde podría justificarse la preeminencia de la residencia sobre la nacionalidad, pues los establecidos en el término municipal son quienes han de hacer oír su voz, manifestar su opciones e influir, en suma, en la toma de decisiones que les incumben y afectan en el círculo más próximo. Si para defender la participación del inmigrante en este nivel se invoca su condición de destinatario de las decisiones adoptadas por las instituciones representativas locales, la falta de competencias de éstas con una incidencia en la vida del emigrante no puede ignorarse a la hora de configurar la titularidad del derecho de sufragio municipal.

En este sentido, la participación de los residentes en el extranjero en los comicios municipales no puede considerarse una exigencia democrática, según la Comisión de Venecia, que estima compatible con la universalidad del sufragio la imposición de un requisito de residencia a los nacionales exclusivamente en las elecciones locales o regionales⁴⁰.

En contraste, en el segundo nivel, esto es, el de las elecciones políticas, el elector es un instrumento a través del que se pone de manifiesto la voluntad soberana de la nación, lo que explica el nexo existente entre nacionalidad y derecho de sufragio político. Así pues, quienes ostentan la condición de españoles integran el pueblo al que se atribuye la soberanía nacional, y en su virtud tienen que participar en la

⁴⁰ Código de buenas prácticas en materia electoral, adoptada por la Comisión de Venecia en su quincuagésimo segunda sesión (18 y 19 de octubre de 2002).

formación de la voluntad colectiva. Por ello, y dado que la residencia fuera del territorio nacional no priva al ciudadano de su condición de tal, los establecidos en el extranjero siguen formando parte de la nación, lo que les convierte en cotitulares de la decisión política. A ello hay que añadir que el abandono del territorio nacional, aunque puede dificultar el ejercicio de determinados derechos y la sujeción a ciertos deberes, no quiebra los indudables lazos que unen al ausente con el Estado en el que se integra como ciudadano, ni le priva de ser destinatario de muchas de las decisiones que éste adopta. Así, debe tenerse en cuenta, no solamente que algunas medidas tomadas en el nivel político tienen como beneficiarios específicamente a los emigrantes, como las previstas en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, cuyo Título III prevé la creación de mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos a estos ciudadanos, sino también que en el ámbito del Derecho internacional privado son mayoritarios los sistemas -como el español- en los que la nacionalidad determina la ley personal de las personas físicas (artículo 9.1 del Código Civil), aplicable a muchas de sus relaciones privadas.

Por lo demás, la distinción expuesta entre estos dos ámbitos del ejercicio del derecho de sufragio (municipal y político) puede engarzarse con la postura mantenida por el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/1992 citada. En ella, al descartar que el reconocimiento del sufragio municipal a extranjeros afectase a la proclamación del artículo 1.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional apunta que los órganos representativos locales no ejercen potestades “ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía”.

Incluso el legislador no es ajeno completamente a esta distinción. Es cierto que no la acoge, pues reconoce a los residentes en el extranjero la titularidad del derecho de sufragio municipal, pero también lo es que, al regular su modo de ejercicio, no ofrece las mismas facilidades que para el resto de comicios, pues en las elecciones locales la remisión de la

documentación electoral tiene lugar a petición del interesado y no de oficio, y no existe la posibilidad de depósito consular (como alternativa al voto por correspondencia) que sí está previsto para las elecciones a las Cortes Generales, Parlamento Europeo y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. En la misma línea, el artículo 4.5 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, aspira a la homogeneización del procedimiento de votación de sus destinatarios en todos los procesos electorales, salvo en el local. Estas diferencias procedimentales no pueden ser explicadas sino con base en los argumentos esgrimidos en pro de la distinción entre los niveles municipal y político.

En resumen, la decisión del legislador de permitir la participación de los nacionales ausentes en las elecciones locales resulta, cuando menos, discutible, en atención a la naturaleza de los municipios como corporaciones territoriales y al carácter de estos comicios, lo que justificaría un debate sosegado sobre la posibilidad de revertir esta decisión.

Un cambio legislativo en este punto sería, además de plenamente conforme con el principio democrático, coherente con las medidas tendentes a favorecer el sufragio de los inmigrantes en las elecciones municipales. Asimismo, equipararía el modelo español al -prácticamente unánime- de Derecho comparado.

Ahora bien, no se le ocultan al Consejo de Estado las dificultades anudadas al cambio de la situación vigente, pues no tiene la misma trascendencia la renuncia a reconocer el derecho de sufragio de los emigrantes en las elecciones locales (como ha sucedido en otros países) que la puesta en marcha de una reforma legal para derogar este derecho ya reconocido. Tales dificultades, aunque no coartan el margen de actuación del legislador ni pueden limitar el debate, aconsejan formular soluciones alternativas a la mera negación del voto exterior en el ámbito local. Como tales, pueden sugerirse las siguientes:

1/ La exigencia al residente en el exterior de una vinculación efectiva con el municipio español de inscripción, plasmada en que no haya transcurrido un período de tiempo determinado desde que lo abandonó: Esta solución, que excluiría de raíz del derecho de sufragio municipal a los españoles nacidos fuera del territorio nacional que no hubieran residido nunca en él, se basa en el razonamiento de que, a medida que aumenta el período de residencia habitual del ausente en el país de acogida, disminuye progresivamente el vínculo de unión con el municipio en el que vivía en España antes de establecerse en el exterior, hasta desaparecer dicho vínculo una vez transcurrido el plazo que se fije. A este respecto, podría tomarse en consideración el plazo de residencia que se exija a los extranjeros, dentro de la reciprocidad, para acceder al sufragio en las elecciones municipales, de modo que el período necesario para el nacimiento del vínculo efectivo entre el inmigrante y el municipio español de acogida sea equivalente al de pérdida de tal vínculo entre el emigrante y la corporación local de origen.

2/ La pérdida del derecho de sufragio por aquellos españoles que puedan votar en el municipio extranjero de residencia: Como se dijo en el capítulo anterior de este Informe, el hecho de que una misma persona pueda votar en las elecciones locales de los países de origen y residencia no representa, en puridad, un caso de doble voto, puesto que no se trata de los mismos comicios. Pero ello no significa que no pueda construirse una solución a la cuestión estudiada a partir de este supuesto. Tal solución consistiría en configurar el sufragio local como único, de forma que la adquisición por el residente en el exterior del derecho a participar en las elecciones locales en el país de acogida suponga la consiguiente pérdida de este derecho en el municipio español de origen.

Estas dos soluciones propuestas podrían, igualmente, ser adoptadas de forma conjunta, de modo que el ciudadano ausente se viera privado del derecho de sufragio en las elecciones locales celebradas en España al transcurrir ciertos años desde que abandonó el territorio nacional, o al ver reconocida su participación electoral en el lugar de residencia, lo que antes sucediera.

En todo caso, no puede dejar de señalarse que tales soluciones participan de algunos de los problemas que se han achacado al modelo vigente, especialmente si se considera que cualquiera de ellas tendría que fundarse en la atribución al elector ausente de la vecindad residual (y precaria, en cuanto susceptible de desaparecer) en un municipio español en el que no reside. Pero, al menos, la adopción de medidas en el sentido apuntado reforzaría la diferenciación de los niveles de las elecciones locales y políticas, tal vez como primer paso hacia una distinción más nítida.

Finalmente, desde un punto de vista meramente terminológico, la utilización en la LOREG de la expresión “residentes ausentes”, aunque cuenta ya con cierta tradición, al haber dado nombre al censo en el que éstos se inscriben, resulta confusa, por lo que debería sopesarse la posibilidad de reemplazar dicha expresión, bien por alguna que refleje la residencia fuera de España (como “residentes en el exterior”), bien por otra que ponga el acento en el abandono del territorio nacional (como “ciudadanos ausentes”), pero sin juntar ambas ideas en una misma locución.

3.2. La circunscripción de cómputo de los votos en el exterior

La legislación española resuelve el tema del cómputo de los votos en el exterior, como es habitual en los países con circunscripciones territoriales, mediante la ficción de adscribir formalmente a los ciudadanos ausentes a algún municipio español. De esta forma, a cada residente en el extranjero le corresponde un voto que ha de ser escrutado en el lugar correspondiente al municipio y provincia españoles de inscripción a efectos electorales.

Frente a este sistema, se ha visto cómo cada vez existen más ejemplos en el Derecho comparado de creación de una circunscripción especial para los nacionales ausentes. Al mismo tiempo, surgen en España las primeras iniciativas políticas que propugnan para las elecciones generales la introducción de una circunscripción en el exterior (en la que se convertirían en escaños los votos emitidos por los ciudadanos inscritos en el CERA), la cual se

sume a las circunscripciones provinciales (en las que el cómputo de sufragios se limitaría a los emitidos por los electores residentes en España).

Por tales motivos, procede examinar las ventajas que el establecimiento de una circunscripción exterior en las elecciones a las Cortes Generales supondría respecto del modelo vigente, y si podría tener encaje esta medida en el diseño constitucional del régimen electoral. Por último, se trazará un mecanismo distinto pero encaminado igualmente a procurar la unificación de la voz parlamentaria de los ciudadanos ausentes.

i) Los argumentos que han convertido la reforma examinada en un modelo acogido en varios regímenes de Derecho comparado atienden sobre todo a la conexión entre los emigrantes y los representantes elegidos en la circunscripción especial. Se parte de las escasas opciones que tienen estos electores de hacer valer sus intereses específicos, derivados de la ausencia física del Estado del que son ciudadanos y de la lejanía de las autoridades del mismo, al diluirse sus sufragios en diferentes circunscripciones territoriales a las que no están vinculados por la residencia. En tales circunstancias, la creación de una circunscripción exterior con la consiguiente reserva de la elección de determinado número de miembros del órgano parlamentario a favor de los ciudadanos ausentes, es concebida como un medio idóneo para favorecer la implicación de éstos en la vida política de su país, al darles más peso en la toma de decisiones. Se trataría, pues, de una reforma encaminada a la organización conjunta de la emigración, que contaría con un número de escaños reservados. Como consecuencia de ello, la adscripción ficticia de cada ausente a una circunscripción territorial, origen de múltiples distorsiones, dejaría de ser precisa para el cómputo de los votos emitidos en el extranjero.

Por otro lado, aun tratándose de una cuestión que será analizada más adelante, conviene apuntar ahora que la circunscripción especial permite salvar los principales escollos para la implantación de un procedimiento de voto en urna en el exterior.

Con base en las circunstancias expuestas, el modelo de circunscripción exterior merece una valoración general positiva.

ii) A la hora de estudiar la constitucionalidad de una eventual reforma legal dirigida al establecimiento de una circunscripción exterior, es preciso partir de la extensa constitucionalización del régimen electoral español, que afecta a sus elementos fundamentales.

En concreto, por lo que se refiere, en primer lugar, a las elecciones de Diputados, el artículo 68.2 de la Constitución consagra la provincia como circunscripción electoral en las elecciones de Diputados, lo que supone la utilización de estas entidades locales preexistentes al debate constituyente como unidades plurinominales de asignación de escaños. Ello hace difícil sostener la posibilidad de computar los sufragios emitidos en estos comicios por determinados electores con base en una circunstancia personal como es la residencia en el extranjero.

De forma análoga, en cuanto hace, en segundo lugar, al Senado, el contenido del artículo 69 de la Constitución apenas deja margen para dar entrada a una circunscripción exterior. En efecto, el apartado 2 de este precepto dispone que en cada provincia han de elegirse cuatro Senadores, en tanto que los apartados 3 y 4 completan esta previsión en cuanto a las provincias insulares (en las que cada isla o agrupación de islas constituye una circunscripción) y Ceuta y Melilla (que eligen, cada una de ellas, dos senadores); por último, el apartado 5 cierra la composición de la Cámara alta encomendando a las Comunidades Autónomas la designación de un senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. Ante la delimitación constitucional de la formación del Senado, no cabe admitir la presencia en él de miembros distintos de los mencionados, como serían los elegidos exclusivamente por los ciudadanos ausentes a través de una circunscripción especial.

En suma, no es posible, sin forzar la interpretación de la Constitución más allá de límites razonables, crear una circunscripción exterior en las

elecciones generales mediante la modificación de la LOREG, de modo que esta medida, de querer acometerse, requeriría una reforma constitucional.

iii) Finalmente, resulta oportuno exponer una solución diferente que, sin traducirse en la creación de una circunscripción adicional, puede contribuir a conectar a los electores ausentes con los elegidos: el cómputo de todos los sufragios emitidos en el extranjero en las elecciones generales en una única circunscripción provincial.

Este mecanismo, cuya constitucionalidad no se cuestiona y que tiene como modelo en Derecho comparado el sistema neerlandés, beneficiaría, al igual que la circunscripción especial, la presencia parlamentaria de las preocupaciones concretas de los residentes fuera de España, al favorecer la unificación de éstos en términos electorales mediante el empleo de una sola unidad de cómputo de los votos que emiten, frente a la disolución de sus intereses que representa el recuento de los sufragios exteriores en varias circunscripciones territoriales. Asimismo, con este sistema devendría irrelevante en la elección de diputados y senadores la adscripción ficticia de cada votante ausente a un municipio español.

No obstante, una reforma normativa tendente a implantar el modelo indicado tendría efectos indirectos adversos que no pueden obviarse. Así, a la elección de los representantes en la circunscripción provincial en la que se computasen los votos de los establecidos en el extranjero concurrirían, junto con éstos, los residentes en un municipio de la provincia correspondiente, por lo que se vería distorsionada la relación entre tales representantes y sus electores, por cuanto éstos pertenecen a dos grupos dispares. Por ello, la designación de la circunscripción utilizada a tal fin no sería indiferente, de modo que, de escogerse una provincia poco poblada, los residentes en ella podrían sentirse agraviados si los candidatos primaran los mensajes dirigidos a los ciudadanos ausentes por recaer en ellos un mayor peso en la elección, en tanto que, de computarse el voto exterior en una provincia muy poblada (como Madrid, en atención a la capitalidad), se correría el riesgo de que, de nuevo, se difuminasen los intereses específicos de quienes viven fuera de España, sin

que la adopción de este sistema representara una mejora efectiva para la defensa de tales intereses.

Ante tales inconvenientes, no parece posible considerar esta medida como una alternativa practicable.

3.3. El ejercicio del sufragio por los ciudadanos ausentes

En relación con el ejercicio del derecho de sufragio por los ciudadanos ausentes, cuestión en la que se han centrado los debates parlamentarios y las iniciativas legislativas en torno al voto en el exterior, resulta oportuno referirse a los dos elementos a través de los cuales se articula dicho ejercicio: la inscripción censal como requisito indispensable del mismo y el procedimiento de votación como mecanismo mediante el que estos ciudadanos expresan su voluntad electoral, con especial mención a la posibilidad de implantar un sistema de sufragio en urna fuera de España. A continuación se realizará algún comentario acerca de la falta de previsión de campaña electoral para los españoles residentes en el extranjero.

i) La inscripción en el CERA se ha visto facilitada por la modificación introducida en la LOREG por la Ley Orgánica 3/1995. Hasta dicha reforma la inscripción pendía de que se instara por los interesados en las Oficinas Consulares en cuya demarcación vivían. No se producía hasta entonces la inscripción censal automática a partir de los datos obrantes en el Registro de Matrícula Consular, de forma que ambos registros administrativos se ignoraban mutuamente. La sustitución de este régimen por el de inscripción de oficio ha sido elogiada por la doctrina, que valora esta decisión como adecuada al mandato constitucional de facilitar el ejercicio por los españoles ausentes del derecho de sufragio (artículo 68.5), y destaca el efecto que ha tenido en aras de la coincidencia del universo real de ciudadanos establecidos en el exterior con el censo electoral de los mismos.

Por ello, si bien no parece que una reforma normativa sea demandada en este ámbito, sí se aprecia cierta preocupación acerca de la suficiencia de los

medios personales y materiales de que disponen las oficinas consulares para la tramitación y depuración de los correspondientes Registros de Matrícula, de cuya fiabilidad depende la del CERA. Esta preocupación se ha plasmado en la previsión contenida en el artículo 4.4 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, que aboga por potenciar los medios disponibles en los consulados para atender las funciones que les asigna la normativa electoral como colaboradores de la Oficina del Censo Electoral. Convendría, si no se ha hecho ya, adoptar las medidas precisas para hacer efectiva esta prescripción legislativa.

Por otra parte, algunas de las iniciativas normativas promovidas en esta materia prevén que se acometa una revisión extraordinaria y completa del CERA por la Oficina del Censo Electoral en colaboración con los consulados. Debería ponderarse la necesidad de emprender dicha tarea, para la que éste podría ser un momento propicio, si no se hubiera hecho ya, a la vista de los cambios que, en su caso, se introduzcan en el régimen de voto en el exterior.

ii) La modalidad de ejercicio del sufragio que la LOREG contempla para los residentes en el extranjero, dejando al margen, por ahora, el procedimiento alternativo de depósito consular, responde básicamente al sistema de voto por correspondencia.

La disfunciones que han sido advertidas en el régimen vigente del sufragio por correo para los ciudadanos ausentes, son, en una parte, consustanciales a este sistema, y en otra, fruto de la propia regulación contenida en la LOREG. Así, mientras que el voto por procuración, por definición, está en contradicción con los principios de personalidad y secreto del sufragio, el voto por correspondencia los deja a salvo, aunque su protección no puede ser inmediata, como en el voto por personación en la Mesa electoral, lo que hace depender en gran medida la tutela de este derecho de una participación activa del elector, aunque también de la intermediación del servicio de Correos. Además, el transcurso de un tiempo entre la emisión y la recepción del voto suscita el problema de la efectividad del mismo, que se ve

mermada cuando éste no puede computarse por causas no imputables al elector.

Sin embargo, hechas estas precisiones, no cabe olvidar que el sistema de voto por correo es el más extendido en Derecho comparado para los nacionales establecidos en el exterior, y que, mediante la regulación adecuada, pueden minimizarse las disfunciones expuestas.

Centrado el análisis en el Derecho español, tales disfunciones se concretan del siguiente modo:

a) Respecto de la personalidad del sufragio, el envío de oficio de la documentación electoral en las elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y Diputados del Parlamento Europeo se explica como una forma de favorecer la participación de estos ciudadanos y de asegurar la información sobre el proceso electoral en marcha, pero lleva consigo el riesgo de que, debido a las deficiencias del servicio de Correos de algunos países, no se satisfagan las garantías exigibles de identificación en la entrega de dicha documentación⁴¹. El Estado español tampoco puede asegurar en los comicios locales la identificación del elector que comunica su voluntad de votar por correo, al que sólo se exige que adjunte a esta comunicación fotocopia del DNI o pasaporte.

Las opciones de mejora en este campo pasan, además de por consagrar legislativamente la exigencia de que se adjunte al voto fotocopia de la documentación identificativa del elector en todos los comicios, por la

⁴¹ Por ello, en los próximos comicios generales, autonómicos y europeos va a exigirse a estos electores, conforme a la Instrucción 1/2009, de 20 de enero, de la Junta Electoral Central, que incluyan en el sobre dirigido a la Junta Electoral Provincial fotocopia del pasaporte o del DNI, expedidos por las autoridades españolas, o, en su defecto, certificación de nacionalidad expedida por el Consulado de España en el país de residencia. Dicha instrucción destaca que la falta de mención en el artículo 75 de la LOREG de la acreditación por uno u otro medio del ejercicio personal del voto por correo de los electores residentes ausentes “no puede ser entendida como exención de tal garantía en este procedimiento especial de votación, teniendo en cuenta los cánones de la interpretación sistemática y de la interpretación conforme a la Constitución”.

suscripción de acuerdos o convenios con los servicios de Correos de los países donde residen el mayor número de españoles inscritos en el CERA, para incrementar, en lo posible, las garantías.

Más allá, solamente podría generalizarse el modelo de voto rogado de las elecciones municipales a los demás comicios y exigirse que la solicitud correspondiente fuera entregada personalmente en la Oficina o Sección Consular, previa identificación del elector, tal y como ya se establece en el procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero, regulado por el Real Decreto 1621/2007, de 7 de diciembre. Ahora bien, a cambio de la garantía efectiva de la personalidad del voto, esta solución supondría un retroceso en cuanto a la agilidad que -para las elecciones generales, autonómicas y europeas- representa la remisión de oficio de la documentación electoral, y originaría inconvenientes graves a quienes tuvieran que realizar grandes desplazamientos para formular la oportuna petición en la Oficina Consular.

b) Respecto de la efectividad del sufragio, son dos los momentos en los que ésta puede verse perjudicada: en primer lugar, en el de envío de la correspondencia electoral por correo certificado por parte de las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral, que, dada la fugacidad de los plazos establecidos (en especial, cuando se ha impugnado la proclamación de candidatos), ha de efectuar la remisión de modo eficaz y rápido, a fin de evitar que el ejercicio del derecho por el destinatario se frustre; y, en segundo lugar, en el momento del escrutinio general, ya que, de nuevo por el breve plazo previsto entre la emisión del voto por correspondencia y dicho escrutinio, existe un elevado porcentaje de sufragios no computados efectivamente que se convierten en votos frustrados o fallidos, a pesar del envío del sobre de votación por el elector en tiempo y forma.

El margen de mejora del que dispone el legislador en orden a la efectividad del voto por correo en el exterior es mucho mayor que en lo tocante a la personalidad del mismo.

Por lo que se refiere al envío de la documentación electoral, se ha planteado (tanto por la doctrina como en algunas propuestas normativas) la posibilidad de que las Oficinas Consulares asuman tal labor respecto del conjunto de los electores residentes en sus demarcaciones respectivas, lo que permitiría reducir el tiempo en el que se les hace llegar dicha documentación, con la consiguiente disminución de los supuestos en los que se imposibilita la participación electoral de estos ciudadanos por la tardía recepción de la correspondencia.

En cuanto hace al escrutinio general, las legislaciones autonómicas gallega⁴² y canaria⁴³ han ampliado el plazo para llevarlo a cabo con el fin de favorecer la efectividad del voto de los ausentes. La introducción de una modificación similar en la LOREG resultaría discutible, al alargar la situación de incertidumbre que provoca la espera del escrutinio general. Tampoco parece que sea la solución adelantar la fecha límite de emisión del voto, dado que esta opción reduciría el -ya de por sí corto- plazo para el ejercicio del sufragio. Por ello, convendría adoptar una perspectiva más amplia y sopesar la posibilidad de adelantar la fecha de convocatoria de las elecciones dentro de los límites marcados por el artículo 68.6 de la Constitución, lo que, al permitir prolongar los plazos electorales fijados a partir de tal fecha, comportaría efectos beneficiosos, no sólo para la efectividad de los sufragios emitidos en el exterior, sino también en otros ámbitos ajenos a la cuestión analizada, como la tramitación de los recursos contra la proclamación de candidatos.

⁴² El artículo 37 bis de la Ley 5/1985, de 13 de agosto, de elecciones al Parlamento de Galicia, en la redacción dada al mismo por la Ley 12/2004, de 7 de diciembre, dispone en su apartado 1 que las Juntas Electorales Provinciales han de realizar el escrutinio general *“el octavo día siguiente al de la votación”*.

⁴³ El artículo 27.1 de la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de elecciones al Parlamento de Canarias, tras ser modificado por la Ley 11/2007, de 18 de abril, prevé que *“el escrutinio general, que es un acto único y tiene carácter público, se realizará el octavo día siguiente al de la votación por la Junta Electoral de Canarias y deberá concluir no más tarde del undécimo día posterior al de las elecciones”*.

El diagnóstico de la situación actual ha de completarse con una mención al modo alternativo consistente en la entrega personal por el elector en el Consulado del sobre dirigido a la Junta Electoral Provincial escrutadora. Esta posibilidad, de la que no puede hacerse uso en los comicios municipales, no ha tenido fortuna, entre otros motivos, por el adelantamiento excesivo de la fecha límite para el depósito consular (séptimo día anterior a la elección), a pesar de que tiene como ventaja la garantía de la identidad del elector, al haberse consagrado el deber de entrega personal del voto.

iii) Al margen de las posibles mejoras del sistema en vigor, se ha abierto el debate sobre la conveniencia de sustituirlo por el de voto en urna. A ello han contribuido varias propuestas legislativas presentadas en tal sentido, además del propio tenor del artículo 4.5 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior. Ahora bien, de este precepto se puede inferir la complejidad que trae consigo tal operación, visto que el legislador se limita en él a instar la promoción de *“las medidas legales tendentes a homogeneizar los procedimientos electorales para la ciudadanía española en el exterior”*, en lugar de, transformándose en legislador orgánico, adoptar por sí mismo tales medidas.

Entre las razones que se invocan para justificar la necesidad de cambio, se encuentran las disfunciones que el voto por correo de los ciudadanos ausentes suscita respecto de su personalidad y eficacia, o la desigualdad que supone la negación del procedimiento de voto presencial en las Mesas electorales, al constituir el mismo la modalidad general aplicable a los españoles residentes en territorio nacional. Este segundo argumento no puede forzarse hasta el extremo de considerar discriminatoria la regulación vigente, puesto que el trato diferenciador que dispensa la LOREG a los nacionales ausentes en cuanto a la forma de expresión de su voluntad como electores está fundado en una base objetiva y razonable, como es la lejanía del territorio español.

Situado el debate en estos términos, la valoración del sufragio exterior en urna ha de condicionarse a que evite las disfunciones anejas al voto por correspondencia, sin originar otras distintas más relevantes.

En general, la votación en persona se considera de manera unánime la forma de expresión de la voluntad electoral más adecuada por preservar la identificación directa del elector y el cómputo efectivo del sufragio, no obstante lo cual su establecimiento como sistema de voto en el exterior genera dificultades técnicas, que se incrementan cuando el proceso electoral cuenta con circunscripciones múltiples.

Tales dificultades se manifiestan, en primer lugar, en el elevado coste de la implantación de este sistema. Por ello, razones de eficiencia y economía (artículo 31.2 de la Constitución) desaconsejan la extensión de este modelo a toda demarcación consular en la que vivan españoles inscritos en el CERA, dado que éstos se reparten en ciento sesenta y ocho países, cuando más de un millón se concentra en solamente once⁴⁴. Este factor no ha pasado inadvertido para el legislador ordinario, que en el artículo 4.5 antes citado exige tener en cuenta, a la hora de posibilitar el voto en urna, *“las características de los países de residencia y el número y distribución de españoles residentes en el país de que se trate”*. Como criterio para delimitar las demarcaciones consulares donde el recurso a este sistema está más justificado, cabría utilizar el mismo que establece el Real Decreto 1339/1987, de 30 de octubre, sobre cauces de participación institucional de los españoles residentes en el extranjero, para la constitución de los Consejos de Residentes Españoles (más de setecientos electores inscritos en el CERA); una vez preservada la existencia de un Consejo de Residentes Españoles en cada demarcación con votación personal en Mesa, y dada la función que este órgano desempeña como asesor de la Oficina Consular y cauce de comunicación con la comunidad de emigrantes, dicho Consejo podría ser involucrado en labores organizativas y de difusión de los procesos electorales en curso.

⁴⁴ Como se dijo al inicio de este capítulo, tales países son, según datos de la Oficina del Censo Electoral actualizados a 1 de noviembre de 2008, Argentina, Francia, Venezuela, Alemania, Suiza, Brasil, México, Estados Unidos de América, Reino Unido, Uruguay y Bélgica.

En segundo lugar, algunas de las garantías electorales de las que está rodeada la votación en persona no pueden reproducirse en el exterior sin los correspondientes ajustes, no siempre fáciles de realizar. Particularmente problemáticas son las cuestiones que afectan a la Administración electoral, caracterizada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1990, de 15 de febrero, como uno de los pilares básicos en los que se asienta el sistema:

a) Primero, en relación con las Mesas electorales, en su constitución tendría que considerarse, junto con el número de electores incluidos en la Sección de cobertura, la circunstancia de que el sufragio de los españoles residentes en el extranjero se computa en circunscripciones distintas, salvo, en la regulación en vigor, en las elecciones al Parlamento Europeo. Ello quiere decir que, aun cuando existiera una sola Mesa electoral por cada demarcación (posibilidad tan sólo realista en las demarcaciones con menor número de españoles inscritos), este órgano habría de contar con cincuenta y dos urnas para el Congreso de los Diputados y otras cincuenta y nueve para el Senado, amén de disponer de millones de papeletas y sobres, lo que exigiría una logística desmesurada; situación que empeoraría de existir más de una Mesa.

Además, con esta estructura, podría verse comprometido el carácter secreto del voto, en la medida en que, en hipótesis razonable, podría ocurrir que hubiera un solo elector cuyo voto debiese introducirse en una urna determinada. La alternativa -para reducir el número de urnas- de emplear sobres en los que se especifique la circunscripción electoral en la que hayan de computarse los votos que contienen, además de dificultar el escrutinio, no resuelve esta última objeción.

b) Segundo, respecto a las Juntas Electorales de Zona, éstas desempeñan importantes tareas de control del proceso de votación en su condición de órgano de la Administración electoral más próxima al desarrollo de los comicios, tareas que van desde garantizar la existencia de los medios para el ejercicio del derecho de sufragio en cada una de las Mesas (artículo 19.4 de la LOREG) o supervisar la formación de éstas

(artículo 26.1) hasta corregir las infracciones que se produzcan en el proceso electoral, siempre que no sean constitutivas de delito (artículo 19.1.k). En suma, las competencias que la LOREG otorga a las Juntas Electorales de Zona las convierten en el interlocutor directo y habitual de la Administración electoral con la mayoría de los sujetos participantes en los comicios, papel que difícilmente podrían desempeñar si no fuera por la inmediatez con la que actúan. En un eventual proceso de votación en el extranjero la lejanía del territorio nacional, unida a otras circunstancias como la diferencia horaria con España, mermarían la capacidad de la Administración electoral de dar adecuada respuesta a estas cuestiones, sin que la atribución a la Junta Electoral Central de las competencias asignadas a las Juntas Electorales de Zona (prevista en alguna propuesta legislativa), asegure la operatividad del proceso.

Varias de las reservas formuladas, aunque no todas, se solventarían si el sistema de voto personal no fuera acompañado del escrutinio en el exterior de los sufragios emitidos en el exterior. Se trataría de instrumentar un modelo (cercano al de voto adelantado que algunos países han empleado para fomentar la participación en las elecciones en territorio nacional⁴⁵) en el que se permitiese a los electores ausentes ejercer su derecho durante varios días antes del de la votación en los consulados o en dependencias habilitadas al efecto, para a continuación remitir, a través de valija diplomática, todos los sufragios emitidos para su escrutinio general por la Junta Electoral competente.

Un sistema de estas características, aunque aumentase el coste del proceso, al exigir el funcionamiento de las Mesas durante varias jornadas (por ejemplo, el fin de semana y el lunes anteriores al domingo en que se celebran las elecciones), incrementaría el tiempo de maniobra de la Administración electoral en España para afrontar las cuestiones que se le plantearan desde el extranjero. Además, problemas como los de falta de especialización de los consulados en el desarrollo electoral serían menos acuciantes, por cuanto la

⁴⁵ Específicamente, en los Estados Unidos más de la mitad de las legislaciones estatales establecen sistemas de *early voting* en virtud de los cuales se atribuye a los electores la posibilidad de ejercer el sufragio en persona con anterioridad al día de las elecciones, sin necesidad de alegar excusa alguna.

labor de mayor responsabilidad -el escrutinio- se realizaría en territorio nacional, salvaguardando la transparencia y objetividad del proceso en curso. En todo caso, con carácter previo a la implantación de este modelo en las demarcaciones consulares con un Consejo de Residentes Españoles, habría de asegurarse que los plazos permiten llevar las papeletas a dichas demarcaciones en las fechas que se fijasen para el ejercicio del sufragio exterior.

En cualquiera de los dos supuestos, es decir, tanto si el voto en urna englobase el escrutinio en el exterior como si no, la adopción de este sistema en determinadas demarcaciones consulares no debería suponer la eliminación en ellas del sufragio por correo, toda vez que, no siendo proporcionada al objetivo perseguido de contribuir a la pureza de las elecciones, la imposición al elector de la carga de desplazarse hasta el lugar de votación (que no se establece, siquiera, para los residentes en España, a pesar de que las distancias son, en general, muy inferiores) contradice el mandato constitucional de facilitar el ejercicio del sufragio en el extranjero, sobre todo teniendo en cuenta que, en muchos casos, un porcentaje elevado de los ciudadanos inscritos en el CERA no vive en las ciudades donde radican las Oficinas Consulares. Por consiguiente, la previsión de un sistema de voto en el Estado de residencia para estos ciudadanos no eximiría al legislador de abordar las reformas oportunas para perfeccionar el voto por correspondencia, el cual podría ser transformado en excepcional y rogado en las demarcaciones donde se estableciese aquel sistema, pero no suprimido.

Como corolario de lo anterior, el análisis de las ventajas e inconvenientes de la implantación en el Derecho español del sistema de voto exterior en urna, desde la perspectiva de la pureza y funcionalidad del proceso electoral, y en comparación con el sistema de voto por correo, dista mucho de ofrecer un resultado claro. Así pues, puede decirse que la votación en el Estado de residencia (que no permite prescindir de la modalidad postal) asegura la personalidad y efectividad del sufragio, pero ello se compensa con la disminución de la operatividad del sistema y la merma de la transparencia y

objetividad del proceso, debido a las dificultades de la Administración electoral para desarrollar su papel.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que la votación en el exterior es la que más podría beneficiarse de la introducción de sistemas de sufragio electrónico, tanto mediante la utilización de la urna electrónica, que facilitaría la asignación del voto a la circunscripción territorial correspondiente, como en la modalidad de voto por Internet, pues la distancia es el principal obstáculo al que ha de enfrentarse cualquier modelo previsto para los ciudadanos ausentes; ahora bien, la utilización de tales sistemas tiene una problemática propia que se estudia en el capítulo final de este Informe.

iv) Para terminar, la ausencia de previsión alguna en la LOREG que regule la campaña electoral para los ciudadanos ausentes ha sido denunciada por la doctrina como una omisión injustificada. En este sentido, se resalta que, siendo la campaña el período del proceso electoral destinado a informar y a hacer presentes las opciones políticas que concurren al mismo, la falta de mecanismos para articularla respecto de quienes, formando parte del cuerpo electoral, se han establecido en el extranjero, con el consiguiente déficit de información que ello supone, contribuye a situarles en una posición de inferioridad informativa frente a los ciudadanos residentes en territorio español.

Ciertamente, esta laguna legislativa no ha impedido que los partidos políticos hayan activado diversos mecanismos para informar sobre sus programas a los electores ausentes, ni que la Junta Electoral Central haya abierto paso a la extensión de la campaña electoral al extranjero, contribuyendo a la universalización de los mensajes. También mitiga los efectos derivados de la falta de regulación la utilización de las nuevas tecnologías por los residentes fuera de España para acceder a la información.

En el plano normativo, se ha querido dar un impulso a esta cuestión en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, cuyo artículo 4.6 aspira a garantizar la concurrencia electoral en igualdad de todos los partidos políticos, listas electorales y coaliciones,

favoreciendo tanto la información actualizada por parte del Estado como el acceso a los medios públicos de comunicación con proyección en el exterior. En dicho sentido, las propuestas legislativas de cambio del régimen de voto en el extranjero prevén aspectos nucleares de esta materia, como la reserva de locales oficiales para la realización de actos de campaña electoral o la distribución de espacios gratuitos de propaganda en los medios de comunicación de titularidad pública que se emiten en el exterior.

El Consejo de Estado comparte el parecer favorable a que se regulen expresamente los medios específicos de la campaña electoral en el exterior, al objeto de garantizar la posición de igualdad entre ausentes y residentes en España a la hora de recibir la información electoral.

3.4. Consideraciones finales

Hasta ahora, han sido examinadas las principales propuestas políticas y doctrinales dirigidas a reformar el régimen de voto en el extranjero, ordenándolas con arreglo a tres parámetros: el tipo de elecciones que han de estar abiertas al sufragio de los ciudadanos ausentes, la circunscripción en la que deben computarse los sufragios que emiten y los mecanismos que pueden articularse para el ejercicio de este derecho. Las diferentes propuestas han sido valoradas de forma independiente, esto es, sin atender a la incidencia que pudieran tener unas sobre otras.

Por dicho motivo, este último epígrafe va a dedicarse a la síntesis del contenido del capítulo, poniendo el énfasis en la conexión entre las soluciones planteadas a las tres cuestiones anteriores, a fin de determinar qué opciones favorecen la adopción de otras. Para ello, se trazan dos posibles vías de actuación, en función de la relevancia de los cambios que se introduzcan en el sistema existente:

a) Esbozo de un nuevo modelo de voto en el exterior: Las modificaciones más ambiciosas que han sido tratadas en este ámbito integran diversos componentes que hacen factible enlazar unas con otras, en beneficio

de un modelo coherente. En concreto, como tales, pueden entenderse la negación del sufragio municipal de los nacionales ausentes, la concentración en las elecciones generales de la voz -hasta ahora, dispersa- de estos electores y la previsión de un procedimiento de votación exterior en urna.

Por lo que atañe a la primera de estas medidas, se ha defendido la constitucionalidad de descartar el sufragio de los residentes en el extranjero en las elecciones locales, además de la conformidad de una derogación tal con la naturaleza de los municipios como corporaciones territoriales y el carácter de estos comicios, lo que no oculta la compleja reversibilidad del reconocimiento vigente de este derecho. Por eso, se han apuntado variantes como la limitación temporal del sufragio municipal en el extranjero y/o su condicionamiento a la negación del mismo derecho en el Estado de acogida.

Por otra parte, podría contribuir a la aceptación de la modificación anterior el hecho de que fuese acompañada de otra encaminada a amparar la presencia en las Cortes Generales de los específicos intereses de la comunidad emigrante. Así, ambas modificaciones perseguirían un objetivo común (encuadrar la participación política de los españoles establecidos en el exterior) por medio de dos medidas distintas, pero conexas (la supresión de tal participación en los comicios en los que se dirimen intereses ajenos al fenómeno emigratorio, y el fortalecimiento del peso político de los nacionales ausentes en la toma de las decisiones que puedan afectarles). Ahora bien, ya se ha dicho que el cauce idóneo para la consecución de este segundo efecto, esto es, la creación de una circunscripción exterior en alguna de las Cámaras o en ambas para potenciar la intervención de los ciudadanos establecidos fuera de España en la formación de la voluntad general a través de parlamentarios elegidos exclusivamente por ellos, requeriría una reforma constitucional, de forma que el único mecanismo capaz de proporcionar un resultado asimilable por vía legal sería el cómputo de todos los votos exteriores en una sola circunscripción provincial, alternativa que conlleva inconvenientes que no pueden desdeñarse.

En cualquier caso, de operarse un cambio en el sentido apuntado, cabría ponderar el establecimiento del sistema de voto en urna, aunque restringido, además de a las demarcaciones consulares más pobladas de españoles, a los comicios en los que se haya previsto una sola unidad para el cómputo de los votos emitidos en el extranjero (o por todos los ciudadanos -residentes y ausentes-, como sucede en la actualidad en las elecciones al Parlamento Europeo), toda vez que, ante esta previsión, quedarían sin contenido los obstáculos de índole técnica y jurídica que se refieren a la constitución de las Mesas electorales y a las urnas con las que han de contar.

b) Mejora del modelo en vigor: En el caso de que se descartara cualquier modificación en los dos primeros ámbitos mencionados para limitar la reforma a los aspectos procedimentales del sufragio en el extranjero, la introducción del voto presencial, entendiendo por tal el depositado en urna y escrutado en el exterior, resulta desaconsejable. A este respecto, debe apuntarse que no se han encontrado ejemplos en Derecho comparado de voto en la representación diplomática o consular que tuviera que ser computado en circunscripciones territoriales distintas, con la salvedad de las elecciones legislativas de Argentina⁴⁶, lo que pone de relieve la trascendencia de las objeciones formuladas a este sistema cuando la unidad de cómputo de sufragios ni es única ni es especial para los emigrantes.

Esto no significa, en absoluto, que no pueda mejorarse el procedimiento de sufragio en el exterior, puesto que todavía serían factibles importantes medidas con vistas a perfeccionar la votación por correspondencia, entre las que se ha mencionado la suscripción de convenios con los servicios extranjeros de Correos para incrementar las garantías de la personalidad del voto o la revisión de los plazos del proceso electoral para favorecer la efectividad del mismo. Como reforma más ambiciosa, no debe desecharse a

⁴⁶ La situación del voto exterior en este país difícilmente puede compararse con la española, pues difiere en dos puntos esenciales: el reducido número de personas con capacidad de obrar electoral (44.452 en las los comicios del 28 de octubre de 2007) y el sustancialmente inferior número de provincias (22). Por otra parte, ya se ha indicado cómo tanto en Suecia como en Finlandia se prevé la votación en la representación diplomática o consular, a pesar de que reconducen los sufragios de los emigrantes a las circunscripciones territoriales, si bien en ambos casos el escrutinio de las papeletas se lleva a cabo en territorio nacional.

priori la posibilidad de articular un modelo de voto adelantado en urna en el extranjero con escrutinio en territorio nacional cuya implantación se ciñese a las demarcaciones consulares que cuentan con un Consejo de Residentes Españoles.

IV. EL SISTEMA ELECTORAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

En este capítulo se analizan las propuestas de reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados que vienen planteándose a nivel doctrinal y político desde las primeras elecciones democráticas y con especial intensidad en las dos últimas Legislaturas, en razón de diversas iniciativas parlamentarias que, coincidiendo en buena medida con los programas de los partidos políticos proponentes, ponen en cuestión algunos concretos aspectos de dicho sistema.

A tal fin, se ha considerado oportuno comenzar la exposición con una referencia a los elementos del sistema electoral vigente, a la vista de las previsiones constitucionales y legislativas existentes en la materia. Con ello se pretende delimitar el objeto sobre el que se proyectan las reformas propuestas y subrayar cuáles son las determinaciones constitucionales del régimen electoral y cuál es el margen de maniobra que ostenta el legislador para su eventual modificación.

A continuación, se entra en el examen y valoración de las críticas formuladas al sistema electoral del Congreso de los Diputados, distinguiéndose a tal efecto entre aquellas que -desde la perspectiva del principio de igualdad de sufragio- denuncian las diferencias representativas existentes en la previa distribución de escaños entre circunscripciones y en su ulterior atribución a las candidaturas en función de los resultados electorales obtenidos, y aquellas otras que censuran la actual configuración legal de las listas de candidatos por cuanto restringen la libertad de elección de los votantes. En este punto, se examinan las distintas opciones legislativas que, dentro del marco constitucional, podrían mejorar el funcionamiento actual del sistema, y se precisan las que, a juicio del Consejo de Estado, podrían ser más adecuadas.

Finalmente, se incluye un apartado de conclusiones en el que, a la vista de las consideraciones realizadas, se ponderan las ventajas que la reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados comportaría para la profundización en los hábitos democráticos, aun cuando también se advierta

de los eventuales riesgos que una modificación de la legislación electoral pudiera suponer para el normal desenvolvimiento de la institución parlamentaria.

1. Elementos del sistema electoral

Los elementos fundamentales del sistema electoral del Congreso de los Diputados son los tres siguientes: estructura del voto, magnitud de la circunscripción y fórmula de escrutinio.

1.1. Estructura del voto

La Constitución no hace referencia alguna ni a la forma en que los candidatos deben aparecer agrupados a efectos de su elección ni al modo en que los electores pueden ejercer su voto. Ambas cuestiones han sido reguladas por el legislador.

En tal sentido, el artículo 169.2 de la LOREG prevé que “cada candidatura se presentará mediante lista de candidatos”.

Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de LOREG, se formuló en el Congreso de los Diputados una enmienda que proponía añadir a este precepto el inciso “no cerrada y desbloqueada”, por entender que el sistema de lista cerrada y bloqueada tendía a “potenciar los aparatos electorales internos de los partidos en detrimento de la popularización de los candidatos”, enmienda que fue rechazada en el informe de la Ponencia al considerarse que dicho inciso resultaría “perturbador”.

Se adoptó, pues, un modelo de listas cerradas y bloqueadas, de manera que los votantes no pueden elaborar su propia lista escogiendo entre quienes figuran en diferentes candidaturas (lista cerrada), ni tampoco alterar el orden en que aparecen los candidatos de la lista finalmente elegida (lista bloqueada).

Por su parte, el artículo 172.2 de la LOREG señala que las papeletas electorales destinadas a la elección de Diputados deben expresar “la denominación, la sigla y símbolo del partido, federación, coalición o agrupación de electores que presente la candidatura”, así como “los nombres y apellidos de los candidatos y de los suplentes, según su orden de colocación”.

De este modo, los votantes ejercen su derecho de sufragio depositando las papeletas electorales de la candidatura elegida en la urna correspondiente, y, una vez realizado el escrutinio, los escaños atribuidos a cada candidatura se adjudican a los incluidos en ella por el orden de colocación en que aparezcan.

Se trata, en definitiva, de un voto de opción a favor de una concreta lista en los términos en los que ha sido presentada.

1.2. Magnitud de la circunscripción

Por magnitud de la circunscripción electoral se entiende el número de escaños asignados a la misma.

En las elecciones al Congreso de los Diputados, la magnitud de las circunscripciones electorales viene determinada por la composición de la cámara, el tipo de circunscripción y el criterio de distribución de escaños entre ellas.

a) Composición de la Cámara

El artículo 68.1 de la Constitución señala que el Congreso se compone de un mínimo de trescientos y un máximo de cuatrocientos diputados.

La determinación del número de diputados no aparecía en el anteproyecto de Constitución: nada más iniciada su tramitación parlamentaria, hubo varias propuestas de establecer una relación determinada entre población y número de escaños, justificadas en la necesidad de garantizar una adecuada proporcionalidad del sistema electoral, que no llegaron a ser aceptadas; a la

postre, sin embargo, se introdujeron unos límites mínimo y máximo de trescientos y cuatrocientos diputados, respectivamente, que, aunque fueron criticados por quienes defendían que la composición del Congreso fuera acorde a la población, pasarían al texto constitucional definitivo.

Pues bien, respetando los límites del artículo 68.1 de la Constitución, el artículo 161 de la LOREG, prevé que el Congreso está formado por trescientos cincuenta diputados.

Se optó, de este modo, por mantener el mismo número de diputados que tenía el Congreso desde las primeras elecciones democráticas, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política -luego desarrollada por el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales (artículo 19.3)-, y ello pese a que durante la tramitación parlamentaria de la LOREG hubo diversas intervenciones favorables a la elevación del número de diputados a cuatrocientos, en aras de una mayor proporcionalidad: cabe observar, en este punto, que la composición del Congreso estaba ya fijada en trescientos cincuenta diputados, con el acuerdo de los principales grupos parlamentarios, en el proyecto de Ley Orgánica remitido a las Cortes y que esta previsión se mantuvo, pese a las enmiendas formuladas en su contra, tanto en el Congreso como en el Senado, y pasó al texto definitivo en los mismos términos en que había sido proyectada.

Resulta claro, en todo caso, que la determinación de la composición del Congreso es competencia legislativa, dentro de los límites mínimo y máximo de trescientos y cuatrocientos diputados establecidos por el artículo 68.1 de la Constitución.

b) Tipo de circunscripción electoral

El artículo 68.2 de la Constitución dice que, en las elecciones al Congreso de los Diputados, la circunscripción es la provincia.

El establecimiento de la provincia como circunscripción electoral fue un extremo discutido en los debates constituyentes: en un principio, el anteproyecto de Constitución elaborado por la ponencia no contemplaba ni esta ni ninguna otra circunscripción electoral, lo que suponía una implícita remisión a su determinación por el legislador ordinario; frente a este silencio, que se justificaba en la conveniencia de evitar la rigidez del sistema electoral, se defendió la tesis favorable a la constitucionalización de la provincia como circunscripción electoral, tesis que, pese a las razones entonces apuntadas en su contra -las cuales radicaban, aparte de en la ya indicada rigidez, en el hecho de que la provincia era una circunscripción demasiado pequeña para garantizar la debida proporcionalidad del sistema electoral-, resultaría finalmente triunfante. Cabe destacar, por lo demás, que durante el proceso constituyente no se barajó otra circunscripción electoral distinta de la provincia, ya fuese autonómica o nacional.

De este modo, el artículo 68.2 de la Constitución consagró la misma circunscripción electoral que venía siendo utilizada desde las primeras elecciones democráticas, al amparo de lo dispuesto en la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política (disposición transitoria primera, base segunda), y en el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales (artículo 19.1).

La constitucionalización de la provincia como circunscripción electoral significa que los votos se emiten y computan y los escaños se atribuyen por provincias.

En cumplimiento de esta previsión constitucional, el artículo 161.1 de la LOREG señala que, para la elección de diputados, cada provincia constituye una circunscripción electoral.

c) Criterio de distribución de escaños

El artículo 68.2 de la Constitución señala, en su inciso tercero, que “la ley distribuirá el número total de Diputados, asignando una representación

mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población”.

La asignación de una representación mínima inicial a cada una de las provincias -consideradas éstas como circunscripciones electorales-, con independencia de su población, ya estaba contemplada en la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política (disposición transitoria primera, base segunda). Su incorporación se produjo a resultas de una enmienda *in voce* presentada en el pleno de las Cortes orgánicas, con el fin de remediar la desigualdad representativa entre circunscripciones que se produciría si la distribución de escaños se realizara exclusivamente en función de la población, habida cuenta de las diferencias demográficas existentes entre las despobladas zonas del interior y las provincias con mayores concentraciones urbanas.

De acuerdo con ello, el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, consideró conveniente asegurar un número inicial de dos diputados por provincia y dividir el resto de los diputados en función de la población, pues de esta forma -decía su preámbulo- “se suavizan en alguna medida los efectos de nuestra irregular demografía y se atiende a un mayor equilibrio territorial en la representación”.

Tras las primeras elecciones democráticas de 1977, esta previsión no se tuvo en cuenta en el anteproyecto de Constitución elaborado por la ponencia, ni en el informe de ésta, y fue introducida en el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados. En el debate del Pleno del Congreso de los Diputados se cuestionó la adecuación de esta representación mínima inicial a las exigencias del sistema proporcional, en la medida en que no atendía a la población de cada provincia, pese a lo cual dicha previsión, que fue también discutida durante la tramitación en el Senado, pasó al texto definitivo de Constitución.

En el marco de la referida previsión constitucional, el artículo 162.2 de la LOREG asigna un mínimo inicial de dos diputados a cada provincia.

De este modo, la representación mínima inicial de las provincias suma cien escaños (dos por cada una de las cincuenta circunscripciones provinciales), lo que, unido a los dos diputados constitucionalmente asignados a las ciudades de Ceuta y Melilla, determina que los escaños distribuidos en proporción a la población sean doscientos cuarenta y ocho, conforme al procedimiento establecido en el artículo 162.3 de la LOREG, que consta de las fases que se detallan a continuación:

- Se obtiene una cuota de reparto resultante de dividir por doscientos cuarenta y ocho la cifra total de la población de derecho de las provincias peninsulares e insulares.

- Se adjudican a cada provincia tantos diputados como resulten, en números enteros, de dividir la población de derecho provincial por la cuota de reparto.

- Los diputados restantes se atribuyen asignando uno a cada una de las provincias cuyo cociente, obtenido conforme al apartado anterior, tenga una fracción decimal mayor.

1.3. Fórmula de escrutinio

El artículo 68.3 de la Constitución, al prever que la elección del Congreso de los Diputados se debe verificar atendiendo a “criterios de representación proporcional”, no asume una fórmula electoral de contornos cerrados y de exigencias rígidas, defiriendo su determinación precisa al legislador.

La legislación electoral española ha consagrado, dentro de las fórmulas proporcionales existentes, la que se conoce como regla D'Hondt, en reconocimiento a su creador, el jurista y matemático belga Víctor D'Hondt. Esta regla, vigente en nuestro ordenamiento desde el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales (artículo 20, apartados 4, 5 y 6) -cuyo preámbulo la calificó de “poderoso corrector del excesivo fraccionamiento de

las representaciones parlamentarias”, fue cuestionada, durante la tramitación parlamentaria de la LOREG, por las desviaciones del principio de proporcionalidad que -según se dijo- introduce en favor de las candidaturas más votadas, especialmente en las circunscripciones de escasa magnitud: se propuso así, desde los grupos parlamentarios con menor representación parlamentaria, sustituir el sistema de cocientes sucesivos de la regla D’Hondt por la fórmula del resto mayor basada en el cálculo de la cuota electoral, que se consideraba más proporcional que aquella; tales propuestas, sin embargo, no prosperaron, por el apoyo de los principales partidos políticos a la regla D’Hondt.

La fórmula D’Hondt se contempla en el artículo 163.1 de la LOREG. La atribución de los escaños en función de los resultados del escrutinio se realiza -según dicho precepto legal- conforme a las siguientes reglas:

a) No se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, el 3% de los votos válidos emitidos en la circunscripción.

b) Se ordenan de mayor a menor, en una columna, las cifras de votos obtenidas por las restantes candidaturas.

c) Se divide el número de votos obtenidos por cada candidatura por 1, 2, 3, etcétera, hasta un número igual al de escaños correspondientes a la circunscripción. Los escaños se atribuyen a las candidaturas que obtengan los cocientes mayores en el cuadro, según el orden decreciente de los cocientes obtenidos hasta agotar el número de escaños a atribuir.

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

e) Los escaños correspondientes a cada candidatura se adjudican a los candidatos incluidos en ella, por el orden de colocación en que aparezcan en la lista.

Como se ve, el precepto transcrito combina la aplicación de la regla d'Hondt como fórmula de atribución de escaños con la previsión, en su apartado a), de una barrera electoral del 3% de los votos válidos emitidos en la circunscripción.

Este umbral electoral (o “cláusula de exclusión”, según la terminología alemana) se viene aplicando desde las primeras elecciones democráticas. La Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, preveía que en las elecciones al Congreso de los Diputados se debían fijar “porcentajes mínimos de sufragios para acceder al Congreso” (disposición transitoria primera, base primera). En tal sentido, el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales (artículo 20.4.b), estableció una barrera electoral del 3% de los votos válidos emitidos en la circunscripción.

Durante la tramitación parlamentaria de la LOREG se puso en cuestión, aunque de manera tímida, la conveniencia de esta barrera electoral desde un punto de vista tanto técnico como político: en el primer caso, porque, aunque no se aplicase tal umbral, la regla D'Hondt hacía prácticamente imposible (salvo en circunscripciones de elevada magnitud de escaños como Madrid y Barcelona) que un partido político con el 3% de los votos obtuviera representación; y, en el segundo, porque dicha barrera se podría entender como una traba al pluralismo consagrado constitucionalmente; sin embargo, las enmiendas que, por las razones apuntadas, solicitaban la supresión del umbral electoral del 3% fueron rechazadas por amplia mayoría del Congreso y el Senado y dicha previsión legal fue finalmente aprobada -tal y como había sido llevada a las Cortes- dentro del apartado a) del referido artículo 163.1.

2. Ámbito de las reformas propuestas

Una vez examinado el marco constitucional y legislativo del sistema electoral español, procede entrar en el análisis de los aspectos más cuestionables de su funcionamiento actual y, en particular, de las modificaciones de la legislación electoral que en su caso podrían resultar aconsejables, prestando especial atención a las proposiciones que en este sentido se han venido realizando -a lo largo de sus más de tres décadas de vigencia- desde la doctrina científica y los partidos políticos con representación parlamentaria.

Tras las primeras elecciones democráticas, aunque con mayor insistencia en los últimos años, se ha denunciado con insistencia que el sistema electoral del Congreso de los Diputados introduce enojosas diferencias en el valor del sufragio, en función de la circunscripción en que se deposite el voto o de la candidatura en cuyo favor se emita. Tales desigualdades han merecido numerosas censuras –sin duda las más importantes de entre las que, durante este tiempo, se han formulado en relación con las elecciones a la Cámara baja– y han dado pie a distintas propuestas de reforma que atañen a elementos esenciales del régimen electoral, como la composición de la referida cámara, la magnitud de la circunscripción provincial y la fórmula de escrutinio proporcional.

Igualmente relevante ha sido la postura de quienes cuestionan el excesivo protagonismo de los partidos políticos en el funcionamiento de las instituciones democráticas, que -según dicen- ha relegado a los ciudadanos a un segundo plano en el proceso electoral. Como manifestación principal de este fenómeno se cita el hecho de que los electores deban limitarse a votar en bloque a favor de alguna de las listas electorales presentadas, sin poder mostrar sus preferencias personales por determinados candidatos, estén en la misma o en diferentes listas. Para mitigar lo que se considera una injustificada restricción de la libertad de elección de los votantes, se han propuesto algunas reformas encaminadas a lograr alguna modalidad de votación más flexible.

2.1. Desigualdades en la distribución y atribución de escaños

Las críticas que con más frecuencia se formulan al sistema electoral del Congreso de los Diputados le achacan la vulneración del principio constitucional de igualdad de sufragio en dos de sus elementos esenciales: la distribución de escaños entre circunscripciones y la atribución de escaños a las candidaturas.

Procede, pues, analizar ambos aspectos por separado:

- En relación con la distribución de escaños entre circunscripciones, se viene denunciando que las provincias más pobladas se encuentran infrarrepresentadas, en número de diputados, frente a las menos pobladas, que tienen un número de escaños superior al que les correspondería en proporción a su población.

Estas diferencias representativas entre circunscripciones se achacan principalmente a la previsión constitucional de una representación mínima inicial por circunscripción con independencia de su población, que se ha concretado legislativamente en dos diputados por provincia; por ello, se ha propuesto la reducción de la representación mínima inicial a un diputado, de forma que sean más los escaños a repartir en proporción a la población.

Con el mismo objeto, se ha sugerido la elevación del número de diputados del Congreso de los trescientos cincuenta actuales a los cuatrocientos que, como máximo, permite el texto constitucional.

Y se ha solicitado, en fin, que el número de escaños asignados a cada provincia se calcule con relación al número de electores inscritos en el censo y no -como actualmente sucede- en proporción a la población de derecho.

- En relación con la atribución de escaños a las candidaturas, se ha observado que el sistema electoral del Congreso de los Diputados no atiende a los “criterios de representación proporcional” constitucionalmente previstos; a

este respecto, se recuerda que, con el modelo vigente, los partidos más votados se ven beneficiados, por cuanto obtienen un número de escaños superior al que les correspondería en proporción a los sufragios recibidos, y los menos votados pueden verse penalizados en función del grado de dispersión de los sufragios logrados, además naturalmente del menor número de votos.

La insuficiente desproporcionalidad que se atribuye al sistema trae causa -según sus críticos- de la reducida magnitud de buena parte de las circunscripciones electorales, en las cuales, a consecuencia del bajo número de escaños a repartir, los resultados electorales se aproximan más a los de un escrutinio mayoritario.

Para mejorar la proporcionalidad del sistema se han propuesto -como ya ha quedado dicho- ciertas reformas de alcance limitado, dentro del marco de la Constitución. A algunas de ellas -concretamente, la reducción de la representación mínima inicial por provincia a un diputado y la elevación de la composición del Congreso a cuatrocientos diputados- se ha hecho referencia en el punto anterior, por cuanto sus efectos se proyectan indistintamente a la distribución de escaños entre circunscripciones y a la atribución de escaños a las candidaturas. Otras, en cambio, se orientan específicamente a incrementar la proporcionalidad del sistema: tal es el caso de la sustitución de la regla D'Hondt por una fórmula de escrutinio de efectos más proporcionales y de la supresión de la barrera electoral del 3% de los votos válidos emitidos en cada circunscripción.

Junto a éstas, se han planteado otras reformas más ambiciosas, que en algunos casos -tal y como reconocen sus mismos proponentes- podrían exigir la reforma de la Constitución; tales serían la consideración de la Comunidad Autónoma como circunscripción electoral, la supresión de la representación mínima inicial por circunscripción, el establecimiento de una circunscripción nacional para la elección de una parte de los diputados y la distribución de restos a nivel nacional.

Así, la sustitución de la provincia por la Comunidad Autónoma como circunscripción electoral se ha justificado en un doble orden de consideraciones: se señala, por una parte, que la provincia no es en la actualidad una unidad con entidad política suficiente, sino una simple división administrativa decimonónica que, desde el punto de vista de una acción política homogénea, ha sido superada por las Comunidades Autónomas; y se añade, por otra, que la evolución demográfica ha acentuado la concentración de población en determinadas circunscripciones, agudizando las desigualdades representativas entre las diferentes partes del territorio.

Por otro lado, la elección de una parte de los diputados en una circunscripción nacional se ha propuesto, bajo la inspiración del modelo alemán, con diversas variantes: en una de ellas -formulada en sede parlamentaria- se combina ese nuevo tipo de circunscripción con el reconocimiento de la Comunidad Autónoma como circunscripción electoral, la supresión de la representación mínima inicial y el aumento del número de diputados a cuatrocientos, de modo que ciento noventa y ocho fueran elegidos a nivel autonómico -previa distribución entre las comunidades en proporción a su población-, dos en las poblaciones de Ceuta y Melilla y los restantes doscientos en una única circunscripción de carácter nacional entre aquellas candidaturas que hubieran obtenido votos válidos emitidos en un conjunto de Comunidades Autónomas que sumen al menos el 65% de la población oficial de España.

Por último, la distribución de restos a nivel nacional se ha defendido para compensar las penalizaciones que sufren los partidos de implantación estatal menos votados. Se trataría, en este caso, de que, aumentando el número de diputados a cuatrocientos, los cincuenta escaños adicionales se repartiesen atendiendo exclusivamente a los restos, esto es, a los sufragios que han resultado estériles en la atribución de escaños por provincias.

Al margen de estas propuestas, aunque estrechamente relacionado con ellas, se ha sugerido el establecimiento de una barrera electoral a escala nacional (por ejemplo, del 5%) para evitar que la gobernabilidad del país

dependa de partidos cuyo apoyo electoral se reduce a un ámbito territorial limitado; igualmente, se ha considerado que una lista nacional de cincuenta nuevos diputados podría contribuir a reforzar la posición de las opciones políticas más votadas y limitar la influencia de aquellos partidos.

2.2. Restricciones a la libertad de elección de los votantes

Desde amplios sectores de opinión se viene sugiriendo la conveniencia de que los electores gocen de un mayor protagonismo en la designación de sus representantes parlamentarios.

A este propósito responden las propuestas de desbloqueo y, en su caso, apertura de las listas electorales, de forma que los votantes puedan alterar el orden de candidatos establecido por los partidos políticos (listas desbloqueadas) o confeccionar su propia lista con candidatos de diferentes partidos (listas abiertas).

Tales iniciativas, bien presentes en la sociedad civil, han encontrado eco en la doctrina científica, que, en ocasiones, ha defendido la aplicación de sistemas de voto preferencial semejantes a los que ya existen en otros países europeos, con el fin de lograr una mayor identificación entre representantes y representados y, de paso, contribuir al pluralismo interno de los partidos políticos.

3. Examen de las reformas propuestas

De acuerdo con lo expuesto en la Introducción, el Consejo de Estado entiende que las propuestas referidas en el apartado anterior persiguen, aunque desde perspectivas distintas, un incremento de la calidad democrática del sistema político y que, en consecuencia, todas ellas han de ser analizadas y valoradas.

Se examinan, en primer lugar, aquellas que se fundamentan en el principio de igualdad de sufragio, por el distinto poder que los votos tienen en

las elecciones al Congreso de los Diputados, dependiendo de la circunscripción en que se vote o del partido político en cuyo favor se emitan; y, en segundo término, las que cuestionan el dirigismo de los partidos políticos en la elaboración de las listas de candidatos y la consiguiente restricción de la libertad de los electores para expresar su voto.

3.1. Mejora de la igualdad de voto de los ciudadanos: distribución de escaños entre circunscripciones y grado de proporcionalidad del sistema

En las dos últimas legislaturas se han registrado diversas iniciativas parlamentarias de reforma del régimen electoral del Congreso de los Diputados que se justifican en la vulneración del principio constitucional de igualdad de voto, tanto en la distribución de escaños entre las circunscripciones, dado que -se dice- la obtención de representantes en las provincias pequeñas requiere un número de sufragios notablemente inferior al que es necesario en las más pobladas, como en la atribución de escaños a las candidaturas en función de los resultados electorales, habida cuenta -se añade- de las primas que obtienen los partidos más votados y las penalizaciones que sufren los menos votados, especialmente cuando estos últimos cuentan con un electorado disperso.

a) Significado del principio de igualdad de sufragio: de la igualdad del derecho a la igualdad del poder de voto

El derecho de sufragio se caracteriza, de acuerdo con los artículos 68.1 y 69.2 de la Constitución, por ser universal, libre, igual, directo y secreto, según una conocida fórmula de estilo que se reitera en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales europeos.

La garantía de un sufragio igual ha sido interpretada de maneras diversas en el curso de la historia del constitucionalismo democrático. Se ha asistido, en todo caso, a una evolución, no siempre nítida, desde un entendimiento formal de la igualdad de sufragio, como reacción frente a

determinadas formas de voto desigual características del siglo XIX y aun de la primera mitad del siglo XX, a la exigencia sustancial del igual poder de los votos, frente a las disfunciones -queridas o no- de los sistemas electorales contemporáneos.

i) Prohibición de las prácticas de voto desigual en el constitucionalismo de entreguerras

Desde un punto de vista histórico, la consolidación del sufragio universal, con la consiguiente atribución del derecho de voto a todos los ciudadanos, no trajo consigo la igualdad del sufragio, dado que las élites políticas arbitraron toda una serie de mecanismos para desvalorizar el voto previamente concedido a las clases sociales inferiores: en este contexto, surgieron diversas manifestaciones del sufragio desigual, tales como el voto plural, el voto múltiple y el sufragio por clases o curias.

El voto plural implicaba que algunos electores, además del voto que tenían por virtud del principio de sufragio universal, ostentaban otros votos adicionales por razones económicas -la propiedad de ciertos bienes o el pago de una determinada contribución-, culturales -la posesión de títulos académicos- o sociales -en función del número de componentes de la familia-; esta forma de sufragio fue aplicada, en diversas etapas del siglo XIX, en países como Bélgica o Francia.

El voto múltiple, por su parte, confería a un mismo elector la facultad de votar en todas aquellas circunscripciones en que tuviera determinados intereses -domicilio, propiedades, impuestos, estudios universitarios y empleo, entre otros-; este sistema fue utilizado en Inglaterra hasta 1945 y de forma residual hasta 1948, año en que se suprimieron las circunscripciones universitarias de Oxford y Cambridge, y en Irlanda del Norte hasta 1968 para la elección de los cincuenta y dos diputados del Parlamento del Ulster, atribuida a los electores universitarios (*Queen's University of Belfast*, cuatro escaños) y a los "*occupiers of business premises*", es decir, a los propietarios de casas, tierras o negocios, así como a sus esposas.

El sufragio por clases, en fin, se practicaba en la antigua Prusia, cuya Constitución de 1850 clasificaba a los electores en tres categorías (de ahí el nombre de *Dreiklassenwahlrecht*), según la cuantía de su cuota tributaria, y atribuía un voto reforzado a los mejores contribuyentes, pese a que éstos representaban un porcentaje pequeño del electorado. Similar a éste era el sufragio por curias (*Kurienwahlrecht*), practicado en Austria hasta 1907, que se basaba en la división del cuerpo electoral en función de las propiedades o profesiones de los electores, atribuyéndose un voto doble a las cuatro primeras curias.

Precisamente como reacción frente al sistema electoral prusiano y otras variantes del sufragio desigual, la Constitución alemana de 1919 consagró el principio de igualdad de voto para la elección de los diputados del *Reichstag* (artículo 22, apartado primero). No obstante, la extraordinaria inestabilidad política que caracterizó a la República de Weimar abonó el camino para que el Tribunal del Estado (*Staatsgerichtshof*) elaborase una novedosa doctrina jurisprudencial en torno al principio de igualdad de sufragio que subrayaba su diferente virtualidad en función del sistema electoral utilizado: si es mayoritario, la igualdad de sufragio equivale a la mera igualdad aritmética de los votos, de modo que todos ellos valen lo mismo con independencia de las condiciones personales del elector; si es proporcional, aparte de esa igualdad aritmética, es obligada la igualdad de resultado, de forma que todos los sufragios deben tener la misma incidencia en la asignación de escaños.

Esta línea jurisprudencial no caló, sin embargo, en los ordenamientos constitucionales de la época. Así, cuando la Constitución republicana de 1931 contempló en su artículo 52 la igualdad de sufragio para la elección del Congreso de los Diputados, la doctrina española más autorizada del momento interpretó dicho precepto señalando que con la exigencia del sufragio igual se querían excluir las prácticas poco democráticas del voto plural o el sufragio de clases, sin hacer alusión alguna a la referida igualdad de resultado⁴⁷.

⁴⁷ Vid. Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931): antecedentes, texto, comentarios*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pp. 215-216;

Por tanto, en esta época y pese a los esfuerzos realizados por la jurisprudencia alemana, la igualdad de voto implicaba la proscripción de cualquier forma de sufragio que comportase la atribución de más de un voto a determinados electores en función de sus particulares circunstancias y, al tiempo, garantizaba que todos los ciudadanos pudiesen ejercer su derecho de sufragio en idénticas condiciones. La máxima “un hombre, un voto” refleja, mejor que ninguna otra formulación, el contenido del principio de sufragio igual en este período.

ii) Exigencia de igual poder de los votos en el constitucionalismo contemporáneo

La garantía del voto igual se recoge en la mayor parte de las Constituciones actuales, tanto en las aprobadas en la posguerra (artículo 3 de la Constitución francesa de 1946; artículo 48 de la Constitución italiana de 1947; artículos 38.1 y 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949) como en las inmediatamente posteriores (artículo 3 de la Constitución francesa de 1958) y en las más recientes (artículo 74 de la Constitución suiza, tras la reforma de 1971; artículo 1 de la Constitución sueca de 1975; artículo 48.2 de la Constitución portuguesa de 1976; artículos 68.1 y 69.2 de la Constitución española de 1978; artículo 61.2 de la Constitución belga de 1994).

En principio, la igualdad de sufragio se contempló en estos textos constitucionales para significar que cada elector tiene un solo voto. No obstante, la jurisprudencia alemana ha superado esta interpretación clásica de la igualdad de voto, afirmando que este principio impone tanto el igual valor numérico como el igual valor de resultado del sufragio: igual valor numérico (*gleicher Zählwert*) significa que el número y la fuerza del voto de cada elector deben ser los mismos; igual valor de resultado (*gleicher Erfolgswert*) supone que todos los votos deben contribuir de manera semejante a la obtención de representación. Según una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), ambas vertientes del principio de igualdad

Antonio Royo Villanova, *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931; con glosas jurídicas y apostillas*, Castellana, Valladolid, 1934, pp. 158-159.

no operan de la misma manera en cualesquiera regímenes electorales: así, en un sistema mayoritario cada voto debe tener igual valor numérico pero no igual valor de resultado, dado que, por la propia naturaleza del sistema, sólo son eficaces los sufragios emitidos en favor del candidato ganador, mientras los demás resultan de todo punto estériles; en cambio, en un sistema proporcional los votos deben tener, aparte de un idéntico valor numérico, un igual valor de resultado, por más que este último pueda encontrar límites justificados en necesidades de racionalización y eficacia de la forma de gobierno parlamentaria.

Más allá de las concretas categorías dogmáticas utilizadas por la jurisprudencia alemana, la aportación del Tribunal Constitucional Federal ha servido para poner de relieve que el principio de igualdad de voto no agota su significado en la igualdad formal en el ejercicio del derecho de sufragio sino que, además, exige una igualdad sustancial de los votos emitidos, de forma que todos ellos tengan el mismo peso para la obtención de representación. En este sentido, el Código de buenas prácticas en materia electoral (*Code of Good Practice in Electoral Matters*), aprobado por la Comisión de Venecia (*European Commission for Democracy through Law*) en octubre de 2002, distingue entre la “igualdad en los derechos de voto” (*equality in voting rights*) y la “igualdad del poder del voto” (*equality in voting power*).

La igualdad en los derechos de voto no está actualmente amenazada por prácticas de voto desigual -salvo en las democracias emergentes-. En cambio, la igualdad del poder del voto se ve puesta en cuestión en algunos países mediante la aplicación de mecanismos tales como la asignación de un número fijo de representantes a cada una de ellas con independencia de su población y el establecimiento de una reducida composición de la cámara, que determinan un diferente peso del sufragio, antes de ser emitido, en función de la circunscripción en que se encuentre el elector.

En un plano diferente deben situarse las desigualdades representativas entre candidaturas, en ocasiones apreciables por la falta de correspondencia entre el número de escaños atribuidos y el de votos obtenidos. En puridad,

tales desigualdades obedecen al sistema electoral elegido y no traen causa de la desigualdad en el poder del voto. Basta pensar, a este respecto, que en los sistemas mayoritarios, en los cuales es perfectamente posible alcanzar la igualdad del poder de voto, nunca cabrá pretender la igualdad entre candidaturas en función de los resultados electorales. Pero incluso en los sistemas proporcionales, las desigualdades representativas no responden a una desigualdad del poder de los votos sino a la propia configuración del sistema: la magnitud de las circunscripciones electorales es el elemento determinante del grado de proporcionalidad, por más que también influyan otros factores como la fórmula de escrutinio o las barreras electorales. Por lo demás, las desigualdades entre partidos políticos que resultan del sistema electoral sólo indirectamente constituyen una desigualdad en el poder de los votos, pues aquéllos son los verdaderos protagonistas de la competición electoral.

En razón a estas consideraciones, el análisis crítico de las desigualdades en la atribución de escaños no debe realizarse desde la perspectiva de la igualdad del poder del voto de los electores sino de la igualdad de oportunidades de las distintas candidaturas. Ha sido nuevamente la jurisprudencia alemana la que ha conectado la igualdad de oportunidades (*Chancengleichheit*) de los partidos políticos con el proceso electoral en su conjunto, incluido el sistema electoral propiamente dicho: el Tribunal Constitucional Federal deduce dicho principio de igualdad del artículo 3 en conexión con el derecho de sufragio del artículo 38.1 de la Ley Fundamental de Bonn. En España, el artículo 23.1 de la Constitución reconoce el derecho al acceso a cargos representativos en condiciones de igualdad, que el Tribunal Constitucional ha interpretado primariamente -como en su momento se verá- de una manera básicamente formal, como igualdad referida a las condiciones legales en que el proceso electoral se desarrolla, aunque realizando algunos pronunciamientos en los que se atribuye a la igualdad reconocida en dicho precepto constitucional un contenido sustantivo propio que va más allá de la mera igualdad de los candidatos ante la ley y permite, en su caso, valorar el grado en que los partidos políticos gozan de parejas posibilidades en todas las fases de la competición electoral.

Esto sabido, las críticas que con más frecuencia recibe el sistema electoral español atañen tanto a la igualdad del poder del voto de los electores como a la igualdad de oportunidades de las candidaturas en la atribución de escaños en las elecciones al Congreso de los Diputados: en el primer caso, se dice que el número de votos necesarios para la obtención de diputados es muy diferente en función de las circunscripciones; en el segundo, se denuncia la existencia de situaciones de sobrerrepresentación e infrarrepresentación de determinadas fuerzas políticas en relación con los votos obtenidos por cada una de ellas.

b) Igualdad en la distribución de escaños entre circunscripciones

No es extraño que, en las elecciones a las cámaras bajas, la distribución de representantes entre las diferentes circunscripciones no guarde una exacta relación con la población de derecho o con el número de electores inscritos o de ciudadanos, consagrándose, en ocasiones, diferencias significativas entre distritos electorales.

Esta situación se presenta de modo bastante habitual en los sistemas mayoritarios, donde las elecciones se desarrollan en circunscripciones uninominales y la configuración de cada una de ellas es producto de la geometría electoral, circunstancias estas que han facilitado las prácticas dirigidas a la delimitación de las circunscripciones en función de intereses políticos (*partisan gerrymandering*). Esto explica que en los países que siguen este método de escrutinio exista una clara preocupación, reflejada tanto en la normativa electoral como en la doctrina jurisprudencial, por garantizar el principio de igualdad del peso del voto.

Por su parte, los sistemas de representación proporcional operan en circunscripciones plurinominales que se superponen habitualmente a entidades territoriales -de naturaleza política o administrativa- preexistentes. La igualdad en el poder del voto queda sustancialmente garantizada en estos casos cuando el criterio de reparto de escaños se realiza en función de la población de derecho o del número de electores o ciudadanos de cada circunscripción. Las

mayores desviaciones se producen, en cambio, cuando se realiza una asignación fija de escaños a cada circunscripción.

i) Distribución de escaños entre circunscripciones en el ámbito comparado

Antes de entrar en el análisis de la situación española, parece oportuno realizar un estudio comparado de los mecanismos de distribución de escaños entre circunscripciones utilizados en otros sistemas electorales.

En la medida en que el sistema electoral español, por su naturaleza proporcional, se basa en un tipo de circunscripción diferente del que es propio de los métodos de escrutinio mayoritarios, no se considera oportuno hacer una precisa referencia a estos últimos. Cabe únicamente subrayar que en ellos se pone un especial énfasis -como ya ha quedado dicho- en la necesidad de garantizar el equilibrio demográfico entre circunscripciones. Así, en Estados Unidos, la *Supreme Court* viene afirmando, desde la década de los sesenta, que el voto de una persona “debe valer igual que el de cualquier otra, tan aproximadamente como sea posible (*as nearly as is practicable*)”. Igualmente, en el Reino Unido, las *Boundaries Commissions* velan por que el número de electores de cada distrito se aproximen lo más posible a la cuota resultante de dividir el número total de electores entre el número total de escaños asignados a cada una de las partes del Reino Unido. Y en Francia, el *Conseil Constitutionnel* ha señalado que la Asamblea Nacional “debe ser elegida sobre bases esencialmente demográficas”.

Mayor interés tiene, al objeto del presente Informe, el análisis de las reglas de distribución de escaños entre circunscripciones empleadas en aquellos sistemas electorales que, como el español, se inspiran en criterios de representación proporcional. En el ámbito de la Unión Europea, al que se ha constreñido el objeto de este estudio comparativo, son veinticuatro los países -excluyendo a España- que utilizan fórmulas de escrutinio proporcionales, si bien éstas se combinan en ocasiones con elementos mayoritarios, mediante la elección de un determinado número de escaños en circunscripciones

uninominales, a fin de personalizar en alguna medida el sufragio de los electores (tal sucede en Alemania, Hungría, Lituania y Rumanía).

Las notas comunes a estos sistemas electorales, en lo que a la delimitación de circunscripciones y distribución de escaños entre ellas se refiere, son las siguientes:

- Las circunscripciones electorales coinciden normalmente con las divisiones territoriales de naturaleza política o administrativa de los diferentes países, cuyos límites son generalmente respetados; no obstante, se observa que, en ocasiones, los entes territoriales de gran densidad demográfica se desmembran en diversas circunscripciones electorales: así, en Bulgaria, la ciudad de Sofía se divide en tres circunscripciones, y en Grecia, dentro de la prefectura de Atenas, se distinguen las circunscripciones de Atenas "A" y Atenas "B".

Por excepción, en algunos países, como Eslovaquia y los Países Bajos, existe una circunscripción única a nivel nacional.

- No se asigna, con carácter general, una representación fija a las circunscripciones electorales con independencia de su población de derecho o del número de ciudadanos o electores.

Sin embargo, en algunos sistemas electorales se prevé esa representación fija, ya sea de manera uniforme (como ocurre en Rumanía, donde todas las circunscripciones tienen un mínimo de cuatro escaños) o en atención a concretas realidades geográficas (tal es el caso de Dinamarca, que asigna dos escaños a las Islas Faroe y otros dos a Groenlandia; y de Italia, que asigna un escaño al valle de Aosta), étnicas (en Eslovenia se asigna un escaño a la comunidad húngara y otro a la comunidad italiana) o de otro tipo (en Italia se asignan doce escaños a la circunscripción especial para los italianos residentes en el extranjero y en Portugal dos a cada una de las dos circunscripciones para los portugueses en el exterior).

- La fórmula de reparto de escaños suele ser, en la mayor parte de los países, la de cocientes enteros y restos mayores: de este modo, la cuota de reparto es el cociente resultante de dividir la población de derecho, el número de electores o el de ciudadanos, entre el número de escaños; a cada circunscripción se asignan tantos escaños como veces la cuota de reparto quede comprendida en la población de derecho, el número de electores o el de ciudadanos de aquélla; los escaños restantes se asignan a la circunscripción que tenga el resto más alto, es decir, el mayor excedente de población no representada.

En cambio, el sistema electoral de Portugal aplica la regla d'Hondt para la distribución de escaños entre circunscripciones.

- La distribución de escaños entre las circunscripciones se realiza siempre atendiendo un criterio demográfico, ya sea éste la población de derecho (Bélgica, Bulgaria, Chipre, Eslovenia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Polonia, Países Bajos, República Checa y Rumania), el número de ciudadanos (Alemania, Austria y Finlandia) o el de electores (Estonia, Letonia, Lituania, Malta, Portugal y Suecia).

Una regla peculiar se utiliza en Dinamarca, donde los escaños se distribuyen proporcionalmente sobre la base de la suma de tres números: la población, el número de votantes inscritos en las últimas elecciones generales y la superficie en kilómetros cuadrados de la circunscripción multiplicada por veinte.

- El respeto a la igualdad del poder del voto entre circunscripciones no encuentra excepciones legales explícitas en la mayor parte de los sistemas electorales.

Alemania y Lituania contemplan tales excepciones, pero para la delimitación de las circunscripciones electorales uninominales propias del sistema electoral mixto de estos países: en el caso alemán, la desviación de la población de un distrito electoral no puede ser superior al 15% de la media de

los distritos del *Land*, salvo cuando gocen de una justificación expresa y con el límite máximo del 25%, a partir del cual es necesaria una nueva delimitación de la circunscripción; en el lituano, el número de electores de las circunscripciones electorales uninominales debe situarse entre el 0,8 y el 1,2 del número medio de electores de todas las circunscripciones, es decir, se admite una desviación del 20% de la cuota de reparto.

Malta admite una desviación máxima del 5% de la cuota de reparto atendiendo a razones de vecindad geográfica, diferencias en la densidad de población u otras diversas.

En el marco de esta referencia a los sistemas electorales europeos, cabe igualmente señalar que, según el ya citado Código de buenas prácticas en materia electoral (*Code of Good Practice in Electoral Matters*) aprobado por la Comisión de Venecia en octubre 2002, la igualdad del poder del voto exige que la distribución de escaños entre circunscripciones en las elecciones a las Cámaras bajas se realice sobre la base de uno (o varios) de los siguientes criterios: número de residentes, de nacionales, de electores registrados y “posiblemente” de votantes efectivos (apartado 13); no obstante, se añade a continuación que la delimitación de las circunscripciones puede realizarse sobre la base de criterios geográficos o tomando en consideración límites administrativos o incluso históricos (apartado 14); ahora bien, la desviación admisible no debe superar el 10%, si bien, en caso de circunstancias excepcionales (como los supuestos de entidades administrativas que, pese a su escasa población, cuentan con una representación de un escaño, o de concentración de una minoría nacional específica en una determinada circunscripción), podría llegar hasta el 15%.

ii) Distribución de escaños entre circunscripciones en el sistema electoral español

En España, el respeto al principio de igualdad de sufragio en el reparto de escaños entre circunscripciones se encuentra condicionado por el hecho de que la propia Constitución no acoge un criterio estrictamente demográfico a tal

fin, al prever una representación mínima inicial por provincia con independencia de su población de derecho (artículo 68.2), lo que, unido a la existencia de un tope máximo en el número de diputados del Congreso (artículo 68.1), introduce importantes diferencias representativas entre circunscripciones, dado que el número de escaños que les corresponde no guarda una relación directa con sus habitantes, determinando, a la postre, que el coste de la elección de un diputado no sea el mismo en cada una de ellas.

- Análisis numérico de las diferencias representativas entre circunscripciones provinciales

Al objeto de constatar estas diferencias en las elecciones al Congreso de los Diputados, se inserta a continuación una tabla con los siguientes parámetros: la población y el número de escaños de cada circunscripción, tanto en cifras absolutas como porcentuales (respecto al total de la población y de los escaños); la relación entre habitantes y diputados en cada circunscripción; y, en fin, el coeficiente de representación (CR), resultante de dividir el porcentaje de población entre el porcentaje de escaños en cada circunscripción, que cuando es superior a 1 evidencia una sobrerrepresentación y cuando es inferior a 1 refleja una infrarrepresentación.

Diferencias de representación entre circunscripciones en España

<i>Circunscripciones</i>	<i>Población</i>	<i>% población</i>	<i>Escaños</i>	<i>% escaños</i>	<i>Hab./esc.</i>	<i>CR</i>
Álava	305.459	0,67	4	1,14	76.365	1,70
Albacete	392.110	0,87	4	1,14	98.027	1,31
Alicante	1.825.264	4,04	12	3,43	152.105	0,85
Almería	646.633	1,43	6	1,71	107.772	1,19
Asturias	1.074.862	2,38	8	2,28	134.358	0,96
Ávila	168.638	0,37	3	0,86	56.213	2,32
Badajoz	678.459	1,50	6	1,71	113.076	1,14
Baleares	1.030.650	2,28	8	2,28	128.831	1,00
Barcelona	5.332.513	11,80	31	8,86	172.016	0,75
Burgos	365.972	0,80	4	1,14	91.493	1,42
Cáceres	411.531	0,91	4	1,14	102.883	1,25
Cádiz	1.207.343	2,67	9	2,57	134.419	0,96
Castellón	573.282	1,27	5	1,43	114.656	1,12
Ceuta	76.603	0,17	1	0,28	76.603	1,65

Ciudad Real	510.122	1,13	5	1,43	102.024	1,26
Córdoba	792.182	1,75	6	1,71	132.030	0,98
Coruña, La	1.132.792	2,50	8	2,28	141.599	0,91
Cuenca	211.375	0,47	3	0,86	70.458	1,83
Gerona	706.185	1,56	6	1,71	117.697	1,10
Granada	884.099	1,95	7	2,00	126.300	1,02
Guadalajara	224.076	0,49	3	0,86	74.692	1,75
Guipúzcoa	694.944	1,54	6	1,71	117.697	1,10
Huelva	497.671	1,10	5	1,43	99.534	1,30
Huesca	220.107	0,49	3	0,86	73.379	1,75
Jaén	664.742	1,47	6	1,71	110.790	1,16
León	497.387	1,10	5	1,43	99.477	1,30
Lérida	414.015	0,91	4	1,14	103.504	1,25
Logroño	308.968	0,68	4	1,14	77.242	1,25
Lugo	355.176	0,78	4	1,14	88.794	1,68
Madrid	6.081.689	13,45	35	10,00	173.762	0,74
Málaga	1.517.523	3,36	10	2,86	151.752	0,85
Melilla	69.440	0,15	1	0,28	69.440	1,87
Murcia	1.392.117	3,08	10	2,86	139.211	0,93
Navarra	605.876	1,34	5	1,43	121.175	1,07
Orense	336.926	0,74	4	1,14	84.231	1,54
Palencia	173.281	0,38	3	0,86	57.760	2,26
Las Palmas	1.042.131	2,30	8	2,28	130.266	0,99
Pontevedra	947.639	2,10	7	2,00	135.377	0,95
Salamanca	351.326	0,78	4	1,14	87.831	1,46
S.C. Tenerife	983.820	2,18	7	2,00	140.546	0,92
Santander	572.824	1,27	5	1,43	114.565	1,12
Segovia	159.322	0,35	3	0,86	53.017	2,46
Sevilla	1.849.268	4,09	12	3,43	154.016	0,84
Soria	93.593	0,21	2	0,57	46.796	2,71
Tarragona	757.795	1,68	6	1,71	126.299	1,02
Teruel	144.046	0,32	3	0,86	155.405	2,69
Toledo	639.621	1,41	6	1,71	106.603	1,21
Valencia	2.486.483	5,50	16	4,57	155.045	0,83
Valladolid	521.661	1,15	5	1,43	104.332	1,24
Vizcaya	1.141.457	2,52	8	2,28	142.682	0,90
Zamora	197.237	0,44	3	0,86	65.745	1,95
Zaragoza	932.502	2,06	7	2,00	133.214	0,97
TOTAL	45.200.737	100	350	100	108.348	1,00

Fuente: María Garrote de Marcos, *Las elecciones del 9 de marzo de 2008 y la igualdad de voto*, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2008, pp. 9-10.

Como resulta de esta tabla, las diferencias de representación entre circunscripciones son importantes. Así, acudiendo a un ejemplo recurrente, la provincia más infrarrepresentada es Madrid, con un coeficiente de representación de 0,74 y una relación de 173.762 habitantes por diputado, y la más sobrerrepresentada es Soria, con un coeficiente de representación de 2,71 y una relación de 46.796 habitantes por diputado.

Pero incluso dejando de lado casos extremos como el mencionado, se aprecia la tendencia general de que las circunscripciones menos pobladas están sobrerrepresentadas y las más pobladas están infrarrepresentadas, en relación con sus habitantes.

Así, las provincias de población superior a 775.000 habitantes aproximadamente están infrarrepresentadas (coeficiente de representación inferior a 1), siendo mayor la relación habitantes/escaño a medida que aumenta la población de la circunscripción. De entre ellas, en once circunscripciones el coeficiente de representación es inferior a 0,95 y la *ratio* habitantes/diputado es superior a 135.000, y en seis el coeficiente de representación es inferior a 0,90 y la *ratio* habitantes/diputado es superior a 150.000.

En cambio, las provincias de población inferior a 775.000 habitantes aproximadamente están sobrerrepresentadas (coeficiente de representación superior a 1), siendo menor la relación habitantes/escaño a medida que disminuye la población de la circunscripción. De entre ellas, en catorce circunscripciones el coeficiente de representación es superior a 1,5 y la *ratio* habitantes/diputado es inferior a 80.000, y en cinco el coeficiente de representación es superior a 2 y la *ratio* habitantes/diputado inferior a 60.000.

- Jurisprudencia constitucional sobre la igualdad en la distribución de escaños

Pese a las desigualdades existentes, el Tribunal Constitucional no ha tenido nunca ocasión de pronunciarse acerca de la adecuación al principio de igualdad de sufragio del reparto de escaños entre circunscripciones en las

elecciones al Congreso de los Diputados, como lo han hecho los órganos de control de la constitucionalidad de otros países como Estados Unidos y Francia -entre los sistemas mayoritarios- y Alemania -entre los sistemas proporcionales-. La razón estriba, probablemente, en que los elementos determinantes de dichas desigualdades se encuentran contemplados en el artículo 68 de la Constitución, por más que la acción del legislador, en el margen que le está permitido, no haya contribuido a atenuarlas.

En cambio, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado del principio de igualdad en relación con la distribución de escaños en las elecciones autonómicas, realizando algunas consideraciones de interés para el tema objeto de estudio. Se trata, en concreto, de la Sentencia 45/1992, de 2 de abril, del Tribunal Constitucional, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, reguladora de las elecciones al Parlamento de las Islas Baleares.

El recurso se fundamentaba, entre otras razones, en que “el artículo 12.2 de la referida Ley, en cuanto asigna a la circunscripción electoral de Ibiza 12 escaños y a la de Menorca, que cuenta con un «censo significativamente menor», 13 escaños, produce una evidente discriminación que no encuentra justificación alguna y supone una vulneración del artículo 14 de la Constitución en relación con el 23, que no sólo exige una regla de aplicación general e igual a todas las candidaturas, sino que requiere que la propia regla no contenga diferencias discriminatorias y tal carácter tiene el asignar 12 escaños a la Isla de Ibiza, que cuenta con una población de derecho de 65.014 habitantes (...), y 13 a la de Menorca, con 60.056 habitantes...”.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Constitucional concluyó, a la vista de los datos aportados, que “carece de virtualidad la alegada desproporción entre los escaños asignados a la isla de Ibiza con los de Menorca, en primer lugar porque en forma alguna se ha demostrado que el censo de esta última sea «significativamente menor», ya que incluso, a partir de los propios datos aportados, si adoptamos como criterio el de residentes mayores de edad, sería mayor, por lo que no parece existir la situación de

manifiesta y arbitraria desproporción en el ejercicio del derecho de sufragio entre los ciudadanos de ambas islas que legitimaría la intervención del Tribunal en uno de los aspectos centrales del sistema electoral que compete definir al legislador, como es el de determinar el número de escaños de cada circunscripción. Pero, además, en el presente supuesto, aunque admitiésemos una diferencia de trato entre ambas islas, tendría una explicación razonable y no discriminadora en el hecho de que también, a efectos de este cómputo, se debe considerar la unidad entre Ibiza y Formentera, que forman un único Consejo Insular, unidad, por otra parte, consagrada en el art. 69 de la Constitución, de forma que primero el legislador estatutario, y más adelante el ordinario, han preferido establecer una igualdad de representación entre los Consejos Insulares de Menorca y de Ibiza-Formentera, aun al coste de consagrar una mínima diferencia de representación entre las islas de Menorca e Ibiza, en modo alguno ni desproporcionada, por su alcance, ni arbitraria, porque con ello se asegura la adecuada representación de la isla de Formentera” (FJ 5).

Aunque el recurso de inconstitucionalidad fue desestimado, el Tribunal Constitucional admitió que la distribución de escaños entre circunscripciones electorales puede vulnerar el principio de igualdad de sufragio, cuando la diferencia de representantes, en relación con la población de cada una de ellas, sea manifiesta, en el sentido de notablemente desproporcionada, y arbitraria, por la ausencia de cualquier criterio objetivo o razonamiento que la justifique.

Por tanto, y a la vista de los términos en que se expresa la referida sentencia, el Tribunal Constitucional considera preciso, para entender infringida la igualdad de voto, que la desproporción sea, al mismo tiempo -es decir, de forma cumulativa-, manifiesta y arbitraria, de modo que están admitidas las diferencias de representación que, aun no estando expresamente justificadas, son de una mínima entidad, del mismo modo que están proscritas todas aquellas que sean notoriamente excesivas, con independencia de su motivación.

- Opciones para la mejora de la igualdad en la distribución de escaños

Al proyectar estas consideraciones sobre el análisis de la distribución de escaños en las elecciones al Congreso de los Diputados, debe partirse de los condicionamientos constitucionales existentes en la materia, que son la previsión de un número máximo de diputados en el Congreso y de una representación mínima inicial por circunscripción (artículos 68.1 y 2 de la Constitución).

Con respeto a tales previsiones, el legislador tiene un cierto margen de maniobra para atenuar, en el marco de la Constitución, las desigualdades representativas actualmente existentes entre las distintas circunscripciones electorales.

Las alternativas posibles en este punto son varias, en función de que se actúe sobre todos o alguno de los siguientes elementos:

- Así, el número de diputados del Congreso, que actualmente está fijado en trescientos cincuenta (artículo 162.1 de la LOREG), puede ser incrementado por vía legislativa, siempre y cuando se respete el tope máximo de cuatrocientos diputados (artículo 68.1 de la Constitución).

Un aumento del número de diputados elevaría, como es lógico, el de escaños a repartir entre circunscripciones en función de sus habitantes, lo que compensaría la infrarrepresentación de las provincias más pobladas.

- Igualmente, la representación mínima inicial de cada provincia (artículo 68.2 de la Constitución), actualmente establecida en dos diputados (artículo 162.2 de la LOREG), puede ser modificada a la baja, con el único límite de la obligada asignación de un escaño a cada circunscripción provincial.

La reducción de la prima provincial a un diputado contribuiría a recortar las desigualdades representativas entre las circunscripciones pequeñas, que son directamente beneficiarias de la representación mínima inicial de dos

diputados, y las más habitadas, dado que serían más los escaños a repartir en proporción a la población.

Con ello, no obstante, se harían más patentes, en las circunscripciones poco pobladas, las correcciones del principio de proporcionalidad características de la regla D'Hondt, que benefician a los partidos políticos más votados. En otras palabras, se mejoraría la igualdad de voto pero, al menos en tales circunscripciones, se acentuarían los efectos mayoritarios del sistema electoral, si bien la proporcionalidad global del sistema se incrementaría.

- En fin, cabría sustituir la actual fórmula de reparto de escaños, que, en cuanto basada en la regla de los restos mayores (artículo 162.3 de la LOREG), presenta algunos inconvenientes: en primer lugar, favorece a las circunscripciones menos pobladas en detrimento de las que cuentan con una mayor densidad demográfica; en segundo término, no es monótona respecto al tamaño de la circunscripción, por lo que es posible que un aumento de su población comporte una reducción del número de diputados asignados, como sucedió en la provincia de Barcelona en las elecciones generales de 1993 y 1996.

La aplicación de la fórmula D'Hondt a la distribución de escaños entre circunscripciones -sugerida a nivel doctrinal y aplicada en Portugal- evitaría, por su carácter monótono, paradojas como la descrita, y, además, contribuiría, por sus efectos potencialmente mayoritarios, a aumentar la magnitud de las circunscripciones más pobladas, que son las más perjudicadas -en términos de representación- por la existencia de una representación mínima provincial y un número máximo de diputados.

Se ha propuesto, también, que la base del reparto de escaños no sea la población de derecho (compuesta por presentes y ausentes) actualmente utilizada en el régimen electoral español, sino el número de electores inscritos en el censo. En el ámbito comparado no existe un criterio claro al respecto, aunque son más los países que toman la población de derecho que los que parten del número de electores y de la cifra de ciudadanos (población menos

extranjeros). Aunque un respeto escrupuloso al principio de igualdad de voto llevaría a afirmar que el criterio más adecuado para el prorrateo de escaños entre circunscripciones es del número de electores inscritos, cabe observar que el ámbito de las funciones de representación política de los candidatos elegidos se extiende no sólo a los electores sino al resto de la población de derecho, incluyendo también a menores de edad y extranjeros residentes. Si a ello se une que la eventual extensión del derecho de sufragio a los extranjeros, como mecanismo para la integración política de éstos en España, es una de las inquietudes que subyace en la consulta planteada por el Gobierno, no parece aconsejable -con independencia de la decisión que respecto a esta última cuestión se adopte- que el criterio del número de electores inscritos deba sustituir al ya vigente de la población de derecho, por cuanto dicho criterio pudiera verse como contrario a esa labor de integración.

Por último, cabe observar que, entre las medidas apuntadas en el presente apartado, son las dos primeras (aumento del número de diputados de trescientos cincuenta a cuatrocientos y reducción de la representación mínima inicial de dos a un diputado por provincia) las que tendrían un efecto más significativo en la mejora de la igualdad en el reparto de escaños entre circunscripciones, siempre dentro de los límites que la propia Constitución impone en su artículo 68, apartados 1 y 2.

c) Igualdad en la atribución de escaños a las candidaturas en función de los resultados electorales

La proporcionalidad del sistema electoral español, entendida como la correspondencia entre el número de votos obtenidos por los distintos partidos políticos y el número de escaños atribuidos a las listas por ellos presentadas, ha sido también puesta en cuestión a consecuencia de las desigualdades entre candidaturas que se viene apreciando en las sucesivas elecciones generales.

Aunque las críticas en este punto se han formulado desde la exigencia constitucional de un sufragio igual, lo cierto es que la proporcionalidad electoral y el principio de igualdad de voto se sitúan en planos diferentes por más que

guarden una íntima relación entre sí. La “igualdad proporcional” (*proportional equality*) implica -según el Código de buenas prácticas en materia electoral, aprobado por la Comisión de Venecia en 2002- que los partidos políticos deben ser tratados en función de su número de votos (apartado 18). Y es que, en realidad, el mayor o menor grado de proporcionalidad de un sistema electoral afecta a la igualdad de oportunidades (*equality of chances*) de tales partidos, en cuanto verdaderos actores de la competición electoral, y sólo mediatamente a la igualdad del poder del voto de los electores.

i) Igualdad y proporcionalidad electoral en el ámbito comparado

La diferenciación entre el principio de igualdad de sufragio y la proporcionalidad electoral aparece de manera clara en la jurisprudencia italiana. En tal sentido, la *Corte Costituzionale*, en Sentencia núm. 429 del año 1995, ha señalado que la exigencia de voto igual implica el “igual valor” de cada sufragio pero no se extiende al “resultado concreto de la manifestación de la voluntad del elector”. De acuerdo con ello, las desigualdades en el proceso de conversión de votos en escaños no puede enjuiciarse -en el ordenamiento italiano- desde la perspectiva de la igualdad de sufragio.

En Alemania, sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha conectado tradicionalmente la proporcionalidad electoral con la igualdad de sufragio, entendida ésta como igualdad de resultado de los votos emitidos. Esta doctrina, sin embargo, no ha estado exenta de críticas doctrinales, la más importante de las cuales sostiene que la igualdad de sufragio comporta una igualdad en el poder del voto pero no una igualdad de resultado, de forma que las correcciones o modulaciones de la proporcionalidad electoral no necesitan una justificación expresa desde el punto de vista de la igualdad de voto, aunque sí podrán ser enjuiciadas en razón de la necesaria igualdad de oportunidades de los partidos políticos, que no es sino reflejo de la existencia de una democracia representativa. En este mismo sentido, el propio Tribunal Constitucional Federal ha entendido, en algunas decisiones recientes, que determinadas previsiones legislativas o disfunciones prácticas del sistema electoral alemán vulneran la igualdad de oportunidades de los partidos políticos

más que la igualdad de sufragio de los electores. Así ha sucedido, por ejemplo, en la Sentencia de 29 de septiembre de 1990, que declaró inconstitucional la aplicación de la barrera electoral del 5% computada a nivel nacional para las primeras elecciones generales celebradas tras la reunificación de Alemania, y en la reciente Sentencia de 3 de julio de 2008, recaída en relación con el llamado “peso negativo” (*negatives Gewicht*) de los votos, anomalía peculiar del sistema proporcional personalizado alemán consistente en que, bajo determinadas circunstancias excepcionales, un mayor número de votos en los distritos uninominales puede suponer para las candidaturas concernidas un menor número de escaños en la asignación proporcional, o viceversa, lo que genera un efecto arbitrario que deja sin sentido la lucha democrática por los votos de los ciudadanos.

ii) Igualdad y proporcionalidad electoral en el marco constitucional español

En España, al igual que en otros ordenamientos, el principio de igualdad se ha invocado como límite a las desviaciones legislativas del principio de proporcionalidad electoral consagrado en el artículo 68.3 de la Constitución. No obstante, las principales modulaciones a dicho principio vienen establecidas en otros apartados de ese mismo precepto, razón de que no puedan resultar fiscalizadas, en términos constitucionales, ni en relación con el derecho de igualdad ni por referencia a ningún otro de los contemplados en la propia norma fundamental. Únicamente las correcciones legislativas de la proporcionalidad electoral pueden quedar sujetas a un control de constitucionalidad.

En este sentido, hace ya más de dos décadas que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 75/1985, de 21 de junio, tuvo ocasión de examinar esta cuestión al resolver un recurso de amparo interpuesto contra un acto de proclamación de electos que -según los recurrentes- vulneraba el artículo 23.2 de la Constitución, habida cuenta de que, por aplicación del umbral electoral del 3% establecido en el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de

marzo, sobre normas electorales, se había excluido una candidatura que, de otro modo, habría obtenido representación.

Cabe observar que, en este caso, los partidos políticos recurrentes no consideraban vulnerada la igualdad de voto del artículo 68.1 de la Constitución, sino el derecho de las candidaturas a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos reconocido en el artículo 23.2, por referencia al artículo 14, ambos del propio texto constitucional. Semejante planteamiento se reprodujo en las Sentencias 193/1989, de 16 de noviembre, y 4/1992, de 13 de enero, recaídas en sendos recursos de amparo interpuestos en relación con actos dictados en aplicación de la legislación electoral canaria y madrileña, pero cuyas consideraciones sobre la proporcionalidad son trasladables -por identidad de razón- a la presente exposición.

Como en las tres sentencias mencionadas no cabía un control abstracto de la constitucionalidad de la ley, el Tribunal Constitucional desestimó los recursos de amparo interpuestos por no entender vulnerada la igualdad formal de las candidaturas ante la ley, habida cuenta de que las condiciones de concurrencia electoral estaban determinadas previamente con carácter general y eran idénticas para todas las candidaturas. Pese a ello, se realizan en tales sentencias una serie de pronunciamientos sobre la relación entre los principios de igualdad y proporcionalidad electoral que resultan relevantes para conocer si las desigualdades en el proceso de conversión de votos en escaños puede contravenir, en ciertos casos, las exigencias del principio de igualdad.

Procede, pues, el examen de cada una de estas sentencias, al objeto de identificar las líneas maestras de la jurisprudencia constitucional en la materia:

- Sentencia 75/1985, de 21 de junio, del Tribunal Constitucional. En esta decisión jurisprudencial se comienza descartando la existencia de vinculación alguna entre la proporcionalidad del régimen de elección del Congreso de los Diputados y el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos del artículo 23.2 de la Constitución. Dicho de otro modo, el

reconocimiento de este derecho no debe necesariamente traducirse en la aplicación de un sistema electoral proporcional como mecanismo de atribución de los cargos representativos: “No puede afirmarse -según el Tribunal Constitucional- que del precepto, en si sólo considerado, derive la exigencia de un determinado sistema electoral (...). Es bien conocida la existencia en los ordenamientos democráticos de una considerable diversidad de tales mecanismos, que han tendido, por vía doctrinal, a agruparse en torno a dos criterios polares, el mayoritario y el proporcional, aunque existen casos también en que la coexistencia de elementos procedentes de uno o de otro criterio conduce a verdaderas fórmulas mixtas en que no resulta fácil la conceptualización final del sistema. Lo importante aquí es señalar que, en cualquier caso, el art. 23 de nuestra Constitución (...) no impone, por sí mismo, al legislador ninguna de las modalidades ya existentes en el derecho comparado ni cualquier otro nuevo sistema” (FJ 4).

Y si el principio de igualdad no conduce de manera ineluctable a la utilización de un sistema electoral proporcional, menos obliga -por idénticas razones- a que, en caso de optarse por un tal sistema, deba buscarse la proporcionalidad máxima en la atribución de escaños. El derecho a la igualdad en el acceso a cargos públicos no exige -en palabras del Tribunal Constitucional- la aplicación, “dentro de lo que un sistema electoral abarca”, de “un determinado mecanismo para la atribución de los cargos representativos objeto de elección, en función de los votos que en la misma se emiten” (FJ 4).

De este modo, el derecho a la igualdad en el acceso a cargos públicos no supone, por sí solo, una preferencia por un concreto sistema electoral, sea éste de carácter proporcional o mayoritario: ambos son, *a priori*, perfectamente compatibles con el mencionado derecho. El principio de proporcionalidad característico de nuestro ordenamiento electoral deriva pues, única y exclusivamente, de su expreso reconocimiento en el artículo 68.3 de la Constitución.

Asimismo, el derecho a la igualdad en el acceso a cargos públicos, puesto en relación con los criterios de representación proporcional que -según

el referido precepto constitucional- deben inspirar las elecciones al Congreso de los Diputados, no puede llevar a concluir que cualquier corrección del principio de proporcionalidad sea, de suyo, discriminatoria: “Semejante conclusión arranca, en realidad -según el Tribunal Constitucional-, de una rechazable identificación entre la exigencia del trato igualatorio y el criterio electoral de la proporcionalidad, de modo que cualquier desviación de lo que, en abstracto, puede concebirse como aplicación pura de tal criterio por parte del legislador, llegaría, en último término, a ser considerada discriminatoria, de no contar con una expresa apoyatura constitucional. Debe afirmarse, por el contrario, que el principio democrático de la igualdad se encuentra abierto a las fórmulas electorales más diversas” (FJ 4).

Si se considerase que toda corrección de la proporcionalidad no prevista en la Constitución es, por el hecho de serlo, contraria a los artículos 14 y 23.2 de la propia norma fundamental, habría que entender -dice el Tribunal Constitucional- que “al principio de igualdad se oponen no sólo límites a la proporcionalidad del mismo tipo que el aquí cuestionado, sino, en consecuencia, límites que pudieran suponer una restricción mayor respecto a la aplicación del criterio proporcional y, desde luego, cualquier modalidad del sistema electoral mayoritario” (FJ 4).

En definitiva, la proporcionalidad no comporta una total correspondencia entre número de votos obtenidos por las diferentes candidaturas y número de escaños atribuidos a las mismas, aunque a ella debe orientarse el sistema electoral español. La Constitución –dice el Tribunal- “no ha pretendido introducir, agotando la regulación de la materia, un sistema «puro» de proporcionalidad”, supuesto en el que “la única opción constitucionalmente válida sería la que atribuyese, sin desviaciones, los escaños de modo exactamente proporcional al porcentaje de votos conseguidos”. La proporcionalidad “es, más bien -concluye el Tribunal Constitucional-, 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” (FJ 5).

◦ Sentencia 193/1989, de 16 de noviembre, del Tribunal Constitucional. En este fallo se reitera que la igualdad que debe regir el proceso electoral no impide al legislador introducir determinadas restricciones o recortes en la proporcionalidad, siempre y cuando estén justificadas y no resulten discriminatorias: “El sistema proporcional puede asumir, en consecuencia, diversas variantes, y no puede excluirse -afirma el Tribunal Constitucional- que el legislador (...), a la hora de configurar la variante concreta a seguir, en el uso de su libertad de configuración normativa, introduzca correcciones o modulaciones al principio de proporcionalidad. En tanto el legislador (...) se funde en fines u objetivos legítimos y no cause discriminaciones entre las opciones en presencia, no cabrá aceptar el reproche de inconstitucionalidad de sus normas o de sus aplicaciones en determinados casos, por no seguir unos criterios estrictamente proporcionales” (FJ 6).

◦ Sentencia 4/1992, de 13 de enero, del Tribunal Constitucional. En este pronunciamiento se precisa que los condicionamientos de la proporcionalidad electoral son discriminatorios, y por ende contrarios al principio de igualdad, cuando las diferencias entre los resultados electorales de las distintas candidaturas son excesivas y no se encuentran razonablemente justificadas en atención a la finalidad perseguida: “En consecuencia, la proporcionalidad, o mejor las desviaciones de la misma (...) constitutivas de una discriminación vedada por el art. 23.2 de la Constitución, no pueden ser entendidas de una forma estrictamente matemática, sino que -a juicio del Tribunal Constitucional- deben venir anudadas «a una situación notablemente desventajosa» y a «la ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que las justifique» (...). Las desviaciones de la proporcionalidad susceptibles de configurar una lesión del art. 23.2 de la Constitución (...) tienen que poseer una innegable entidad, a la par que estar desprovistas de un criterio objetivo y razonable que pueda permitir justificarlas” (FJ 2).

A la vista del contenido de estas tres sentencias, cabe resumir la jurisprudencia constitucional sobre la igualdad de las candidaturas electorales en el acceso a los cargos representativos en los siguientes términos:

- El principio de igualdad, reconocido en los artículos 13 y 23.2 de la Constitución, no impone necesariamente la adopción de un sistema electoral proporcional y, en sí mismo, también resultaría compatible con un sistema electoral mayoritario; por tanto, ambos preceptos constitucionales únicamente exigen una igualdad de las candidaturas durante el proceso electoral, cualquiera que sea el sistema que se aplique.

- En el marco de un sistema electoral proporcional, el principio constitucional de igualdad no obliga a buscar la proporcionalidad máxima y, por ende, no impide la existencia de correcciones o modulaciones de la proporcionalidad electoral, siempre y cuando éstas no resulten excesivas y estén debidamente justificadas; son, por tanto, dos las circunstancias que deben concurrir, de manera cumulativa, para que pueda entenderse que una restricción de la proporcionalidad electoral es contraria a la igualdad de los candidatos en el acceso a los cargos representativos: en primer lugar, que la desproporción sea manifiesta, en el sentido de “notablemente desventajosa”; y, en segundo término, que la desproporción sea arbitraria, por la “ausencia de cualquier criterio objetivo o razonamiento que la justifique”.

No es desdeñable la importancia de la doctrina transcrita si se tiene en cuenta que recayó en sentencias de amparo. Aunque la *ratio decidendi* de tales pronunciamientos fue la constatación de la igualdad formal de las candidaturas ante la ley, el Tribunal Constitucional fue más allá, apuntando la vertiente sustantiva del derecho de las candidaturas presentadas por los partidos políticos a acceder en condiciones de igualdad a los cargos representativos, con base en el artículo 23.2 de la Constitución. Se esboza, de este modo, el principio de igualdad de oportunidades de los partidos políticos que en otros ordenamientos ha sido objeto de un reconocimiento jurisprudencial e incluso legal explícito.

iii) Análisis comparado de las diferencias de representación de los partidos políticos en el sistema electoral español

Desde una perspectiva global o de conjunto, que valore los resultados electorales por comparación de los obtenidos por las distintas fuerzas políticas, cabe apreciar diferentes supuestos de sobrerrepresentación e infrarrepresentación en el arco parlamentario. Tales disfunciones son, en cualquier caso, habituales en todos los sistemas electorales proporcionales, cuando no impuestas de manera explícita por el constituyente o el legislador ordinario, y -precisamente por ello- no es la mera existencia de aquéllas, sino su alcance y justificación, lo que permite enjuiciar, en un sentido más o menos favorable, el grado de proporcionalidad del régimen de escrutinio utilizado.

A continuación se inserta una tabla que refleja la diferencia, positiva (primas) o negativa (penalizaciones), entre los porcentajes de escaños y votos obtenidos por los principales partidos políticos desde las primeras elecciones democráticas de 1977 hasta las últimas legislativas celebradas en 2008.

Diferencia entre los porcentajes de escaños y votos de los principales partidos políticos

	1977	1979	1982	1986	1989	1993	1996	2000	2004	2008
UCD	+12,9	+12,9	+3,1	---	---	---	---	---	---	---
PSOE	+4,4	+4,1	+10,4	+8,5	+10,4	+6,0	+2,8	+1,6	+4,2	+4,6
AP/PP	-3,8	-3,5	+4,7	+3,9	+4,8	+5,5	+5,7	+7,8	+4,6	+3,6
PCE/IU	-3,6	-4,2	-2,4	-2,7	-4,3	-4,5	-4,6	-3,2	-3,5	-3,2
CDS	---	---	-2,2	-3,8	-3,9	---	---	---	---	---
CiU	-0,6	-0,5	-0,2	+0,1	+0,1	0,0	0,0	+0,1	-0,4	-0,1
PNV	+0,6	+0,4	+0,5	+0,2	+0,2	+0,2	+0,1	+0,5	+0,4	+0,5
UPyD	---	---	---	---	---	---	---	---	---	-0,9

Fuente: José Ramón Montero y Pedro Riera, *Informe sobre la Reforma del Sistema Electoral*, Madrid, diciembre de 2008, p. 39.

El sistema electoral del Congreso de los Diputados se caracteriza por una importante restricción de la proporcionalidad, que beneficia a los partidos más votados y perjudica a los menos votados en cada circunscripción, es decir,

prima la concentración del voto y penaliza su dispersión en aras de garantizar la formación de mayorías estables de gobierno.

El beneficio para los partidos mayoritarios se traduce en que su porcentaje de escaños es superior al de votos. La prima de sobrerrepresentación de los dos grandes partidos, muy elevada en las primeras legislaturas por virtud de la acusada fragmentación parlamentaria, ha ido reduciéndose paulatinamente a medida que el voto del electorado se concentraba en torno a ellos: así, en las dos primeras elecciones democráticas (1977 y 1979), dicho porcentaje se situó en torno al 17%; en las cuatro siguientes (1982, 1986, 1989 y 1993) fue de entre el 11,5 y el 15%, y a partir de las elecciones generales de 1996 se viene situando entre el 8 y el 9,5%. Aunque la prima de escaños de la que se benefician estas fuerzas políticas ha descendido sensiblemente, sigue siendo bastante elevada: si se realiza un análisis comparado entre los resultados de las elecciones legislativas españolas de 2008 y los de las últimas elecciones celebradas en otros países europeos que aplican un sistema electoral proporcional, se observa que la sobrerrepresentación de los dos primeros partidos en España, que ha sido del 8,2%, es sensiblemente superior a la que se dio en las elecciones federales alemanas del 2005, que fue del 3,2%, aunque inferior a la de las elecciones generales italianas del 2008, que alcanzó el 9,4%.

También se aprecia una sobrerrepresentación de los partidos cuyo respaldo electoral se circunscribe a un ámbito territorial limitado, aunque la prima en escaños obtenida por estas formaciones políticas no ha superado el 0,5%, salvo en un ocasión. Esto demuestra que la representación electoral de estas formaciones políticas obedece fundamentalmente al respaldo popular que reciben y no a la peculiar caracterización del régimen electoral.

En sentido contrario, el perjuicio para los partidos minoritarios se refleja en el hecho de que el umbral medio efectivo para el acceso a la representación, según el promedio de los resultados de las distintas elecciones generales celebradas desde 1977, es del 10,2% de los votos emitidos en cada

circunscripción provincial, lo que permite hacerse una idea del elevado coste que cada escaño tiene en el sistema electoral español.

Este perjuicio se singulariza en los partidos menos votados de implantación nacional, que vienen consiguiendo un número de escaños inferior al que les correspondería en función de los votos obtenidos. En las elecciones legislativas de 2008, el porcentaje de escaños de las dos fuerzas políticas singularmente afectadas por esta situación ha sido 4,1 puntos inferior a su porcentaje de votos. Esta severa desproporción trae causa del alto grado de dispersión de los sufragios recibidos por tales partidos, en el marco de un sistema electoral que prima la concentración del voto en cada circunscripción. La infrarrepresentación de los partidos menos votados de ámbito nacional, con ser cierta en términos porcentuales, adquiere un especial relieve en un panorama político, como el español, caracterizado por la presencia de partidos políticos con un fuerte apoyo electoral circunscrito a zonas geográficas concretas: esta circunstancia da pie a una comparación que refleja con crudeza -mayor si cabe de la que resulta de los propios números- la desventaja representativa de los partidos menos votados de ámbito nacional. Esta situación de infrarrepresentación no es, con todo, exclusiva del sistema español: así, en las elecciones generales italianas de 2008 se observa que tres formaciones políticas que sumaban el 1,5% de los votos obtuvieron 11 escaños, mientras otras tres que contaban con un 6,5% de los sufragios no alcanzaron representación alguna precisamente por la elevada dispersión de los apoyos recibidos. Tales penalizaciones no existen, sin embargo, en el sistema proporcional personalizado alemán.

La sobrerrepresentación de los partidos mayoritarios y la penalización de los minoritarios es la principal manifestación del denominado “efecto mecánico” del sistema electoral español, entendiendo por tal la desviación del ideal de proporcionalidad en el proceso de conversión de votos en escaños que resulta de la aplicación de las reglas previamente establecidas en la LOREG.

Constituye un dato, en todo caso, que el respaldo ciudadano a los partidos pequeños de escala nacional es -con alguna excepción reciente- cada

vez menor, como lo demuestra el hecho de que en las elecciones legislativas de 1977 se repartiesen cuarenta y un escaños por tan solo tres en las últimas de 2008. A este acusado descenso ha contribuido principalmente, como es lógico, el libre ejercicio del derecho de sufragio por parte de los electores, que depositan su voto a favor de aquellos programas políticos que les resultan más atractivos, y, en una menor aunque no desdeñable medida, la progresiva adecuación del comportamiento de los partidos y los votantes a la dinámica representativa generada por el propio sistema electoral español (en lo que se conoce como “efecto psicológico”, complementario del antes referido “efecto mecánico” de los sistemas electorales), pues, una vez conocido el elevado coste de la obtención de un escaño en las primeras elecciones, numerosas formaciones políticas sin expectativas de obtener diputados por sí mismas renunciaron a participar en sucesivos comicios o unieron sus fuerzas a otras, al tiempo que los electores orientaban su voto hacia aquellas candidaturas con mayores posibilidades de victoria en detrimento de sus opciones idealmente preferidas.

iv) Opciones para la mejora de la proporcionalidad del sistema

El factor determinante de la moderada proporcionalidad del sistema electoral español, por encima de cualquier otro, es la pequeña magnitud de las circunscripciones. El elevado número de circunscripciones -cincuenta provincias, más las ciudades de Ceuta y Melilla-, unido a la reducida composición del Congreso -trescientos cincuenta diputados- y la asignación de un número mínimo de dos diputados por provincia, comporta que los escaños a repartir sean menos de seis en no pocas provincias, supuesto este en el que los resultados electorales no pueden explicarse en términos de proporcionalidad. Sólo en las circunscripciones a las que se asignan seis o más diputados comienzan a notarse los efectos de la proporcionalidad, que, en todo caso, se despliega con mayor virtualidad en las circunscripciones con diez o más escaños en juego. En las elecciones generales de 2008, las circunscripciones con menos de seis diputados fueron veintisiete y en ellas se repartieron noventa y nueve diputados, es decir, casi la tercera parte del total del Congreso. Asimismo, la magnitud de las circunscripciones, excluida la

representación mínima inicial, se situó en estas mismas elecciones en un amplio espectro de entre uno y treinta y cinco escaños, que en promedio es la segunda más baja de los sistemas proporcionales europeos -después de Irlanda-, por lo que no pueden conseguirse unos resultados electorales proporcionales en todos los casos.

Por su parte, la fórmula D'Hondt es conocida por su propensión a beneficiar a los partidos grandes y, al mismo tiempo, perjudicar a los pequeños, especialmente cuando éstos son de ámbito nacional. Pese a que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 75/1985, de 21 de junio, ha entendido que esta fórmula electoral otorga "cierta ventaja relativa -aunque no superior a la de otras fórmulas consideradas igualmente proporcionales- para las listas más votadas" (FJ 5), la regla D'Hondt es tenida comúnmente por la menos proporcional de las existentes. Con todo, sus efectos correctores de la proporcionalidad están en relación con la magnitud de la circunscripción: así, la regla d'Hondt se comporta como las demás fórmulas electorales proporcionales en las circunscripciones que tienen asignados menos de seis o más de nueve escaños; en cambio, en las provincias que reparten entre seis y nueve escaños acusa una desviación de la proporcionalidad superior al resto de fórmulas de escrutinio. De este modo, salvo en las circunscripciones de tamaño intermedio, la regla D'Hondt tiene efectos similares a los de otras fórmulas proporcionales.

En este contexto, se han formulado diversas propuestas de reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados tendentes a la mejora de la proporcionalidad, unas de alcance más limitado (reducción de la representación mínima inicial por provincia a un diputado; aumento del número de diputados a cuatrocientos; supresión de la fórmula D'Hondt y sustitución por otra más proporcional de entre las existentes) y otras más ambiciosas (distribución de restos a nivel nacional; creación de circunscripciones autonómicas e incluso de ámbito nacional para la elección de una parte de los diputados).

Al objeto del presente Informe, cabe recordar que la consulta del Gobierno al Consejo de Estado se ciñe al análisis de aquellas propuestas que sean compatibles con la Constitución. Como es sabido, el artículo 68 de la

norma fundamental introduce una serie de condicionamientos en el sistema electoral del Congreso de los Diputados, ya analizados, que resultan de ineludible observancia para el legislador.

De este modo, no resulta admisible, en términos constitucionales, la consideración como circunscripción electoral de cualquier otra entidad política o administrativa distinta de la provincia. A la vista del contenido del artículo 68.3 de la Constitución, no es posible la creación de circunscripciones autonómicas, ni mucho menos una de alcance nacional, aunque solo sea -en este último caso- para la elección de una parte de los diputados del Congreso mediante una lista nacional al estilo alemán. Por expresa decisión del constituyente, el cómputo de los votos y la atribución de escaños debe realizarse a nivel provincial.

Habida cuenta de que la provincia es la única circunscripción electoral constitucionalmente válida, y siendo éste el elemento determinante de la actual distribución de las fuerzas parlamentarias en el Congreso de los Diputados -en combinación con la representación mínima inicial de dos diputados por provincia y el número de diputados de la Cámara-, las mejoras de la proporcionalidad que pueden intentarse tienen un alcance más bien relativo y limitado.

- Aumento del número de diputados, reducción de la representación mínima inicial y sustitución de la fórmula electoral

Dentro del margen concedido al legislador por el artículo 68 de la Constitución, sería posible introducir algunos cambios en la normativa electoral vigente, algunos de los cuales ya han sido examinados con anterioridad dentro de las medidas para mejorar la igualdad en la distribución de escaños entre circunscripciones; tales cambios son los siguientes:

- En primer lugar, el número de diputados del Congreso, que actualmente está fijado en trescientos cincuenta (artículo 162.1 de la LOREG),

puede ser incrementado por vía legislativa, siempre y cuando se respete el tope máximo de cuatrocientos diputados (artículo 68.1 de la Constitución).

Un aumento del número de diputados incrementaría el de escaños a repartir entre las diferentes circunscripciones, lo que redundaría en una mayor magnitud de las circunscripciones más pobladas y en un incremento general de la proporcionalidad del sistema electoral.

- En segundo término, la representación mínima inicial de cada provincia, actualmente establecida en dos diputados (artículo 162.2 de la LOREG), puede ser reducida a un escaño por circunscripción.

La reducción del mínimo provincial a un diputado, aunque haría más patentes las correcciones del principio de proporcionalidad características de la regla D'Hondt en las circunscripciones poco pobladas, aumentaría la magnitud de las circunscripciones más pobladas y, por ende, mejoraría la proporcionalidad en términos globales.

- Finalmente, cabría la sustitución de la fórmula D'Hondt (artículo 163.1 de la LOREG), que ha resultado especialmente beneficiosa para los partidos más votados en cada circunscripción, por otra que asegure un mayor grado de proporcionalidad, de entre las múltiples opciones posibles en la práctica electoral y aplicadas en el ámbito comparado; a tal efecto, es conocido que las fórmulas del cociente electoral o de los restos mayores -entre las que figuran las llamadas cuota Hare y Droop (o Hagenbach-Bischoff)- tienen unos efectos más proporcionales que las fórmulas del divisor o de la media más alta -de cuya naturaleza participan las reglas D'Hondt y Sainte-Laguë-; la fórmula de efectos más proporcionales sería la Hare, seguida de la Droop y la Sainte-Laguë, y, en última instancia, estaría la D'Hondt.

La introducción de estos cambios (aumento del número de diputados de trescientos cincuenta a cuatrocientos, reducción de la representación mínima inicial de dos a un diputado y sustitución de la fórmula electoral D'Hondt por otra de las indicadas) incrementaría la proporcionalidad del

sistema electoral del Congreso de los Diputados a los niveles máximos alcanzables en el marco de los condicionamientos impuestos por el artículo 68 de la Constitución, como resulta de las simulaciones que se realizan a continuación.

Cabe advertir, sin embargo, que para tales ejercicios se ha utilizado, como criterio de reparto de escaños entre circunscripciones, la fórmula de restos mayores actualmente prevista en el artículo 162.3 de la LOREG, porque aunque una distribución realizada con la fórmula D'Hondt, tal y como ha sido propuesto a nivel doctrinal y no político, debería redundar -al aumentar la magnitud de las circunscripciones- en unos resultados más proporcionales, lo cierto es que tales resultados, paradójicamente, cambian en poco o en nada a los obtenidos con el criterio de prorrateo vigente.

En las tablas que se insertan a continuación se realiza una comparación, sobre la base de los resultados electorales obtenidos en las elecciones generales de 2008, entre la distribución de escaños según el sistema electoral vigente (trescientos cincuenta diputados, representación mínima inicial de dos diputados por provincia, regla D'Hondt) y la que se produciría con otros sistemas que introdujesen cambios, en el sentido antes indicado, en uno o en varios de tales elementos.

Las tablas 1 y 2 reflejan los resultados electorales obtenidos -en número y en porcentaje de escaños- con el sistema electoral vigente y los que se obtendrían, sin alterar la composición actual del Congreso de los Diputados (establecida en trescientos cincuenta diputados), bien reduciendo la representación mínima inicial de dos a un diputado por provincia bien sustituyendo la regla d'Hondt por otra fórmula electoral para la atribución de escaños (sea Sainte-Laguë, Droop o Hare) bien realizando ambas modificaciones al mismo tiempo.

Tabla 1

	350/2/D'Hondt	350/2/Sainte-Laguë	350/1/D'Hondt	350/1/Sainte-Laguë
PSOE	169 (48%)	160 (-2,6%)	167 (-0,6%)	157 (-3,4%)
PP	154 (44%)	153 (-0,3%)	154 (0,0%)	153 (-0,3%)
IU	2 (0,6%)	8 (+1,7%)	4 (+0,6%)	8 (+1,7%)
UPYD	1 (0,3%)	1 (0,0%)	1 (0,0%)	2 (+0,3%)
CiU	10 (2,9%)	10 (0,0%)	11 (+0,3%)	11 (+0,3%)
PNV	6 (1,7%)	6 (0,0%)	5 (-0,3%)	6 (0,0%)
ERC	3 (0,8%)	5 (+0,6%)	3 (0,0%)	6 (+0,9%)
BNG	2 (0,6%)	2 (0,0%)	2 (0,0%)	2 (0,0%)
CC-PNC	2 (0,6%)	2 (0,0%)	2 (0,0%)	2 (0,0%)
Na-Bai	1 (0,3%)	1 (0,0%)	1 (0,0%)	1 (0,0%)
EA	---	1 (+0,3%)	---	1 (+0,3%)
Cha	---	---	---	---
NC-CCN	---	1 (+0,3%)	---	1 (+0,3%)
U. per les Illes	---	---	---	---
TOTAL	350	350	350	350

Tabla 2

	350/2/Droop	350/2/Hare	350/1/Droop	350/1/Hare
PSOE	162 (-2,0 %)	159 (-2,9%)	162 (-2,0%)	153 (-4,6%)
PP	156 (+0,6%)	151 (-0,9%)	153 (-0,3%)	152 (-0,6%)
IU	5 (+0,8%)	9 (+2,0%)	6 (+1,1%)	10 (+2,3%)
UPYD	1 (0,0%)	1 (0,0%)	1 (0,0%)	2 (+0,3%)
CiU	10 (0,0%)	10 (0,0%)	11 (+0,3%)	12 (+0,6%)
PNV	6 (0,0%)	6 (0,0%)	6 (0,0%)	6 (0,0%)
ERC	4 (0,3%)	5 (+0,6%)	5 (+0,6%)	6 (0,9%)
BNG	2 (0,0%)	2 (0,0%)	2 (0,0%)	2 (0,0%)
CC-PNC	2 (0,0%)	3 (+0,3%)	2 (0,0%)	3 (+0,3%)
Na-Bai	1 (0,0%)	1 (0,0%)	1 (0,0%)	1 (0,0%)
EA	---	1 (+0,3%)	---	1 (+0,3%)
Cha	---	1 (+0,3%)	---	1 (+0,3%)
NC-CCN	1 (0,3%)	1 (+0,3%)	1 (+0,3%)	1 (+0,3%)
U. per les Illes	---	---	---	---
TOTAL	350	350	350	350

Las tablas 3 y 4 reflejan los resultados electorales -en número y en porcentaje de escaños- que se obtendrían, sobre la base de un aumento del número de diputados de trescientos cincuenta a cuatrocientos, bien reduciendo la representación mínima inicial de dos a un diputado por provincia bien

sustituyendo la regla D'Hondt por otra fórmula electoral para la atribución de escaños (sea Sainte-Laguë, Droop o Hare) bien realizando ambas modificaciones al mismo tiempo.

Tabla 3

	400/2/D'Hondt	400/2/Sainte-Laguë	400/1/D'Hondt	400/1/Sainte-Laguë
PSOE	192 (-0,3%)	182 (-2,8%)	192 (-0,3%)	179 (-3,5%)
PP	173 (-0,8%)	170 (-1,5%)	173 (-0,8%)	172 (-1,0%)
IU	4 (+0,4%)	9 (+1,7%)	4 (+0,4%)	9 (+1,7%)
UPYD	1 (0,0%)	2 (+0,2%)	1 (0,0%)	2 (+0,2%)
CiU	14 (+0,6%)	13 (+0,3%)	14 (+0,6%)	14 (+0,6%)
PNV	7 (0,0%)	7 (0,0%)	6 (-0,2%)	7 (0,0%)
ERC	3 (-0,1%)	6 (+0,6%)	4 (+0,1%)	6 (+0,6%)
BNG	2 (-0,1%)	2 (-0,1%)	2 (-0,1%)	2 (-0,1%)
CC-PNC	3 (+0,2%)	4 (+0,4%)	3 (+2,0%)	4 (+0,4%)
Na-Bai	1 (0,0%)	1 (0,0%)	1 (0,0%)	1 (0,0%)
EA	---	1 (+0,2%)	---	1 (+0,2%)
Cha	---	1 (+0,2%)	---	1 (+0,2%)
NC-CCN	---	1 (+0,2%)	---	1 (+0,2%)
U. per les Illes	---	1 (+0,2%)	---	1 (+0,2%)
TOTAL	400	400	400	400

Tabla 4

	400/2/Droop	400/2/Hare	400/1/Droop	400/1/Hare
PSOE	185 (-2,1%)	182 (-2,8%)	182 (-2,8%)	177 (-4,1%)
PP	171 (-1,3%)	170 (-1,5%)	172 (-1,0%)	172 (-1,0%)
IU	7 (+1,1%)	11 (+2,1%)	10 (+1,9%)	13 (+2,6%)
UPYD	2 (+0,2%)	2 (+0,2%)	2 (+0,2%)	2 (+0,2%)
CiU	13 (+0,3%)	13 (+0,3%)	14 (+0,6%)	14 (+0,6%)
PNV	6 (-0,2%)	6 (-0,2%)	6 (-0,2%)	6 (-0,2%)
ERC	6 (+0,7%)	6 (+0,7%)	5 (+0,4%)	6 (+0,7%)
BNG	2 (-0,1%)	2 (-0,1%)	2 (-0,1%)	2 (-0,1%)
CC-PNC	3 (+0,1%)	3 (+0,1%)	3 (+0,1%)	3 (+0,1%)
Na-Bai	1 (-0,1%)	1 (-0,1%)	1 (-0,1%)	1 (-0,1%)
EA	1 (+0,2%)	1 (+0,2%)	---	1 (+0,2%)
Cha	1 (+0,2%)	1 (+0,2%)	1 (+0,2%)	1 (+0,2%)
NC-CCN	1 (+0,2%)	1 (+0,2%)	1 (+0,2%)	1 (+0,2%)
U. per les Illes	1 (+0,2%)	1 (+0,2%)	1 (+0,2%)	1 (+0,2%)
TOTAL	400	400	400	400

Fuente: José Ramón Montero y Pedro Riera, *Informe sobre la Reforma del Sistema Electoral*, Madrid, diciembre de 2008, pp. 79-90.

A la vista de estos resultados, cabe concluir que las reformas del sistema electoral apuntadas tendrían, con carácter general, los siguientes efectos:

- Descendería el porcentaje de escaños obtenido por los dos grandes partidos políticos, lo que supondría una reducción de las primas de las que actualmente disfrutaban; este descenso afectaría especialmente al partido de gobierno, por lo que las diferencias con el principal partido de la oposición se verían reducidas: a consecuencia de ello, aquél tendría que contar con más apoyos parlamentarios para formar gobierno.

- Aumentaría el porcentaje de escaños obtenido por los partidos minoritarios de ámbito nacional y también, aunque en menor medida, por los de implantación territorial; este aumento beneficiaría de manera singular a los partidos de escala nacional que cuentan con un apoyo electoral disperso, ya que verían reducidas las penalizaciones que actualmente sufren.

- Obtendrían escaños hasta cuatro nuevas formaciones políticas que, en la actualidad, carecen de representación; en consecuencia, se acusaría una mayor fragmentación parlamentaria, aunque seguiría siendo una de las más bajas entre los países que aplican sistemas de naturaleza proporcional.

Esto sabido, cabe añadir, a la vista de los resultados electorales contenidos en las tablas 1 a 4, que la introducción de la fórmula electoral Hare es la reforma que tendría un mayor impacto en la mejora del grado de proporcionalidad; asimismo, el aumento de la composición del Congreso a cuatrocientos diputados tendría un efecto ligeramente superior a la reducción de la representación mínima inicial a un diputado.

- Distribución de restos a nivel nacional

Con independencia de estas posibles modificaciones, cuya adecuación al texto constitucional resulta incuestionable, se ha propuesto, desde diversos

sectores, la introducción de un mecanismo de distribución de restos a nivel nacional, entendiéndose por tal la atribución de escaños en función de la suma de los restos de las distintas circunscripciones provinciales, para contrarrestar las fuertes penalizaciones, en términos de proporcionalidad, que sufren los partidos menos votados de implantación estatal.

Aunque el principal obstáculo para la distribución de restos a nivel nacional se encuentra en el propio tenor del artículo 68.3 de la Constitución, cabe observar que el Congreso de los Diputados -como parte integrante, junto con el Senado, de las Cortes Generales- representa al pueblo español en su conjunto según el artículo 66.1 de la Constitución, y, por ello, las fuerzas políticas más votadas a escala nacional deben contar con una presencia parlamentaria acorde al porcentaje de sufragios que éstos hayan obtenido. Desde esta perspectiva, la distribución de restos a nivel nacional, en cuanto correctivo de las penalizaciones que sufren los partidos menos votados de ámbito estatal, podría encontrar un fundamento constitucional legítimo.

En tal sentido, no debe olvidarse que la atribución de escaños se realizaría en función de los restos de votos de cada una de las provincias. De este modo, la circunscripción electoral seguiría siendo la provincia, y sólo los votos excedentes en cada una de ellas podrían tenerse en cuenta -en cómputo global nacional- para la atribución de escaños, en coherencia con la consideración del Congreso como cámara de representación nacional.

Parece pertinente, en todo caso, aclarar qué debe entenderse por “restos”, dado que este concepto no se utiliza de manera coincidente en todos los casos y constituye el presupuesto de la reforma propuesta.

En términos de matemática electoral, la gran diferencia -desde el punto de vista metodológico- entre las fórmulas del divisor (D'Hondt y Sainte-Laguë) y las fórmulas del cociente electoral (Hare y Droop) es que las primeras solucionan el problema de los restos presente en las segundas; más concretamente, las fórmulas del cociente electoral operan en dos fases: una primera, en la que se atribuyen los escaños resultantes de dividir el número de

votos entre el cociente electoral, y una segunda, para la atribución de los escaños restantes, en la que se tienen en cuenta los restos o votos sobrantes de la primera fase; en cambio, las fórmulas del divisor atribuyen los escaños utilizando una serie de cocientes sucesivos obtenidos dividiendo los votos de la circunscripción por una serie de números reales, de forma que no existen técnicamente restos.

Ahora bien, cuando se dice que las fórmulas del divisor -entre ellas la D'Hondt, aplicada en España- no dejan restos, únicamente se quiere significar que, a efectos de la atribución de escaños, todos los votos de la circunscripción quedan integrados en esa serie de cocientes sucesivos, no que todos ellos hayan servido a las candidaturas correspondientes para la obtención de representación. Precisamente, los votos que han sido computados y tenidos en cuenta para la formación de la serie de cocientes sucesivos pero, sin embargo, resultan estériles -por ineficaces- para la atribución de escaños son los que deben ser tenidos en cuenta para lo que, quizá impropriamente, se conoce como distribución de restos a nivel nacional.

A estos concretos y particulares efectos, se entiende por restos los votos de las candidaturas que no se han traducido en la atribución de escaños o que, sirviendo a tal fin, se excedan de la cuota electoral de la circunscripción (obtenida dividiendo el número de votos válidos entre el número de escaños).

Para el cálculo de tales restos, procede tomar ahora el ejemplo práctico del artículo 163 de la LOREG, que se basa en los siguientes parámetros: 480.000 votos válidos emitidos en una circunscripción que elija ocho diputados; votación repartida entre seis candidaturas: A -168.000 votos-, B -104.000-, C -72.000-, D -64.000-, E -40.000-, F- 32.000-; conforme a la regla D'Hondt, la candidatura A obtiene cuatro escaños, la candidatura B dos escaños y las candidaturas C y D un escaño cada una. Con los datos de este ejemplo, los restos serían los siguientes: 32.000 votos de la candidatura F, que no ha alcanzado representación; 40.000 votos de la candidatura E, a la que tampoco se ha atribuido escaño alguno; 4.000 votos de la candidatura D, que ha obtenido un escaño con 64.000 votos, cuando la cuota electoral de la

circunscripción es de 60.000 votos; y 12.000 de la candidatura C, que ha conseguido un escaño con 72.000 votos, cuando la cuota electoral de la circunscripción es de 60.000 votos.

Son estos restos provinciales, que de otro modo no obtendrían representación, los que, computados a escala nacional, servirían de base para la atribución de escaños.

A dicha atribución deben concurrir todas aquellas candidaturas que cuenten con tales restos. Los escaños utilizables para tal fin podrían ser todos o parte de los cincuenta escaños disponibles, hasta llegar al tope constitucional máximo establecido en el artículo 68.1 de la Constitución, y tales escaños habrán de quedar asignados a alguna de las circunscripciones provinciales: la concreción de cuántos escaños deban distribuirse y a qué circunscripción hayan de asignarse dependerá en buena medida del método de atribución que se utilice de entre los varios que serían posibles por traslación, con los ajustes que sean necesarios, de las fórmulas matemáticas ya conocidas en el ámbito electoral.

v) Otras propuestas de reforma relacionadas con las llamadas barreras electorales

Se ha propuesto, con finalidades bien distintas, la supresión del umbral electoral del 3% a nivel provincial y el establecimiento de una barrera electoral a nivel nacional.

Dado el diferente alcance de ambas propuestas, conviene examinarlas por separado:

- En relación con la primera de ellas, es conocido que el artículo 163.1 de la LOREG dispone en su apartado a) que no se tendrán en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, el 3% de los votos válidos emitidos en la circunscripción.

El Tribunal Constitucional ha confirmado la “validez constitucional” de este umbral en la necesidad de procurar que “la proporcionalidad electoral sea compatible con el resultado de que la representación de los electores en tales Cámaras no sea en exceso fragmentaria”, como garantía del correcto funcionamiento de las instituciones democráticas en el seno de un modelo parlamentario racionalizado (Sentencia 75/1985, de 21 de junio, FJ 5).

El umbral electoral del 3% de los votos emitidos en cada circunscripción no tiene, además, relevancia significativa para la obtención de representación en el sistema electoral vigente. Salvo en las provincias de Madrid y Barcelona (y quizá en alguna otra circunscripción de elevada población en función del grado de dispersión del voto), el porcentaje de sufragios necesario para la atribución de escaños se sitúa por encima de esa cifra. El único caso en que, por aplicación de la barrera electoral del 3%, se privó de representación a un partido político que, en otro caso, la hubiera obtenido, se produjo en las elecciones generales de 1993, precisamente en la circunscripción provincial de Madrid.

En tal estado de cosas, no parece que éste sea un punto necesitado de reforma.

- En cuanto al establecimiento de un umbral electoral a escala nacional, no se está, en este caso, en presencia de una medida de corrección de la proporcionalidad, sino del intento de lograr que la formación de gobiernos estables no dependa del apoyo de partidos políticos cuyo respaldo popular se circunscribe de manera exclusiva a un ámbito territorial determinado.

En apoyo de esta propuesta, se señala que algunos países europeos aplican barreras electorales de estas características: suele citarse, a tal efecto, el caso de Alemania, en donde existe una barrera electoral nacional del 5%. Se olvida, sin embargo, que en este país una parte de los escaños del *Bundestag* se reparten a escala nacional -contexto en el que cobra sentido un umbral de esta naturaleza- y que, además, se prevé una cláusula de corrección que

permite acceder al reparto nacional de escaños a aquellas candidaturas que hayan obtenido un escaño en tres distritos electorales (§ 6 Abs. 6 *BWahIG*).

En España, la fijación de una barrera electoral nacional no sería compatible con la consideración de la provincia como circunscripción electoral (artículo 68.2 de la Constitución), pues, en tal caso, se estaría privando de representación parlamentaria a partidos políticos que han obtenido un elevado número de sufragios a nivel provincial en favor de otras formaciones que, en ese mismo ámbito -el único constitucionalmente admitido para el cómputo de votos y atribución de escaños-, han recibido un apoyo popular más exiguo.

Únicamente sería posible la aplicación de un umbral electoral de esta naturaleza en el supuesto de un hipotético reparto de escaños a escala nacional.

3.2. Mejora de la participación política de los electores: la cuestión de las listas cerradas y bloqueadas

Otro de los aspectos cuestionados del sistema electoral del Congreso de los Diputados es el relativo a la elaboración de las listas de candidatos de las distintas fuerzas políticas, que, en su configuración actual, restringe injustificadamente -según sus críticos- la libertad de elección de los ciudadanos.

Dado que la elección de los diputados se ha de realizar atendiendo a criterios de representación proporcional (artículo 68.3 de la Constitución), los partidos, coaliciones electorales o agrupaciones electorales deben presentar sus respectivas listas de candidatos. En tal sentido, el artículo 169.2 de la LOREG, prevé que “cada candidatura se presentará mediante lista de candidatos”.

Se adopta, pues, un modelo de listas cerradas y bloqueadas, de manera que los votantes no pueden elaborar su propia lista escogiendo entre

quienes figuran en diferentes candidaturas, ni tampoco alterar el orden en que aparecen los candidatos de la lista de partido finalmente elegida.

Esta peculiar configuración de las listas de candidatos ha sido objeto de numerosas críticas, por cuanto -se dice- limita el libre ejercicio del derecho de sufragio. Con la imposición de listas cerradas y bloqueadas, los ciudadanos no eligen a sus candidatos sino que, en realidad, se adhieren a los impuestos desde un determinado partido, según sus preferencias políticas y no en función de las condiciones personales de aquéllos. Se limita así la capacidad de elección de los votantes, al tiempo que se acrecienta el dirigismo de las organizaciones partidistas.

a) Sistemas de personalización del voto en el Derecho comparado

En el ámbito comparado se aprecia una tendencia general a la personalización del voto de los electores en los sistemas proporcionales, ya sea introduciendo componentes mayoritarios en el escrutinio ya sea concediendo al elector la posibilidad de mostrar su preferencia por uno o varios de los candidatos presentados.

En algunos países se combina la representación proporcional con elementos propios de un sistema mayoritario. Así sucede en Alemania, Hungría, Lituania y Rumanía, donde una parte de los miembros de la Cámara baja son elegidos en circunscripciones electorales uninominales, de forma que las condiciones personales de los candidatos pasan a un primer plano en el momento de la votación.

En otros se actúa sobre la estructura de voto, estableciendo sistemas de voto personal o de listas desbloqueadas e incluso abiertas: en los primeros, cada elector puede votar en favor de un solo candidato de entre los varios que se presentan en la circunscripción; en los segundos, el elector puede votar a favor de tantos candidatos como escaños tiene asignados la circunscripción, alterando el orden de presentación de la lista de partido (listas desbloqueadas) o escogiendo a candidatos de diferentes partidos (listas abiertas).

Interesa, al objeto del presente Informe, examinar las características más destacadas de los sistemas de voto personal y de listas desbloqueadas o abiertas.

i) Sistemas de voto personal

Prescindiendo de otros modelos, en Malta e Irlanda se aplica una forma de voto personal conocida como voto único transferible: cada elector indica su orden de preferencia entre los candidatos presentados en su circunscripción, con independencia de su filiación política.

En un primer recuento, son elegidos quienes alcancen la cuota Droop, también llamada Hagenbach-Bischoff.

Si ningún candidato alcanza esa cuota, el candidato que tenga el menor número de votos es eliminado y sus votos en segundas preferencias son transferidos de acuerdo con las opciones expresadas por los votantes, comenzando el segundo recuento; del mismo modo, si un candidato es elegido, sus votos excedentes de la cuota Droop son transferidos de acuerdo con tales segundas preferencias.

El proceso de eliminación de candidatos y de transferencia de votos excedentes de la cuota y de la eliminación de candidatos continúa hasta que todos los escaños de la circunscripción hayan sido atribuidos.

Al final, cabe la posibilidad de que uno o varios candidatos sean elegidos sin haber alcanzando la cuota Droop, cuando el número de candidatos no eliminados sea igual al de escaños que restan por atribuir.

ii) Sistemas de listas desbloqueadas

No son pocos los países europeos con sistemas de representación proporcional que utilizan listas desbloqueadas (*open lists* en la literatura

anglosajona), permitiendo que los electores indiquen su candidato favorito dentro de la lista de partido elegida.

Existen, en particular dos modelos distintos de listas desbloqueadas: el de listas rígidas y el de listas flexibles.

- Modelo de listas rígidas

En este modelo, la atribución de escaños se realiza en favor de aquellos candidatos cuyos votos nominativos alcanzan un determinado porcentaje o cuota (Hare o Droop) de los votos del partido y, en su defecto, por el orden en que figuran en la lista del partido.

Este sistema se utiliza en Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Noruega y Países Bajos.

- Modelo de listas flexibles

En este modelo, la elección de los candidatos viene siempre determinada por las preferencias de los votantes y no por el orden en que aparezcan en la mencionada lista.

Este sistema se aplica en Chipre, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Letonia, Grecia, República Checa y Suecia.

iii) Sistema de listas abiertas

Resulta excepcional, en cambio, la adopción de un modelo de listas abiertas (*free lists* en la literatura anglosajona), donde los electores tienen tantos votos como representantes asignados a la circunscripción y pueden elegir a candidatos de diferentes partidos; en el momento del escrutinio, primero se reparten los escaños entre los partidos en función de los votos obtenidos por cada uno de ellos y después se ordenan los candidatos dentro

de cada lista de partido en función del número de votos personales recibidos, atribuyéndoles así sus escaños.

El sistema de listas abiertas se aplica en Luxemburgo y Suiza:

b) Examen crítico del sistema español

España, junto a Portugal e Italia -tras la reforma de 2005-, son los únicos países europeos con sistemas proporcionales que siguen utilizando listas cerradas y bloqueadas.

En lo que respecta al sistema electoral español, las críticas formuladas a las listas cerradas y bloqueadas, con ser ciertas, no impiden realizar algunas consideraciones, formuladas a partir de las peculiares exigencias de la política práctica, que quizá sirvan, sino para neutralizarla, si al menos para atemperar la dureza con que la misma se plantea en el plano teórico.

En tal sentido, cabe señalar, en primer lugar, que el sistema de listas cerradas y bloqueadas fue introducido por el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, como algo necesario y justificado por el momento político en que se vivía. Por aquel entonces, el éxito del proceso de transición a un régimen constitucional pasaba, casi de manera necesaria, por la consolidación de una voluntad y determinación férreas en el seno de los partidos con vocación democrática, que garantizaran su unidad de acción en un contexto de ambiciones personales y corrientes ideológicas tan legítimas como dispares. Una de las medidas apropiadas para tal fin era la constitución de listas cerradas y bloqueadas, que, ciertamente, cumplieron su propósito durante aquellos años, al servicio de la estabilidad parlamentaria. La LOREG, alumbrada en una todavía naciente democracia, consideró oportuno mantener el modelo de listas adoptado en el año 1977, probablemente por entender que persistían las razones que justificaron su introducción.

Ciertamente, tres décadas después de las primeras elecciones democráticas, han cambiado las circunstancias políticas que motivaron la

introducción de listas cerradas y bloqueadas, pero no existe una opinión común acerca de si los partidos políticos han alcanzado un grado de madurez y desarrollo suficientes que les permita observar un funcionamiento pluralista -en los términos exigidos por el artículo 6 de la Constitución- sin que, por ello, la fortaleza de sus propias estructuras se vea puesta en cuestión.

Tampoco cabe olvidar que es la propia naturaleza programática de las elecciones generales, más que el carácter cerrado y bloqueado de las listas electorales, lo que determina que los votantes se dividan en función de sus preferencias políticas y no presten atención a las cualidades personales de los candidatos que se presentan en cada circunscripción. De este modo, se produce una fuerte vinculación de los votantes a la figura del líder del partido que, aparte de dotar de caracteres presidencialistas a un régimen en esencia parlamentario, relega a un segundo plano la personalidad del resto de candidatos. No sucede lo mismo, por ejemplo, en las elecciones celebradas en el ámbito local, donde la cercanía entre representantes y representados haría conveniente un modo de elección más personalizado.

Por otra parte, la experiencia demuestra que, en los sistemas que utilizan listas abiertas y desbloqueadas, son muy pocos los electores que elaboran sus propias listas con nombres tomados de diferentes candidaturas o alteran el orden en que los candidatos aparecen en una determinada lista de partidos, hasta el punto de que los resultados electorales en tales sistemas suelen diferir en muy pequeña medida de los que se obtendrían con las actuales listas cerradas y bloqueadas. Así ocurre en España con las elecciones al Senado, en las que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 171.1 de la LOREG -de tenor prácticamente idéntico al del artículo 34.3 del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales-, las candidaturas “son individuales a efectos de votación y escrutinio aunque pueden agruparse en listas a efectos de presentación y campaña electoral”. Salvo en alguna ocasión en que, por virtud del carácter abierto y desbloqueado de las listas, obtuvieron representación candidaturas que no pueden calificarse propiamente como de partido (así sucedió en las elecciones de 1977, con Senadores por la Democracia o Entesa del Catalans), los escrutinios de las elecciones al Senado

han sido similares a los que se dan en las del Congreso de los Diputados, de tal modo que el partido político más votado en estas últimas suele obtener también los tres senadores que -por aplicación del sufragio mayoritario restringido- le corresponden en cada circunscripción provincial. Esta tendencia se ha intensificado con ocasión de la aprobación de la LOREG, cuyo artículo 172.2 prevé que en las papeletas destinadas a la elección de senadores deban figurar, bajo la denominación del partido, federación, coalición o agrupación de electores correspondiente, los nombres del candidato o candidatos respectivos, lo que -en la percepción subjetiva de los electores- lleva a la impresión de que dicha relación de personas constituye, en realidad, una lista de partido que debe ser votada en su conjunto sin poder prescindir de algunos de ellos a favor de otros de diferentes candidaturas o de alterar el orden en que vienen relacionados.

Las razones apuntadas -falta de acuerdo sobre el grado de pluralismo interno de los partidos políticos, carácter programático de las elecciones generales y escaso número de votantes que presumiblemente confeccionarían su propia lista-, unidas a la mayor complejidad que la apertura y desbloqueo de las listas de candidatos supondrían a la hora del escrutinio -por más que esta última circunstancia fuese superable a corto plazo con la aplicación de las nuevas tecnologías-, explican la dificultad de avanzar hacia una configuración del proceso electoral en la que los votantes dispongan de unas más amplias facultades de elección entre los candidatos presentados por las distintas formaciones.

Pese a todo, alguna reforma del actual sistema de elaboración de las listas de candidatos podría resultar aconsejable con el fin de que los electores se sintieran más partícipes del sistema electoral.

En tal sentido, no parece oportuno, en principio, un cambio radical del modelo actualmente vigente, que llevase a una total apertura de las listas, lo cual podría dar lugar a una correlación de fuerzas políticas impredecible, con mayorías o minorías insólitas, que complicaría de manera notable el funcionamiento de la Cámara. Piénsese, a este respecto, en el carácter

excepcional con que las listas abiertas se contemplan en el ámbito comparado, siempre además en países que, por sus reducidas dimensiones geográficas, se prestan mejor a una cercana relación entre representantes y representados.

Si se quiere potenciar la implicación de los ciudadanos en la vida política, más prudente sería que se procediese al desbloqueo de las listas, a través del mecanismo del voto preferencial utilizado en la mayor parte de los países europeos para las elecciones legislativas. Esta innovación quizá pudiera ensayarse primero en otros niveles representativos como las elecciones europeas o autonómicas, antes de plantearse su extensión, a la vista de los resultados ofrecidos, a las elecciones al Congreso de los Diputados. En todo caso, debe recordarse que la utilización de listas desbloqueadas es una posibilidad no exenta de riesgos, por los casos de corrupción y clientelismo a que el voto preferencial podría dar lugar.

4. Consideraciones finales

Realizadas las consideraciones que anteceden, cabe afirmar que el sistema electoral del Congreso de los Diputados, cuya contribución a la consolidación de la democracia en España resulta innegable por la estabilidad conferida durante estos años a la institución parlamentaria, presenta algunos aspectos que podrían ser susceptibles de mejora, en aras de garantizar la igualdad de electores y partidos políticos en el proceso electoral y de revalorizar la participación de los ciudadanos en la designación de sus representantes.

a) En relación con el primero de estos objetivos -la igualdad de los electores y partidos políticos-, se ha constatado a lo largo de este capítulo que el peso del voto difiere de manera ostensible en función de la circunscripción en que se ejerza el derecho de sufragio y que la correspondencia entre el número de escaños y el número de votos de algunas candidaturas electorales presenta desajustes importantes.

En el fondo de esta cuestión subyacen dos problemas diferentes aunque estrechamente relacionados entre sí: uno relativo al número de votos necesarios para la obtención de un escaño, que varía notablemente de unas circunscripciones a otras, y otro concerniente a la proporcionalidad del sistema, que presenta importantes correcciones de principio; en ambos casos está en juego el principio de igualdad, tanto desde la perspectiva de los electores (igualdad de sufragio del artículo 68.1 de la Constitución) como de los partidos políticos o candidatos que éstos presentan (igualdad de oportunidades del artículo 23.2 de la Constitución).

Precisamente por ello, el diagnóstico de los problemas planteados y las soluciones propuestas a lo largo del presente capítulo son parcialmente coincidentes, aunque, a efectos expositivos, convenga tratarlos separadamente:

- El diferente coste de obtención de un escaño está presente en el sistema electoral español desde el momento en que el artículo 68.2 de la Constitución prevé una representación mínima inicial por provincia, actualmente establecida en dos diputados (artículo 162.2 de la LOREG), de suerte que cien escaños de la Cámara, más otros dos de Ceuta y Melilla, se asignan con independencia de la población.

Esta representación mínima inicial de las provincias, que se les atribuye sin consideración a su población de derecho, determina que el número de votos necesarios para la atribución de un escaño presente importantes desviaciones de unas circunscripciones a otras.

A ello contribuye igualmente, aunque en menor medida, la reducida composición del Congreso, que el artículo 162.1 de la LOREG fija en trescientos cincuenta diputados, dentro del límite de los cuatrocientos que como máximo permite el artículo 68.2 de la Constitución.

La mejora de la igualdad del poder de voto hace aconsejable que tales desviaciones tiendan a corregirse, en línea con la tendencia general -apreciable

en los sistemas electorales europeos examinados- a lograr una distribución equitativa de los escaños en juego. En el marco constitucional, el legislador podría alcanzar dicho objetivo reduciendo la representación mínima inicial de dos a un diputado y elevando el número de diputados del Congreso a cuatrocientos. Ambas medidas, aplicadas de manera conjunta, son las que, a juicio del Consejo de Estado, resultarían más indicadas.

- Las desviaciones de la proporcionalidad del sistema electoral del Congreso de los Diputados tienen su causa principal en las previsiones constitucionales determinantes de la escasa magnitud y heterogeneidad de las circunscripciones provinciales.

El elevado número de circunscripciones y la pequeña dimensión de muchas de ellas, la existencia de una representación mínima inicial por provincia y la reducida composición de la Cámara determinan que el número de escaños asignados a cada circunscripción sea, en promedio, lo suficientemente pequeño -uno de los más bajos del entorno europeo- para condicionar la proporcionalidad del sistema.

Así todo, puede afirmarse que los criterios de representación proporcional a que alude el artículo 68.3 de la Constitución no se agotan en la aplicación de una fórmula de escrutinio de esta naturaleza; antes bien, la apelación a tales criterios constituye una directriz constitucional que, aunque no obliga al legislador -como el Tribunal Constitucional ha recordado- a la búsqueda de la proporcionalidad máxima del sistema, sí hace aconsejable que se corrijan, cuando menos, aquellas situaciones que pudieran poner en entredicho la igualdad de oportunidades de los partidos políticos y de los electores que les votan.

En este sentido se ha señalado, a la vista de los resultados electorales de los diferentes comicios, que la prima obtenida por los partidos más votados y, sobre todo, la desventaja sufrida por los partidos de ámbito nacional menos votados puede resultar en algunos casos excesiva.

Dentro de los límites que la Constitución impone, son varias las medidas legislativas que cabría adoptar a este respecto, algunas de ellas coincidentes con las que líneas arriba se han mencionado: así, el aumento del número de diputados a cuatrocientos y la reducción de la representación mínima inicial a un diputado no sólo atenuarían las diferencias en el coste de la obtención de un escaño que existe en función de las circunscripciones, sino que también elevarían la magnitud de las circunscripciones y, por ende, redundarían en una mayor proporcionalidad del sistema; al mismo fin contribuiría la sustitución de la fórmula D'Hondt por otra de efectos más proporcionales -el método Hare es, según las simulaciones realizadas, el que aportaría un mayor grado de proporcionalidad al sistema-.

Igualmente posible sería que los restos sobrantes a nivel provincial, en cuanto votos que no han servido a las respectivas candidaturas para obtener representación, se utilicen -en computo global- para la atribución de escaños adicionales a aquellos partidos que, por las características del sistema electoral español, tengan mayores restos. Las objeciones de naturaleza constitucional que suelen oponerse a este mecanismo de compensación parecen superables en la medida en que la provincia seguiría siendo la única circunscripción electoral y sólo los votos sobrantes tras el escrutinio provincial podrían utilizarse para tal cometido, en aras de corregir situaciones de desventaja que, por sus singulares características, puedan entrar en conflicto con valores constitucionales de rango superior, entre los que la igualdad de oportunidades de los partidos políticos -deducida del artículo 23.2 de la Constitución- ocupa un lugar preeminente.

Un incremento de la proporcionalidad del sistema electoral determinará el acceso a la Cámara de partidos políticos que, en la actualidad, no ostentan representación parlamentaria. Asimismo, no es improbable que una modificación de la legislación electoral pueda originar, en función de las expectativas creadas, ciertos cambios en la intención de voto de los electores, por el previsible trasvase del denominado voto útil desde los partidos mayoritarios a otros más pequeños, e igualmente es factible que, dada la mayor facilidad de obtener representación, el número de candidaturas

electorales tienda a incrementarse. De este modo, la fragmentación parlamentaria sería mayor, aunque no necesariamente excesiva.

b) En relación con el segundo de los objetivos apuntados al comienzo de este apartado de conclusiones -el refuerzo de la participación de los electores en la designación de sus representantes-, se ha propuesto, desde algunos sectores de opinión, la reforma del sistema de listas de candidatos, que en la actualidad son cerradas y bloqueadas.

No es casualidad que las mayores inquietudes y las más firmes iniciativas en relación con esta cuestión provengan de la sociedad civil y no se hayan planteado generalmente en el seno de los partidos políticos.

Un avance en este sentido podría comportar efectos beneficiosos para el fomento de la participación política de los ciudadanos y una mayor implicación de éstos en el funcionamiento democrático de las instituciones, en línea con lo ya dispuesto en la inmensa mayoría de los ordenamientos europeos.

En todo caso, las medidas que pudieran adoptarse debieran tener un alcance limitado, a través del desbloqueo de las listas, mediante el mecanismo denominado de voto preferencial ya utilizado en otros países que cuentan con sistemas electorales proporcionales.

Expuestas en los términos indicados las reformas del sistema electoral del Congreso de los Diputados que pueden resultar oportunas, en el contexto de la consulta planteada por el Gobierno al Consejo de Estado, queda por señalar que la decisión final acerca de la modificación de la legislación electoral debe adoptarse haciendo balance -con las precauciones inherentes a todo juicio prospectivo- de las posibles ventajas e inconvenientes que la introducción de aquéllas traería consigo: la búsqueda de un equilibrio entre representatividad electoral y estabilidad parlamentaria es, en definitiva, la clave del éxito de cualquier régimen electoral.

V. LA CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL EN LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO

La cuestión de la circunscripción electoral en las elecciones al Parlamento Europeo ha sido con frecuencia debatida, tanto en el plano doctrinal como en sede parlamentaria; de ahí que, aunque no se menciona expresamente en la consulta del Gobierno, haya parecido conveniente incluirla entre el elenco de asuntos a analizar.

Ya en los debates que precedieron a la aprobación de la Ley Orgánica 1/1987, de 2 de abril, de modificación de la LOREG para la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo, se pusieron de manifiesto las dos grandes opciones en cuanto a la configuración de la circunscripción electoral, plasmándose finalmente en la ley la opción por la circunscripción nacional única.

A partir de ese momento se han sucedido diversas y reiteradas iniciativas de reforma de la LOREG -principalmente formuladas por partidos de ámbito autonómico con representación parlamentaria, pero también frecuentes en el plano doctrinal- que se centran en proponer la posible utilización generalizada de las Comunidades Autónomas como circunscripciones electorales, alegándose para ello que esta reforma supondría una mejor adaptación del sistema a las peculiaridades de la estructura territorial de España frente al actual modelo de circunscripción única. En alguna propuesta se ha sugerido de forma más específica que se establezcan directamente, sobre una geografía electoral asimétrica, unas limitadas circunscripciones -en principio, las correspondientes a las comunidades históricas- junto a otra circunscripción única para el resto del territorio del Estado. Y en otras se condiciona genéricamente la circunscripción autonómica a que así lo acuerde el respectivo Parlamento autonómico y a que el número de habitantes de la Comunidad Autónoma permita cumplir el criterio de la representación territorial, siendo la atribución de escaños proporcional a la población de cada una de las circunscripciones autonómicas. En fin, tampoco han faltado propuestas que, conservando la circunscripción electoral única, han tratado de hacer presente la

estructura autonómica de España a través de lo que se ha venido en denominar “circunscripciones de dos niveles” (reparto de escaños a nivel nacional y ulterior distribución entre las circunscripciones de segundo nivel).

Lo cierto es que, como se verá a lo largo de esta exposición, ni el marco normativo comunitario ni la Constitución imponen o se inclinan decisivamente por una u otra solución. De esta forma, a falta de una regulación comunitaria uniforme para todos los Estados miembros y de unas determinaciones constitucionales precisas, la opción por un determinado modelo de circunscripción electoral en las elecciones al Parlamento Europeo es esencialmente una opción política y como tal ha de ser abordada. Ha de partirse, pues, de la constatación de que tienen pleno encaje, tanto en el marco normativo comunitario como en el plano constitucional, ambas opciones -la vigente de la circunscripción nacional única y la opción de varias circunscripciones autonómicas-, con sus matices y sus variantes. Ello no es óbice para apuntar, sin embargo, las ventajas e inconvenientes de una u otra opción -fundamentalmente desde la perspectiva de su adecuación a los principios que inspiran el sistema electoral español-, al hilo de las principales propuestas que en los niveles parlamentario y doctrinal se han ido formulando.

Para abordar esta tarea y aunque no es éste el lugar para tratar en profundidad el tema de la circunscripción electoral desde una perspectiva abstracta, parece oportuno partir de unas breves consideraciones generales sobre la incidencia del número y magnitud de las circunscripciones en la configuración de los sistemas electorales y, especialmente, en tres de sus elementos: proporcionalidad, relación entre votante y elegido, y principio de representación. Incidencia que, como se verá, opera en direcciones opuestas: si el tamaño es pequeño, hay menos proporcionalidad, mayor relación directa entre votante y elegido y se subraya la relevancia de los territorios que se constituyen en circunscripciones (se ha dicho, en este sentido, que la circunscripción pequeña facilita la representación territorial); si, por el contrario es grande, hay más proporcionalidad, menor relación directa entre votante y elegido y mayor correspondencia con la idea de representación nacional. En todo caso, y como ha subrayado autorizada doctrina, es muy difícil combinar

los efectos producidos por una circunscripción grande y los producidos por una pequeña.

El tamaño de la circunscripción es un elemento fundamental para determinar la proporcionalidad de la distribución. Se ha dicho que es el factor determinante o decisivo en la medida en que ejerce un marcado efecto en el grado de distorsión de la proporcionalidad. Prescindiendo de entrar a examinar las fórmulas mayoritarias, si la distribución de escaños se hace con base en una fórmula proporcional, como es el caso de las elecciones europeas, la proporcionalidad será mayor cuanto más grande sea la circunscripción (la mayor proporcionalidad se alcanza en el caso de circunscripción nacional única y será más alta cuanto más elevado sea el número de escaños del cuerpo legislativo de que se trate). En el caso más común de circunscripciones múltiples, la proporcionalidad será mayor en la medida en que sea mayor el promedio de escaños por circunscripción.

En cuanto a la relación entre votante y elegido, el menor tamaño de la circunscripción fomenta una mayor proximidad entre ambos; pero hay que tener en cuenta que, si el número de diputados a elegir es reducido, se limita la potenciación de esa mayor cercanía. También se ha dicho que la división en circunscripciones trae como consecuencia casi necesaria el parcelamiento de los temas de discusión durante la campaña y fomenta, además, la aparición de partidos locales que, en caso de tratarse de circunscripciones más amplias, no lograrían representación parlamentaria.

En fin, desde la perspectiva del principio de representación, la existencia de una circunscripción nacional única se corresponde con una representación nacional, mientras que las circunscripciones plurinominales de ámbito regional o autonómico se corresponden con una representación territorial.

1. El marco normativo europeo

1.1. Principios comunes

Si bien es cierto, como se acaba de apuntar, que en el momento actual son los ordenamientos de los Estados miembros los que tienen la última palabra a la hora de determinar el concreto sistema electoral que procede aplicar para elegir a sus respectivos eurodiputados -por lo que no existe propiamente un sistema electoral europeo uniforme-, hay que tener en cuenta que en el ordenamiento comunitario se han ido perfilando una serie de principios que condicionan las opciones que sobre esta materia se puedan acoger finalmente en los respectivos ordenamientos estatales.

El artículo 138 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 establecía que eran los Parlamentos nacionales los que designaban de entre sus miembros a los representantes en la Cámara de Estrasburgo, aunque se trataba de una solución transitoria, que habría de estar vigente hasta que por el Consejo de Ministros se aprobara una normativa electoral uniforme y se produjeran las primeras elecciones directas. Este proceso de elaboración de una normativa electoral uniforme chocó con obstáculos políticos y ninguno de los proyectos que en ese primer momento se elaboraron en el seno del Parlamento Europeo -entre los que destacaron el proyecto *Dehousse* o el proyecto *Patijn*, que tuvo una influencia constatada en el posterior Acto de 1976- fue adoptado por el Consejo. Finalmente y tras la cumbre de París de 1974 se redactó en septiembre de 1976 un Acto (anejo a la Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom) relativo a la elección por sufragio universal directo de los miembros del Parlamento. Este Acto, que hoy sigue en vigor con modificaciones, dejaba a los Estados miembros la determinación del procedimiento y se limitaba a enumerar los principios básicos del sistema electoral: elección por sufragio universal directo por un periodo de cinco años; distribución de escaños entre los Estados miembros atendiendo a criterios demográficos, pero con una sobrerrepresentación de los pequeños Estados; mandato representativo y acumulable con el de parlamentario en un Estado miembro; y votación entre jueves y domingo.

Con posterioridad y aunque desde 1979 los diputados del Parlamento Europeo se eligen directamente por los ciudadanos de los Estados miembros, no se ha llegado a establecer un procedimiento electoral uniforme o común, a pesar de que se han elaborado distintos proyectos con esa finalidad y de que se han hecho importantes avances en el plano normativo.

Así, entre los proyectos que han tenido por objeto perfilar un procedimiento electoral uniforme, destacan, en primer lugar, el proyecto *Seitlinger* de 1982 y el proyecto *Bocklet* de 1984, sobre los que se volverá más adelante y en el último de los cuales se planteaba la cuestión de si era realmente necesario que todos los Estados miembros tuvieran un procedimiento idéntico o si bastaba la convergencia en determinados aspectos fundamentales. También hay que mencionar la propuesta de 22 de octubre de 1996 sobre el procedimiento electoral uniforme, presentada por el Gobierno de la República Federal de Alemania durante la Conferencia Intergubernamental, que recogía los elementos esenciales de la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 1993, aprobada también con el mismo objetivo sobre la base de un informe previo elaborado por el diputado Sr. De Gucht, del que merece destacar la idea de un proceso por etapas para alcanzar la uniformidad en el sistema electoral y, sobre todo, la idea de que dicho sistema no tenía que ser absolutamente uniforme en todos los Estados miembros, sino que sólo era necesario alcanzar unos principios comunes. En fin, otro intento de articular un procedimiento electoral uniforme lo constituyó el Informe *Georgios Anastassopoulos*, en el que se basa la Resolución de 15 de julio de 1998, del Parlamento Europeo, a la que también se hará alusión más adelante.

En cuanto a los avances producidos en el plano normativo, ha de destacarse el importante matiz que se introduce en el Tratado de Ámsterdam -en el que se percibe la influencia del Informe De Gucht-, consistente en dar entrada en el apartado 3 del mencionado artículo 138, junto a la idea de un procedimiento electoral uniforme, a la noción de “principios comunes”, lo que ha permitido a los Estados conservar su competencia sobre el sistema electoral. De este modo y también tras la firma, el 13 de diciembre de 2007, del

todavía no vigente Tratado de Lisboa, no hay una regulación comunitaria del proceso electoral “común” para la elección de los miembros del Parlamento, de modo que los progresivos cambios en la institución europea y el reforzamiento de sus competencias no han tenido un equivalente en ese plano; no obstante lo cual se establecen algunos principios que han de inspirar las legislaciones nacionales⁴⁸:

- Los diputados al Parlamento Europeo son elegidos por sufragio universal directo, libre y secreto, para un mandato de cinco años.
- El Parlamento Europeo está compuesto por representantes de los pueblos de los Estados miembros (el Tratado de Lisboa se refiere expresamente a representantes de los ciudadanos de la Unión), no por representantes de los Estados.
- La legislatura actual, constituida el 20 de julio de 2004, comenzó con 732 eurodiputados; y desde el 15 de enero de 2007, con la entrada de Rumanía y Bulgaria, este número se elevó a 785 miembros, de los cuales 54 pertenecen a España. Según el Tratado de la Comunidad Europea, a partir de la próxima legislatura (2009-2014) el Parlamento contará con 736 miembros (50 para España⁴⁹) aunque, si se aprobara el Tratado de Lisboa antes de las elecciones, el número sería de 751 eurodiputados (54 para España). Finalmente, en las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de los días 11 y 12 de diciembre de 2008 se establece que el número total de diputados pasará de 736 a 754 hasta finales de la legislatura 2009-2014 (siendo el objetivo que esta modificación entre en vigor, a ser posible, durante 2010), correspondiendo a España elegir 54 eurodiputados aunque sólo tomarán posesión 50 hasta que se apruebe el Tratado de Lisboa.

⁴⁸ En la exposición que sigue a continuación se hará referencia al marco normativo vigente (en especial, artículos 189 y siguientes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –versión consolidada de 2006), sin perjuicio de destacar las previsiones que introducen el artículo 14 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 223 del TCE– versiones consolidadas DOUE nº C 115, de 9 de mayo de 2008, todavía no vigentes-.

⁴⁹ Así lo prevé el artículo 9 del Tratado de Adhesión de Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea, que da nueva redacción, con efectos a partir del inicio de la legislatura 2009-2014, al párrafo primero del artículo 190.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

- Se establece un mínimo de cinco diputados por Estado miembro y un tope máximo de noventa y nueve escaños (en el Tratado de Lisboa estos límites son 6 y 96).
- Según resulta del Tratado de Lisboa, es al Consejo Europeo al que, por unanimidad, a iniciativa del Parlamento Europeo y con su aprobación, le corresponde adoptar la decisión por la que se fije la composición del Parlamento Europeo.
- El Parlamento Europeo elaborará un proyecto encaminado a establecer las disposiciones necesarias para hacer posible la elección de sus miembros por sufragio universal directo, de acuerdo con un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros.
- Finalmente, el Consejo establecerá por unanimidad, previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, que se pronunciará por mayoría de sus miembros, las disposiciones pertinentes y recomendará a los Estados miembros su adopción, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Esta previsión se mantiene tras el Tratado de Lisboa, aunque con algunos matices: se prevé que las disposiciones necesarias se adopten con arreglo a un procedimiento legislativo especial; y se señala expresamente que dichas disposiciones entrarán en vigor una vez que hayan sido aprobadas por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

Especial atención merecen, a los efectos de esta exposición, las previsiones relativas al modo de representación. En la redacción todavía vigente se establece que el número de representantes elegidos en cada Estado ha de garantizar una representación adecuada de los pueblos de los Estados miembros y se mantiene la regla de la sobrerrepresentación de los Estados pequeños.

El propio reparto de escaños que fijan los Tratados -y que para el futuro se remite al Consejo- genera una marcada desigualdad de representación

(población/número de escaños), lo cual es lógico si se toma en consideración la disparidad poblacional existente entre los diversos Estados miembros. Así, tomando los datos de las últimas elecciones al Parlamento Europeo (2004), hay Estados que, en relación con su población, están sobrerrepresentados en el Parlamento (Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estonia, Grecia, Irlanda, Chipre, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Holanda, Austria, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia y Suecia, el caso más alejado de la media es el de Bélgica con 1,10% más de escaños en relación con la población), mientras que otros están subrepresentados (Alemania, España, Francia, Italia, Polonia y Reino Unido, siendo Alemania el caso más alejado de la media con 4,66% menos de escaños en relación con su población).

En los textos resultantes del Tratado de Lisboa (y, en particular, en el apartado 2 del artículo 14 del Tratado de la Unión Europea) se precisa que la representación de los ciudadanos será decrecientemente proporcional. Esta nueva fórmula no significa, sin embargo, un cambio de postura, sino que pone el acento en que ha de tratarse de una representación proporcional, aunque lo sea decrecientemente (por razón misma de la decisión de sobrerrepresentar a los Estados pequeños). De ahí que la representación proporcional decreciente haya de interpretarse en el sentido de que, en el marco de la representación proporcional, cada diputado de un Estado miembro más poblado debe representar a más ciudadanos que un diputado de un Estado menos poblado y viceversa. En última instancia, ello supone ponderar de manera distinta las poblaciones de los Estados miembros a efectos de concretar cuántos diputados han de corresponder a cada Estado. Tomando otra vez datos correspondientes a las elecciones de 2004, un representante alemán (es decir, del Estado con más población) representa a 833.703,54 alemanes, en tanto que un representante luxemburgués representa a 74.716,67 luxemburgueses, siendo la media de la Unión Europea 620.220,33 ciudadanos por representante.

1.2. La circunscripción electoral

A falta de previsión alguna en los Tratados sobre la configuración de la circunscripción electoral, es preciso acudir al examen de otras disposiciones,

comenzando por alguno de los proyectos mencionados relativos al establecimiento de un procedimiento electoral uniforme.

El proyecto *Seitlinger* de 1982 abogaba por la introducción de un sistema proporcional, aparentemente con circunscripciones plurinominales de un mínimo de tres y un máximo de quince escaños cada una. La división en varias circunscripciones trataba de garantizar una relación más directa entre electores y elegidos. Junto a la anterior previsión se proponía la coalición a nivel nacional de las listas presentadas y se fijaba el reparto de los escaños primero a nivel nacional y luego en el nivel de las circunscripciones.

El proyecto *Bocklet* se concluyó en 1984, pero no llegó a ser sometido al Pleno. En él no se fijaba ningún tipo de circunscripción, aunque el reparto de los escaños se seguía produciendo a nivel nacional⁵⁰.

De lo anterior resulta que en ambos proyectos se sigue el modelo de la circunscripción nacional única pues, cuando en ellos se habla de circunscripciones, se está haciendo referencia más precisamente a las divisiones efectuadas para el reparto de los escaños previamente atribuidos en el nivel nacional. Es lo que se ha denominado “circunscripciones de dos niveles” en sistemas de representación proporcional; opción que ha recibido distintas valoraciones. Así, se ha dicho que tal división sirve casi únicamente a los efectos de la configuración de candidaturas y de la relación elector-representante, entendida como elemento básico del sistema mayoritario y transferida al sistema proporcional en el afán de combinar ambos tipos de representación, la proporcional y la mayoritaria; pero también se ha afirmado que se trata de un “mecanismo ejemplar para la reforma electoral”, que combina la ventaja del contacto estrecho entre votante y representante en circunscripciones de pequeña magnitud con la mayor proporcionalidad de las de gran magnitud, obteniéndose los mayores beneficios cuando la circunscripción superior es un distrito único de ámbito nacional y las inferiores circunscripciones de pequeña magnitud.

⁵⁰ Este mismo criterio se mantiene en el Informe *Hübner* de 1986.

Cabe destacar, asimismo, la Resolución de 15 de julio de 1998, del Parlamento Europeo sobre la elaboración de un proyecto de procedimiento electoral fundado en principios comunes para la elección de los diputados al Parlamento Europeo. Esta resolución se basaba en el ya mencionado Informe *Anastassopoulos*; y aunque su contenido no ha llegado a tener una plasmación normativa concreta, interesa destacar las siguientes previsiones:

- Se prevé que cada uno de los Estados miembros constituya circunscripciones territoriales sin que ello menoscabe de manera global el carácter proporcional del sistema electoral, exceptuándose de esta previsión a los Estados miembros cuya población no supere los 20 millones de habitantes (artículo 2). No se precisa, sin embargo, si las circunscripciones territoriales han de funcionar como auténticas circunscripciones (es decir, como circunscripciones de primer o, en su caso, único nivel) o si constituyen únicamente una división a efectos de la distribución de escaños en el plano interno.
- Se introducen algunas cautelas importantes: por un lado, se establece que, en el caso en que un país decida constituir diversas circunscripciones electorales en su territorio, los diputados al Parlamento Europeo que elija seguirán siendo los representantes del pueblo que los haya elegido, en su totalidad, y no los representantes de sus circunscripciones (artículo 3); por otro lado, se señala que, aunque puedan introducirse disposiciones especiales para tener en cuenta una especificidad regional, éstas no deberán ir en detrimento del principio de representación proporcional (artículo 4).
- Finalmente, se prevé que a partir de las elecciones europeas que tendrán lugar en 2009, un 10% del total de escaños del Parlamento Europeo se proveerá por votación de listas según un sistema proporcional en el marco de una circunscripción única formada por el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea (artículo 7).

De otra parte y en cuanto a las disposiciones vigentes, cabe destacar alguna previsión puntual relativa a las circunscripciones electorales de los Estados miembros. Así, el artículo 2 del Acto de 1976 (en la redacción dada por la Decisión 2002/772/CE, Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2002 y de 23 de septiembre de 2002) establece:

“En función de sus características nacionales, los Estados miembros podrán constituir circunscripciones para las elecciones al Parlamento Europeo o establecer otra subdivisión electoral, sin que ello desvirtúe globalmente el carácter proporcional del sistema electoral”.

Este precepto contempla la posibilidad de constituir circunscripciones, pero no considera preferible una opción u otra. El último inciso puede interpretarse en un doble sentido: puede entenderse que sólo trata de afirmar que la división no desvirtúa la proporcionalidad; pero también que tal división ha de realizarse sin desvirtuar el carácter proporcional del sistema electoral. En realidad, ambas afirmaciones no son incompatibles: es cierto que la división en varias circunscripciones electorales no tiene necesariamente que desvirtuar la proporcionalidad del sistema; pero también es cierto que puede llegar a desvirtuarla y que dicho principio puede constituir un límite a la división misma.

2. Breve referencia al Derecho comparado

La ausencia de un sistema electoral uniforme para el Parlamento Europeo hace que los ordenamientos nacionales ofrezcan diferentes soluciones -entre otros aspectos, a una cuestión tan fundamental como es la relativa a la circunscripción electoral-. Con todo, cabe apreciar algunas tendencias:

- La primera es que todos los Estados miembros tienen un sistema proporcional, incluidos los casos de Francia y Reino Unido, donde las elecciones al Parlamento Europeo anteriores a 1999 fueron las últimas que se celebraron con el tradicional sistema electoral británico de voto mayoritario y circunscripciones uninominales. Por lo demás y como se

acaba de ver, el Tratado de Lisboa introduce expresamente la representación proporcional.

- Otra tendencia consiste en mantener o incluso aumentar el grado de proporcionalidad de los sistemas electorales (frente a los que se aplican en cada país para las elecciones generales). Puede decirse que los legisladores nacionales se han esforzado por articular sistemas muy proporcionales a la vista de la menor cantidad de escaños a distribuir frente a las elecciones internas (y siendo éste un factor que opera en dirección inversa a la proporcionalidad).
- Supuesta la representación proporcional, hay variedad en cuanto a las concretas fórmulas empleadas (D'Hondt, Hare-Niemeyer, voto preferencial, etc.) y se han respetado las singularidades de los sistemas electorales nacionales. Por ejemplo, en Irlanda se mantiene el *single transferable vote*.
- En fin, es clara la opción por la circunscripción única a nivel nacional (España, Suecia, República Checa, Dinamarca, Chipre, Lituania, Hungría, Malta, Grecia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Eslovaquia, Finlandia, Austria, Estonia, Letonia, Eslovenia, Bulgaria y Rumanía). La división en circunscripciones se da, aunque con distinto alcance, en Irlanda, Bélgica, Francia, Reino Unido, Polonia, Alemania e Italia.

De las tendencias apuntadas puede extraerse la conclusión de que, de las tres variables apuntadas al inicio de esta exposición -proporcionalidad, relación elector/elegido, representación territorial-, prevalece el propósito de proporcionalidad entre votos y escaños que, en lo que al elemento de la circunscripción electoral se refiere, se traduce en la circunscripción nacional única.

Con independencia de lo anterior, especial interés reviste el estudio de la configuración de las circunscripciones electorales en los casos de Irlanda, Bélgica, Francia, Reino Unido, Polonia, Alemania e Italia.

2.1 Los Estados que tienen división en circunscripciones

Bélgica⁵¹

La distribución de escaños se produce a nivel de circunscripción, siendo cuatro las circunscripciones existentes:

- la circunscripción electoral flamenca, que abarca los distritos administrativos pertenecientes a la región flamenca, con excepción del distrito administrativo de Hal-Vilvorde;
- la circunscripción electoral valona, que abarca los distritos administrativos pertenecientes a la región valona, con excepción de los municipios de la región de lengua alemana;
- la circunscripción electoral de Bruselas - Hal-Vilvorde, que abarca los distritos administrativos de Bruselas - Hal-Vilvorde;
- la circunscripción electoral germano parlante, que abarca los municipios de la comunidad de lengua alemana;

Hay, además, tres colegios electorales: francés, neerlandés y alemán, y las personas inscritas en la lista de electores de la circunscripción electoral de Bruselas - Hal-Vilvorde pertenecen al colegio electoral francés o al neerlandés, según la opción que hayan escogido.

De los veinticuatro escaños belgas, 14 corresponden al colegio de lengua neerlandesa (Flandes + parte de la circunscripción de Bruselas), 9 al colegio de expresión francesa (Valonia + parte de la circunscripción de Bruselas) y 1 al colegio de habla alemana.

⁵¹ Las elecciones al Parlamento Europeo se rigen por la ley de 23 de marzo de 1989, modificada por la de 16 de julio de 1994 relativa a la estructura federal del Estado.

Francia⁵²

A Francia le corresponde elegir en la actualidad 78 diputados, que se distribuyen en ocho circunscripciones:

- Circunscripción Nord-Ouest: 12 escaños.
- Circunscripción Ouest: 10 escaños.
- Circunscripción Est: 10 escaños.
- Circunscripción Sud-Ouest: 10 escaños.
- Circunscripción Sud-Est: 13 escaños.
- Circunscripción Massif Central-Centre: 6 escaños.
- Circunscripción Ile de France: 14 escaños.
- Circunscripción Outre-mer: 3 escaños.

El reparto de escaños se verifica a nivel de circunscripción según la regla del mayor resto.

Irlanda⁵³

Los 13 diputados que corresponden a Irlanda son elegidos en cuatro circunscripciones: Dublín (la ciudad y el condado de Dublín) -le corresponden 4 escaños-; East (todos los condados de Leinster, excepto Dublín) -3 escaños-; South (todos los condados de Munster, excepto Clare) -3 escaños-; y North-West (Clare, todos los condados de Connacht y los tres condados del Ulster) -3 escaños-.

También en este caso el reparto de escaños se verifica a nivel de circunscripción según la fórmula electoral del voto único transferible.

⁵² Hay que tener en cuenta la Ley nº 77-729, de 7 de julio de 1977 (modificada en diversas ocasiones, entre otras en 1994 y 2003), y el Decreto nº 2004-396, de 6 de mayo de 2004.

⁵³ Hay que destacar el Electoral Act 1997 y los Electoral (Amendment) Act de 1998, 2002 y 2004, así como el European Parliament Elections (Forms) Regulations 2004.

Reino Unido⁵⁴

El Reino Unido dispone de 78 escaños. Los 75 diputados de Inglaterra, Escocia y País de Gales se eligen por representación proporcional (método D'Hondt) basada sobre el recuento de listas regionales cerradas en once circunscripciones:

- Eastern: 7 escaños
- East Midlands: 6 escaños
- Londres: 9 escaños
- North East England: 3 escaños
- North West England: 9 escaños
- South East England: 10 escaños
- South West England: 7 escaños
- West Midlands: 7 escaños
- Yorkshire y Humberside: 6 escaños
- Escocia: 7 escaños
- País de Gales: 4 escaños

Los tres diputados correspondientes a Irlanda del Norte se eligen por representación proporcional basada en un sistema de voto único transferible.

Polonia⁵⁵

Polonia se divide en trece circunscripciones, entre las que se distribuyen 54 escaños.

El escrutinio se realiza primero a nivel nacional (método D'Hondt) para determinar qué listas superan la barrera del 5%. Después se realiza la asignación de escaños a las circunscripciones, dentro de las cuales los

⁵⁴ En especial, hay que tener en cuenta la European Parliamentary Elections Act 2002, la European Parliament (Representation Act) de 2003 y la European Parliament (Number of MEPs) (United Kingdom and Gibraltar) Order 2004 (No. 1245).

⁵⁵ Ley de Elecciones al Parlamento Europeo de 23 de enero de 2004.

escaños se distribuyen entre las listas ganadoras según el método Hare-Niemeyer.

Alemania⁵⁶

En Alemania, donde se eligen 99 eurodiputados, los partidos tienen la posibilidad de presentar listas de candidatos bien a nivel de uno o varios *Länder*, admitiéndose la posibilidad de coaliciones entre listas, bien a nivel nacional. Esta previsión trae causa de la existencia de partidos con implantación federal y de otros cuyo ámbito de actuación territorial es más reducido.

Hay dieciséis circunscripciones plurinominales (que se corresponden con cada uno de los *Länder*), pero con recuento nacional en la primera fase. El reparto de escaños se realiza a nivel nacional según el método Hare-Niemeyer, en el que el cociente electoral se obtiene multiplicando el número de votos de cada partido por el de escaños a distribuir, dividiéndose el producto por el total de votos a candidaturas. Con arreglo a esta fórmula, por tanto, no se calcula la cantidad de votos necesarios para que un partido obtenga un escaño, sino una cifra que indica la cantidad de escaños que corresponden a cada partido; y los escaños sobrantes se distribuyen según el orden de las décimas, de modo que no es necesario un procedimiento adicional. De esta forma, una vez aplicado el método Hare-Niemeyer a nivel nacional, en el que opera también el umbral del 5%, se obtienen los diputados que corresponden a cada una de las listas o candidaturas presentadas. En un ejemplo bastante simplificado, pero útil para comprender la mecánica del sistema:

Total de votos emitidos a nivel nacional: 10.000

Escaños a repartir: 100

4 circunscripciones: A, B, C y D

Tres partidos políticos: X, Y y Z. Y presenta lista en dos circunscripciones (B y C). Los otros dos presentan lista a nivel nacional.

⁵⁶ Ley Federal de 8 de marzo de 1994 (modificada con fecha 1 de agosto de 2003).

Partido político	Total votos obtenidos a nivel nacional	Circunscrip. A	Circunscrip. B	Circunscrip. C	Circunscrip. D
X	3.000	700	500	800	1.000
Y	2.000	-	1.500	500	-
Z	5.000	1.000	2.000	500	1.500

Primer nivel - distribución a nivel nacional según el cociente Hare-Niemeyer: (n° votos de cada partido x n° total de escaños a distribuir) / n° total de votos emitidos

$$\text{Partido X} - (3.000 \times 100) / 10.000 = 30 \text{ escaños}$$

$$\text{Partido Y} - (2.000 \times 100) / 10.000 = 20 \text{ escaños}$$

$$\text{Partido Z} - (5.000 \times 100) / 10.000 = 50 \text{ escaños}$$

Una vez así determinados los escaños que corresponden a cada lista, se realiza -con arreglo al mismo método- su distribución entre los dieciséis *Länder*. A tal efecto se tiene en cuenta la distribución de los votos de cada formación entre las distintas circunscripciones y sobre ella vuelve a operar la fórmula Hare-Niemeyer, en esta ocasión referida al total de votos obtenido por una formación en un *Land* dividido entre el número total de votos de esa formación y multiplicado por el número de escaños que le corresponden. Continuando con el ejemplo anterior:

Segundo nivel - distribución de los escaños de cada partido entre las distintas circunscripciones según el cociente Hare-Niemeyer (se aplica tomando los escaños totales asignados a cada partido, los votos totales obtenidos y los votos correspondientes a cada circunscripción): (n° votos del partido en cada circunscripción x n° total de escaños asignados al partido a nivel nacional) / n° total de votos obtenidos por el partido a nivel nacional

Partido X:

$$\text{Circunscripción A} - (700 \times 30) / 3.000 = 7 \text{ escaños}$$

$$\text{Circunscripción B} - (500 \times 30) / 3.000 = 5 \text{ escaños}$$

$$\text{Circunscripción C} - (800 \times 30) / 3.000 = 8 \text{ escaños}$$

$$\text{Circunscripción D} - (1.000 \times 30) / 3.000 = 10 \text{ escaños}$$

Partido Y:

$$\text{Circunscripción B} - (1.500 \times 20) / 2.000 = 15 \text{ escaños}$$

$$\text{Circunscripción C} - (500 \times 20) / 2.000 = 5 \text{ escaños}$$

Partido Z:

Circunscripción A – $(1.000 \times 50)/5.000 = 10$ escaños

Circunscripción B – $(2.000 \times 50)/5.000 = 20$ escaños

Circunscripción C – $(500 \times 50)/5.000 = 5$ escaños

Circunscripción D – $(1.500 \times 50)/5.000 = 15$ escaños

CUADRO RESUMEN			
Partidos Políticos	Distribución de escaños a nivel nacional (1ª aplicación Hare-Niemeyer)	Distribución de escaños a nivel de circunscrip. (2ª aplicación Hare-Niemeyer)	
X	30	A	7
		B	5
		C	8
		D	10
Y	20	A	-
		B	15
		C	5
		D	-
Z	50	A	10
		B	20
		C	5
		D	15

En definitiva, para las elecciones al Parlamento Europeo se ha suprimido la parte del sistema electoral para elecciones internas que propicia el voto personal, es decir la circunscripción uninominal, y se mantiene el resto aunque se diluye algo el elemento federal, dado que las listas a nivel de los *Länder* son facultativas⁵⁷, pudiendo los partidos optar por la lista nacional o por listas federales en uno o varios *Länder*.

⁵⁷ Se ha dicho que la previsión de listas a nivel de *Land* no se corresponde con ninguna imposición del principio federal o de la estructura federal del país, sino que es una adaptación del sistema electoral al sistema de partidos políticos y, más concretamente, a la existencia de un partido político relevante de ámbito regional (la CSU de Baviera).

Italia⁵⁸

Los 78 escaños que corresponden a Italia se distribuyen en cinco circunscripciones con arreglo a un sistema de voto preferencial:

- Italia Noroccidental (Piamonte, Valle d'Aosta, Liguria, Lombardia): 20
- Italia Nororiental (Veneto, Trentino Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia, Emilia Romagna): 15
- Italia Central (Toscana, Umbria, Marca, Lazio): 15
- Italia Meridional (Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria): 19
- Italia Insular (Sicilia, Cerdeña): 9

Las listas se presentan a nivel de circunscripción.

El número de votos obtenido total se divide entre el número de escaños, obteniéndose el cociente electoral nacional. Dividiendo por este cociente el número de sufragios obtenido en el nivel nacional por cada lista se obtiene el número de escaños que corresponde a cada una de ellas. Los escaños restantes se asignan a las listas que tienen los restos más elevados.

Para la distribución en circunscripciones de los escaños obtenidos se divide el total nacional de votos válidos para cada lista por el número de escaños a otorgar a la misma lista a nivel nacional, obteniéndose el cociente electoral por lista. Se procede luego a la división de la cifra electoral (votos válidos) obtenida por la lista en la circunscripción por el cociente electoral por lista. El resultado da el número de escaños a otorgar en la circunscripción.

⁵⁸ Ley nº 18, de 24 de enero de 1978, modificada por Leyes nº 78 y 90, de 27 de marzo y 8 de abril de 2004; y decreto del Presidente de la República de 10 de abril de 2004.

2.2. Conclusiones

De lo visto hasta aquí pueden obtenerse algunas conclusiones en cuanto a la configuración por los ordenamientos nacionales de la circunscripción para las elecciones al Parlamento Europeo.

La primera es que en los veintisiete países examinados (incluida España) la opción mayoritaria es por la circunscripción electoral única y por la mayor proporcionalidad del sistema (frente a la mayor cercanía entre votante y elector o al reforzamiento de la representación territorial). En este sentido, hay que destacar que alguno de los Estados que con frecuencia se mencionan como ejemplo de Estados en los que la división en circunscripciones viene determinada por su estructura regional o federal (Italia, Alemania) ha optado, en realidad, por un sistema de circunscripciones de dos niveles, realizándose el recuento de votos y la distribución de escaños entre las listas a nivel nacional, sin perjuicio de establecer una división en circunscripciones para la presentación de listas y para la ulterior asignación concreta de escaños en cada región o estado.

Además, con cierta frecuencia los Estados no utilizan como circunscripción electoral su propia división político-administrativa, lo cual es especialmente significativo en aquellos países que hacen de la autonomía política de sus partes componentes la estructura misma del Estado. Esta opción se puede explicar atendiendo a consideraciones de carácter eminentemente práctico: el reducido número de escaños a atribuir entre un número frecuentemente elevado de estados federados o de regiones, lo que resultaría contrario a la efectividad de la regla de la proporcionalidad; pero también atendiendo a razones de mayor calado político –por ejemplo, por entender que la circunscripción única es el sistema más adecuado para la representación del Estado en una instancia supranacional- y que, en última instancia, inciden en la esencia de la representación y de la soberanía nacional⁵⁹.

⁵⁹ Piénsese, por ejemplo, que en Francia ha habido una circunscripción electoral única hasta el año 2004 y que el Conseil d'Etat, en un dictamen previo a la redacción de la ley francesa, llegó

En esta misma línea, en la mayoría de los casos examinados el tamaño de las circunscripciones se sitúa entre los siete y los quince escaños, lo que da lugar a circunscripciones de tamaño mediano.

3. El caso español

3.1. La regulación vigente: los artículos 210 y siguientes de la LOREG

La Constitución no contiene previsión alguna relativa al sistema electoral del Parlamento Europeo por lo que, junto a las normas comunitarias a que antes se ha hecho referencia, es la LOREG –y en concreto su título V (artículos 210 a 226)- la que contiene los elementos esenciales que definen el concreto sistema electoral aplicable⁶⁰. A los efectos que aquí interesan, se establece que la circunscripción para la elección de los diputados del Parlamento

a afirmar que la circunscripción nacional era el único método compatible con la soberanía nacional.

⁶⁰ Según datos obtenidos de la página Web del Ministerio del Interior, las últimas elecciones celebradas en junio de 2004 tuvieron una abstención del 54,86%, habiéndose emitido un 0,98% de votos nulos y un 0,61% de votos en blanco y un total de 15.417.268 (99,39%) de votos a candidaturas. Los resultados obtenidos por las agrupaciones y partidos políticos que obtuvieron representación fueron los siguientes:

Agrupación	Votos	% votos válidos	Escaños
PSOE	6.741.112	43,46%	25
PP	6.393.192	41,21%	24
GALEUSCA	798.816	5,15%	2
IU-ICV-EUIA	643.136	4,15%	2
EDP	380.709	2,45%	1

Si se examinan los resultados electorales desde el punto de vista de la distribución de los votos válidos entre las Comunidades Autónomas y siguiendo el orden establecido en la Web del Ministerio del Interior, se obtienen los siguientes datos:

	Votos	Abstención		Votos	Abstención
Andalucía	2.481.603	59,12%	Extremadura	436.614	50,5%
Aragón	481.519	52,66%	Galicia	1.150.676	55,7%
Asturias	441.647	55,10%	I. Baleares	261.109	62,39%
Canarias	535.550	63,52%	La Rioja	126.373	46,11%
Cantabria	247.446	48,16%	Madrid	2.197.863	50,75%
Castilla y León	1.134.971	47,75%	Melilla	15.298	68,72%
Castilla-La Mancha	750.794	48,46%	Navarra	199.888	53,84%
Cataluña	2.116.962	60,20%	País Vasco	706.125	55,41%
Ceuta	17.874	68,33%	Murcia	462.184	50,94%
Com. Valenciana	1.747.786	49,54%			

Europeo es el territorio nacional (artículo 214) y que la atribución de escaños se realiza según la fórmula D'Hondt, sin fijar barrera legal alguna (artículo 216).

La constitucionalidad de la opción por la circunscripción nacional única ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 28/1991, de 14 de febrero. En ella se afirma la constitucionalidad del artículo 214 de la LOREG por considerar que se trata de una opción tan lícita constitucionalmente como la que consistiría en fijar las Comunidades Autónomas como circunscripciones electorales:

“... dentro de las legítimas preferencias por uno u otro modelo de circunscripción electoral, la configuración del territorio nacional como circunscripción única en las elecciones al Parlamento Europeo es, al menos, una opción tan lícita constitucionalmente como pueda serlo la que aquellos diputados autonómicos defienden, esto es, la del territorio de las diferentes Comunidades Autónomas, sin que esta segunda opción haya de ser necesariamente adoptada por exigencias de la estructura autonómica del Estado que reconoce y garantiza el art. 2 de la Constitución, interpretado en función del valor superior del pluralismo a que alude el art. 1.1 del propio texto constitucional, en contra de lo que creen tales diputados.

Por ello, aunque nada impediría, en principio, que el legislador estatal, en uso de su libertad de apreciación, pudiera disponer en el futuro la organización territorial del cuerpo electoral en los comicios europeos mientras subsista la autonomía institucional de que ahora disfrutaban los Estados miembros de la Comunidad Europea (art. 7 del acta electoral europea) atendiendo al diseño autonómico, debemos reiterar que tal medida no sería algo constitucionalmente obligado, sino el fruto de una decisión política cuya oportunidad y acierto no corresponde enjuiciar a este Tribunal”.

La opción por la circunscripción nacional única tiene la mayor de sus ventajas en que produce unos resultados altamente proporcionales⁶¹, máxime si se tiene en cuenta que no va acompañada del establecimiento de una barrera electoral. En efecto, la fórmula electoral que establece el artículo 163 de la LOREG para las elecciones al Congreso de los Diputados -que puede calificarse como sistema proporcional impuro- refuerza a los grandes partidos de ámbito nacional y no perjudica a los partidos de implantación únicamente autonómica; sin embargo, en cierto modo “penaliza” a los pequeños partidos de ámbito estatal pues se establece una barrera del 3%. Al no existir esta barrera en las elecciones al Parlamento Europeo, la opción por la circunscripción única facilita la proporcionalidad de la representación política, pues los partidos de ámbito estatal tienen iguales posibilidades con independencia de su tamaño o de su desigual implantación; por su parte, los partidos de implantación autonómica no se ven afectados por el hecho de que se trate de una única circunscripción (habiéndose constatado que tienen las mismas posibilidades sean una o varias las circunscripciones electorales). En definitiva, el mayor efecto proporcional se traduce en el mayor pluralismo político y en la mayor igualdad de posibilidades que tienen todos los partidos políticos.

También se ha dicho que es la opción que mejor se compagina con el carácter de representantes del pueblo español en su conjunto (a este respecto ha de recordarse que el Derecho comunitario vigente sigue hablando de la representación de los pueblos de los Estados miembros) de los diputados elegidos para un órgano de naturaleza supranacional.

3.2. Algunas propuestas de reforma: ventajas y desventajas

Como se decía al comienzo de este capítulo, se han formulado distintas y reiteradas propuestas, tanto a nivel doctrinal como en sede parlamentaria, planteando una opción distinta a la recogida en la LOREG y que generalmente se concreta en la adopción de la Comunidad Autónoma como circunscripción

⁶¹ En su intervención del día 26 de febrero de 1987 en el curso del debate parlamentario en torno a la que luego sería la Ley Orgánica 1/1987, el Vicepresidente del Gobierno justificó la opción por la circunscripción nacional única sobre la base de un argumento principal: el reducido número de diputados a elegir aconsejaba esta solución para mantener una auténtica proporcionalidad.

electoral o como base para la división en circunscripciones. Junto a ellas, cabe mencionar otras propuestas que, sin abandonar la opción por la circunscripción electoral única, tratan de subrayar el elemento autonómico.

Para fundamentar las propuestas que se basan en las circunscripciones electorales de ámbito autonómico se han empleado argumentos de distinta naturaleza. Así, se ha dicho que se trata de una opción que se adapta mejor a las propuestas formuladas en el ámbito comunitario; lo cual, sin embargo, no es del todo preciso puesto que, como antes se ha visto, tales propuestas no dejan de ser formulaciones abiertas en las que prima, ante todo, la garantía de la proporcionalidad del sistema. Así, se suele insistir en que, aun cuando se introduzca la división en circunscripciones o se recojan determinadas especialidades para tener en cuenta una “especificidad regional”, estas medidas no deben ir en detrimento del principio de representación proporcional. De otra parte, las propuestas formuladas en el ámbito del Derecho comunitario no utilizan siempre la división en circunscripciones como primer o único nivel a efectos del recuento de votos y asignación de escaños, sino que también contempla tal división como un segundo nivel de asignación de escaños, una vez distribuidos éstos entre las diferentes listas a nivel nacional (esta es la solución que, como antes se ha visto, recogían, entre otros, los proyectos *Seitlinger* y *Bocklet*).

También se ha dicho que la opción por las circunscripciones de ámbito autonómico se sitúa en la línea de la mayoría de los Estados europeos. Esta afirmación no es tampoco exacta pues, como ha quedado expuesto, son mayoría los Estados que establecen una circunscripción electoral única. En cuanto a los Estados que establecen una división en circunscripciones, tal división suele venir exigida por su tamaño (por ejemplo, Francia), por la singularidad de su fórmula electoral (Irlanda) o por su compleja estructura política y social (Bélgica). Además, en los casos alemán e italiano -que pudieran estimarse como más cercanos al caso español, por sus respectivas estructuras federal y regional- la división en circunscripciones se refiere exclusivamente al ámbito de las candidaturas o de las listas y sólo se utiliza en un segundo momento para el reparto interno de los escaños correspondientes

a un mismo partido o coalición, puesto que el recuento de votos y la atribución de escaños se producen a nivel nacional.

Como argumento de mayor peso, en tanto que vinculado a la propia dinámica de los sistemas electorales, hay que referirse al efecto que el tamaño de la circunscripción electoral tiene sobre la relación elector/elegido: a menor tamaño de la circunscripción, mayor proximidad entre votante y elegido, al reducirse la extensión de las listas (y, por consiguiente, el número de votantes por candidato). Con ello se refuerza sin duda la vertiente democrática del sistema electoral, pero no hay que olvidar que ese elemento -la relación entre votante y elegido- no es el único a tomar en consideración (por ejemplo, una circunscripción de reducido tamaño -como las que resultarían de dividir el territorio español en casi veinte circunscripciones de ámbito autonómico- puede permitir alcanzar una óptima relación entre votantes y candidatos, pero no realizar el principio de proporcionalidad) y que de esa mayor proximidad también deriva algún efecto no buscado como, por ejemplo, al disminuir la amplitud del debate político, que tiende a concentrarse en asuntos locales.

Pero, sin duda, el argumento al que con más frecuencia se recurre para fundamentar las propuestas que tienen por objeto la constitución de circunscripciones plurinominales de ámbito autonómico es que esa opción se corresponde mejor con la estructura territorial reconocida en la Constitución. Y es que, en efecto, el valor añadido de esta opción es el de utilizar como circunscripción electoral las unidades políticas que integran la estructura territorial de España y que, como tales, ejercen competencias de desarrollo normativo y de ejecución del ordenamiento comunitario. Ahora bien, esta ventaja inicial choca con un obstáculo difícilmente salvable, cual es el elevado número de circunscripciones que resultaría de esa división (17 Comunidades Autónomas, a las que habría que añadir las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla) respecto al reducido número de diputados a repartir. Ello tiene una incidencia negativa en la realización del principio de proporcionalidad, pues el sistema electoral se convertiría *de facto* en un sistema mayoritario, ya que es probable que en muchas de las circunscripciones sólo pudieran elegirse uno o dos diputados. Además, se produciría un notorio desperdicio de votos en cada

circunscripción y, en último término, este hecho podría desincentivar al electorado, ya de por sí remiso a participar en estas elecciones; pues, en efecto, aunque las elecciones al Parlamento Europeo constituyen el principal canal de participación e influencia directa de los ciudadanos en los asuntos de la Unión Europea, suele haber una escasa participación.

Para superar estos inconvenientes se han elaborado diferentes propuestas que tratan de contrarrestar esta incidencia negativa en la proporcionalidad a través de la fórmula para la asignación de escaños a las circunscripciones o a través de los criterios que sirven de base a la división misma, tratando de conciliar el elemento autonómico con la existencia de circunscripciones de “dimensiones razonables”, que permitan una adecuada articulación del principio de proporcionalidad y, al tiempo, fomenten una mayor identificación personal de los ciudadanos con “sus” diputados.

Una primera propuesta es la que, manteniendo la división en tantas circunscripciones como Comunidades Autónomas hay, introduce algún mecanismo corrector que matice esa incidencia negativa en la proporcionalidad. Así, por ejemplo, se ha propuesto asignar un número concreto de diputados a cada circunscripción (se suele sugerir como mínimo 3) y también se ha propuesto la atribución de un número mínimo inicial de diputados igual para cada Comunidad Autónoma, de modo que el factor población sólo entrara a jugar en un momento posterior⁶². No obstante, hay que señalar que esta opción sigue perjudicando a los partidos pequeños de ámbito estatal.

Una segunda propuesta consiste en la división artificial del territorio, por ejemplo, en cuatro o cinco circunscripciones, que agruparan a diversas Comunidades Autónomas. Esta solución presenta importantes desventajas: en primer lugar, desde una perspectiva política no se corresponde con la finalidad

⁶² En el debate parlamentario que precedió a la Ley Orgánica de 1987 CIU propuso atribuir un escaño a todas las Comunidades Autónomas y otro a Ceuta-Melilla, y repartir el resto entre todas las Comunidades Autónomas en función de su respectiva población. Siendo 60 los escaños a repartir entonces y de acuerdo con el cálculo realizado, sólo 3 Comunidades Autónomas superarían los 5 escaños (Madrid 6; y Cataluña y Andalucía 8).

de proyectar la estructura territorial del Estado en la representación de España en el Parlamento Europeo y, por esta misma razón, es probable que esta fórmula no satisficiera plenamente a las Comunidades Autónomas pues supone una dilución del referente específicamente territorial que reclaman los partidos de ámbito autonómico; en segundo lugar, podría entrañar el riesgo de fomentar diseños políticamente arbitrarios de las circunscripciones (fenómeno conocido en Estados Unidos como *gerrymandering*).

De forma más específica, se ha sugerido que se establezcan directamente, sobre una geografía electoral asimétrica, unas limitadas circunscripciones -en principio, correspondientes a las denominadas “comunidades históricas”⁶³- junto a otra circunscripción única para el resto del territorio del Estado. Esta solución tiene el inconveniente de su aceptación por todas las Comunidades Autónomas, entre las que daría lugar a diferencias de difícil justificación; y plantea, asimismo, la cuestión relativa a la asignación de escaños a las distintas circunscripciones para evitar que en alguna de ellas el sistema pueda convertirse en la práctica en un sistema de corte mayoritario.

En fin, en otras propuestas se condiciona genéricamente la circunscripción de ámbito autonómico a que así lo acuerde el respectivo Parlamento autonómico y a que el número de habitantes de la Comunidad Autónoma permita cumplir el criterio de la representación proporcional, siendo la asignación de escaños proporcional a la población de cada una de las circunscripciones de ámbito autonómico⁶⁴. La principal desventaja de este sistema se encuentra en la falta de estabilidad de la circunscripción electoral que, según lo que decida cada Comunidad, puede variar en dimensión.

⁶³ Propuesta incluida en el programa electoral del PNV para los años 2004 y 2008.

⁶⁴ Una propuesta similar figuraba incluida en el programa de CIU para 2004 y ha sido objeto de la Proposición de Ley Orgánica 122/7 presentada el 1 de abril de 2008, rechazada finalmente el 26 de septiembre del mismo año. La opción que se sigue en esta Proposición de Ley Orgánica es la de mantener la previsión de que la circunscripción es el territorio español, sin perjuicio de lo cual podrán constituirse en circunscripción electoral autonómica aquellas Comunidades Autónomas cuyas Asambleas Legislativas así lo acuerden, correspondiéndoles en principio un mínimo inicial de dos diputados. Las Comunidades Autónomas que no lo decidan así o aquellas que no obtuvieran el mínimo inicial de diputados necesario (es decir, cuya población no alcance a cubrir dos veces la cuota de reparto resultante de dividir la cifra total de la población de derecho española por el número de diputados asignados a España) seguirán formando parte de la circunscripción electoral estatal.

Junto a este grupo de propuestas que tienen por común denominador la introducción de la división en circunscripciones electorales, hay también otras propuestas que tratan de conciliar la mayor proporcionalidad del sistema con la introducción del elemento autonómico. Y ello sobre la base de dos ideas fundamentales: primera, que la circunscripción electoral única es la que mejor garantiza la mayor proporcionalidad del sistema; segunda, que la división del territorio español -y, en definitiva, su configuración misma- debiera tener algún reflejo en el diseño de la circunscripción electoral.

En este contexto se sitúan aquellas propuestas que, manteniendo la circunscripción electoral única -y, por tanto, la distribución de escaños a nivel nacional-, se aproximan a alguna de las soluciones que ofrece el Derecho comparado (Alemania, Italia), de modo que entre en juego una segunda división territorial para la asignación definitiva de escaños. Es lo que se ha venido en denominar “circunscripciones de dos niveles”, cuyo valor añadido es que permiten combinar el contacto estrecho entre votante y elector (al admitir la posibilidad de presentar listas regionales y al tratarse de circunscripciones de menor tamaño en el segundo nivel) con la mayor proporcionalidad que resulta del recuento de votos a nivel nacional y, por tanto, de una circunscripción de mayor magnitud. El recurso a este modelo permitiría conjugar la utilización de las Comunidades Autónomas como unidad electoral y el territorio nacional como marco para la atribución de escaños, haciendo posible al mismo tiempo dos exigencias de difícil conciliación. Se trataría, en última instancia, de articular dos niveles de asignación de escaños, de modo similar a como se ha puesto de manifiesto al examinar el modelo alemán, aunque utilizando la fórmula electoral prevista en la LOREG: se haría un primer reparto de escaños a nivel nacional con arreglo al método D'Hondt (teniendo en cuenta que en el caso español no está previsto umbral alguno); y una vez así determinados los escaños correspondientes a cada formación, se realizaría con arreglo al mismo método una distribución de los mismos entre las distintas circunscripciones de segundo nivel.

El principal inconveniente de esta propuesta -la introducción de circunscripciones de doble nivel- es la mayor complejidad y la necesidad de

introducir modificaciones de mayor alcance en la normativa electoral. En este sentido, sería necesario concretar la fórmula electoral y diseñar el procedimiento para realizar ese segundo reparto de escaños a nivel de circunscripción autonómica, una vez verificado un primer reparto en el nivel nacional.

Además -y este es un inconveniente que es predicable de todas las propuestas que incluyen una división en circunscripciones, aunque con diferente intensidad-, sería necesario introducir diversos ajustes en la organización de la Administración electoral. Así, por ejemplo, el artículo 8.2 de la LOREG se refiere a la eventual constitución de las Juntas Electorales de Comunidad Autónoma, cuya composición y competencias se suelen perfilar en las correspondientes leyes autonómicas⁶⁵. El papel de estas Juntas habría de verse, con toda probabilidad, afectado si se opta por la división en circunscripciones autonómicas y especialmente si tal división se configura como único nivel. En tal sentido, sería necesario modificar la regulación vigente (singularmente, artículos 219 y siguientes de la LOREG) e introducir los ajustes pertinentes en la legislación autonómica; labor que resultaría más complicada -y que incluso podría exigir una reforma de mayor calado- en el caso de que se optase por una de las dos propuestas de una configuración asimétrica o abierta del mapa electoral, pues ello podría suponer, al menos tomando como punto de partida el marco normativo vigente, situar a un mismo nivel órganos de la Administración electoral que tienen distintos ámbitos de actuación. La opción de dividir el territorio en cuatro o cinco circunscripciones requeriría asimismo una reforma de mayor entidad pues, previsiblemente, sería preciso introducir una organización *ad hoc*.

De otra parte, parece que también sería necesario modificar el sistema de recursos. En la actualidad, es el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

⁶⁵ Sobre la integración de las Juntas Electorales de Comunidad Autónoma en la denominada por la LOREG Administración electoral, ha señalado el Tribunal Constitucional que todas las Juntas se integran en una organización administrativa general para todo el territorio nacional y han de responder a un esquema de integración personal, de determinación competencial y de funcionamiento orgánico que no puede dejar básicamente el mismo en todos los casos (entre otras, vid. Sentencias 80/2002, de 8 de abril, 83/2003, de 5 de mayo, y 26/2004, de 26 de febrero).

el competente en relación con el recurso contra la proclamación de candidaturas y candidatos, y corresponde al Tribunal Supremo resolver el recurso contencioso-electoral (artículo 225, en concordancia con el artículo 112.2). Si la circunscripción fuera la Comunidad Autónoma, habría que revisar el diseño actual y atribuir determinadas competencias a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia.

4. Consideraciones finales

Comenzaba este capítulo subrayando que la opción por la circunscripción nacional única o por la división en circunscripciones de ámbito autonómico -con sus matices y sus variantes- es ante todo una opción política, pues ambas posibilidades tienen pleno encaje dentro del marco constitucional y se ajustan a los principios comunes establecidos en el ámbito comunitario. Si el objetivo que se busca es lograr la mayor proporcionalidad y potenciar el pluralismo político, la opción que mejor permite alcanzarlo es la circunscripción nacional única. Si, por el contrario, la prioridad política es realzar el elemento autonómico, de modo que la división en Comunidades Autónomas tenga una clara proyección en el diseño de la circunscripción para las elecciones al Parlamento Europeo, la opción que procedería escoger es la de introducir circunscripciones de ámbito autonómico (aunque ha de recordarse que en este supuesto sería imprescindible optar por un modelo que garantice la proporcionalidad del sistema electoral, habiéndose puesto de manifiesto las serias dificultades inherentes a esta opción).

En cualquier caso, es indudable que, si se contemplan ambas opciones desde la perspectiva del mejor cumplimiento de los principios que inspiran el sistema electoral español, la opción por la circunscripción nacional única que consagra el artículo 214 de la LOREG es la que mejor realiza el principio de proporcionalidad pues no resta presencia a los partidos pequeños de ámbito estatal ni tampoco a los partidos de implantación autonómica.

Es cierto que, partiendo del mantenimiento de la circunscripción nacional única, la opción por el establecimiento de circunscripciones de dos niveles,

permitiría conciliar el objetivo de la mayor proporcionalidad del sistema electoral con una mayor proximidad entre electores y elegidos, profundizando en el carácter democrático de este proceso electoral, y con la presencia del elemento autonómico, al dar entrada a las Comunidades Autónomas como unidades a considerar para la distribución de los escaños. Sin embargo, no cabe desconocer la mayor complejidad inherente a esta opción, tanto en el plano operativo -al verificarse el reparto de escaños en dos niveles: primera distribución a nivel nacional de los escaños entre las diferentes listas (que podrían tener carácter nacional o autonómico) y segunda distribución, esta vez a nivel de cada lista, de los escaños obtenidos entre las distintas Comunidades Autónomas)-, como en la organización electoral (diseño de la Administración electoral y revisión del contencioso electoral); y es dudoso que lleve a resultados distintos de los que ofrece el sistema actual basado en una circunscripción única de nivel nacional.

VI. LA ELECCIÓN DE LOS ALCALDES

1. Punto de partida. Propuestas de reforma

Una de las materias de régimen electoral general que ha sido objeto de propuestas de reforma en ciertos aspectos (a las que alude de forma genérica la consulta formulada a este Consejo de Estado por el Gobierno, en los párrafos tercero y cuarto de su exposición), así como de alguna reflexión doctrinal, ha sido la relativa a la forma de elección de alcalde, ligada a la necesidad de mejora del sistema de gobierno municipal para democratizar la vida local en su conjunto.

Dos órdenes fundamentales de preocupaciones guían estas propuestas. De un lado, el reforzamiento de la representatividad democrática del presidente de la corporación municipal. De otro, la evitación de ciertos fenómenos -como el transfuguismo o, en general, la difícil formación de mayorías en el pleno municipal- que suponen un freno a la gobernabilidad.

En esta línea, se han sugerido por los grupos políticos diversas fórmulas. Así, la elección directa de los alcaldes, en votación diferente pero simultánea a la de los concejales, en un sistema de doble vuelta que refuerce la gobernabilidad de los Ayuntamientos y en el que se reconozca el derecho de sufragio a todos los que residan legalmente en España. O bien, la elección directa del alcalde con atribución automática de este cargo al cabeza de lista más votada, en los municipios cuya población exceda de determinado número de vecinos; combinada esta propuesta -a fin de asegurar la estabilidad y gobernabilidad de las Corporaciones Locales- con la de atribuir automáticamente la mitad más una de las concejalías a cubrir a la lista más votada y distribuirse a las demás listas, proporcionalmente a sus votos, las restantes concejalías. Con carácter más general, se ha manifestado la conveniencia de garantizar que el Ayuntamiento sea gobernado por la candidatura más votada y de incentivar la participación ciudadana mediante la elección directa de los alcaldes.

En el plano de las propuestas de modificaciones legislativas, hay que remontarse a la VI Legislatura, para encontrar una proposición de ley de reforma de la LOREG en este punto, que resultó finalmente caducada y la cual se basaba en esencia en un sistema de elección directa de alcalde a doble vuelta, en votación diferenciada a la de los concejales, con prima electoral para las listas de partidos que apoyasen su candidatura que se cifraba “en torno al cincuenta y cinco por ciento” de los concejales y que debería ir acompañada del reforzamiento de competencias del pleno.

A la vista de estas propuestas -y del paralelo esfuerzo doctrinal por encontrar un sistema favorecedor de la representatividad democrática de la figura del alcalde, sin merma de la gobernabilidad para el funcionamiento del sistema municipal-, se analiza a continuación la evolución de esta cuestión en nuestro Derecho, para examinar después su vigente regulación y las soluciones que el Derecho comparado ha ofrecido en relación con ella. Por último se estudiarán las posibles líneas de reforma y sus riesgos.

2. Breve reseña histórica y marco constitucional

La cuestión de la provisión de los cargos de alcalde (ya fuese con carácter electivo, ya mediante designación gubernativa) es una de las que recorren toda la legislación histórica española de régimen local. No se trata aquí de hacer un recuento detallado de esta legislación y sí sólo de apuntar alguna de sus características más destacadas.

Durante el siglo XIX, y aun cuando las constituciones (desde el artículo 312 de la Constitución de Cádiz) reconociesen el carácter electivo de los cargos locales, la legislación de régimen local oscilará entre un sistema electivo por sufragio censitario y otro de signo centralizador, conforme al cual el nombramiento de alcaldes correspondía al Rey o al Gobierno, si bien entre los concejales elegidos por dicha forma de sufragio. El sistema electivo de cargos municipales y alcaldes estuvo presente en la Instrucción para el gobierno económico de las provincias de 1823, en el Real Decreto para el arreglo provisional de los Ayuntamientos del Reino de 1835 y en la Ley de

Ayuntamientos de 1840. En cambio, a la segunda tendencia apuntada respondió la Ley de Ayuntamientos de 1845, que establecía el nombramiento de alcaldes por el Rey en municipios de más de dos mil habitantes y por el Gobernador Civil en los restantes pueblos. De nuevo fue implantado el sistema electivo por las leyes municipales de 1856 (elección directa, aun cuando no llegó a funcionar en la práctica) y de 1870 (elección por los concejales e introducción del sufragio universal). Bajo el sistema político de la Restauración, la Ley municipal de 1877, que tuvo un largo período de vigencia, introdujo nuevamente el sufragio censitario y la intervención gubernativa en la designación.

En el pasado siglo, el Estatuto Municipal de 1924 dispuso la elección del alcalde por el Ayuntamiento sin intervención de las autoridades centrales. La Constitución republicana de 1931 preveía que “los alcaldes serán designados siempre por elección directa del pueblo o por el Ayuntamiento”, y, a su amparo, la Ley municipal de 1935 -que no llegaría a aplicarse- fijó dos procedimientos de nombramiento de alcalde: la elección popular y, caso de no seguirse esta vía, la elección por los concejales. Durante el período franquista se estableció un sistema de elección de concejales mediante sufragio orgánico, en tanto que los alcaldes eran nombrados por designación gubernativa. En la última etapa, la Ley de bases del estatuto del régimen local de 1975 implantó un sistema electivo del alcalde por los concejales, si bien éstos seguían accediendo a sus cargos por las vías orgánicas.

La transición al sistema democrático hizo patente la necesidad de democratizar también la vida política local. Resultó decisiva en este sentido la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, preconstitucional en su aprobación pero de inspiración y tramitación claramente constitucionales, y por la que se regirían las elecciones locales a celebrar “dentro del plazo de treinta días, a partir de la promulgación de la Constitución” (disposición transitoria séptima). En las discusiones parlamentarias que tuvieron lugar con ocasión de la aprobación de esta ley se plantearon, en perspectiva constitucional, algunas de las cuestiones más debatidas sobre el régimen electoral local y, entre ellas, la del sistema de elección de los alcaldes. Cabe destacar que la concepción

originaria del proyecto de ley (designación automática del alcalde a favor del concejal primero de la lista que hubiera obtenido más votos en el municipio) fue objeto de dos enmiendas en el Congreso: una formulada por la Minoría Catalana, que propugnaba el sistema de elección por los concejales; otra, la enmienda *in voce* del Grupo Parlamentario Comunista, que resultaría finalmente aprobada y la cual, al tiempo que mantenía el voto al cabeza de lista como elemento que se había entendido irrenunciable por los defensores del proyecto inicial, se basaba en un sistema de elección automática de aquél cuando contase con la mayoría absoluta; mientras que, en otro caso, se introducía el sistema de elección por los concejales entre los mencionados cabezas de lista. El definitivo artículo 28.3 de la Ley de elecciones locales de 1978 quedó redactado como sigue:

“Constituida la Corporación, y en la misma sesión, se procederá a la elección del Alcalde de acuerdo con el siguiente procedimiento:

a) Podrán ser candidatos todos los Concejales que encabezaren sus correspondientes listas.

b) Si alguno de ellos obtuviera la mayoría absoluta de los votos de los Concejales resultará electo.

c) Si ninguno obtuviere dicha mayoría, será proclamado Alcalde el Concejal primero de la lista que hubiera obtenido más votos en el correspondiente Municipio. En caso de empate entre listas se proclamará Alcalde el de más edad”.

En esta situación, el artículo 140 de la Constitución, que no fue modificado durante el debate constituyente, sigue en este punto el precedente de la Constitución de 1931 y establece:

“La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida

por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto”.

Tras la aprobación de la Constitución, cabe destacar el problema que puso de relieve la aplicación de la Ley de elecciones locales de 1978, por su estrecha relación con uno de los fallos que se achacan al sistema electoral local en esta materia (transfuguismo). El artículo 11.7 de la citada ley disponía que, si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al partido que lo presentó, cesaría en su cargo, atribuyéndose su vacante al candidato de la misma lista posterior al último elegido. En reiteradas sentencias recaídas en recursos de amparo (desde la STC 5/1983, de 4 de febrero), declaró el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad sobrevenida de dicho precepto, por contrario al derecho a permanecer en el cargo público del artículo 23.2 de la Constitución, puesto que los “representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos”.

Por otra parte, como antes se ha dicho (capítulo I de este Informe), la STC 38/1983, de 16 de mayo, estableció que las elecciones locales quedaban comprendidas en el ámbito del régimen electoral general: “Se reserva así a la Ley -a Ley Orgánica- el régimen electoral general, tanto de las elecciones que tienen en los artículos 67 al 70 sus líneas constitucionales como de las elecciones que las tienen en el artículo 140. El contenido de la Ley Orgánica no se ciñe así al solo desarrollo del artículo 23.1, sino que es más amplio, comprendiendo lo que es primario y nuclear en el régimen electoral, pues el artículo 81 ha comprendido en la reserva de la Ley Orgánica el régimen electoral general, ampliando lo que en virtud de otra reserva (la del desarrollo de los derechos fundamentales) corresponde también a la Ley Orgánica (...) El régimen electoral general está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y el de las entidades territoriales en que se organiza, a tenor del artículo 137 de la Constitución española, salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos” (FF JJ 2 y 3).

Esta jurisprudencia, junto a la sentada en fin en la STC 72/1984, de 14 de junio (que sostuvo el carácter codificador de la expresión “ley electoral” del artículo 70.1 de la Constitución) determinó la aprobación de la LOREG, en la que se iba a incluir en adelante el régimen de las elecciones locales.

3. La regulación vigente. Elección de alcalde y sistema de gobierno local

3.1. Sistemas electorales municipales y formas de elección de alcalde

De conformidad con la LOREG, cabe distinguir los siguientes sistemas electorales en el ámbito municipal: a) el establecido para los municipios de más de 250 habitantes (artículos 179.1, 180 y 196, párrafos primero a cuarto, de la LOREG); b) el que se aplica a municipios con una población comprendida entre 100 y 250 habitantes (artículos 184 y 196, párrafo quinto, de la citada ley); c) el sistema de concejo abierto (artículo 179.2 de la LOREG); y d) el régimen electoral de las entidades locales de ámbito inframunicipal y la elección de alcaldes pedáneos (artículo 199 de la LOREG y legislación autonómica).

a) Sistema electoral en los municipios de más de 250 habitantes

En los llamados municipios de régimen común, aquellos que superan los doscientos cincuenta habitantes y que no se organizan en sistema de concejo abierto, la elección de los concejales se ajusta a lo previsto por los artículos 179.1 y 180 de la LOREG. El primero dispone una tabla de población con diferentes tramos de residentes, a los que asocia un número de concejales representantes. Por su parte, el artículo 180 de la LOREG hace una amplia remisión a la fórmula electoral proporcional diseñada para las elecciones al Congreso de los Diputados, si bien con un elevación del umbral mínimo, al establecer que “[l]a atribución de los puestos de Concejales en cada Ayuntamiento se realiza siguiendo el mismo procedimiento previsto en el artículo 163.1 de esta Ley, con la única salvedad de que no son tenidas en

cuenta aquellas candidaturas que no obtengan, por lo menos, el 5 por 100 de los votos válidos emitidos en la circunscripción”.

La elección del alcalde, indirecta por los concejales en los términos que seguidamente se verán, se sitúa así en el contexto de un sistema proporcional para la elección de concejales según una fórmula muy similar a la diseñada para las elecciones al Congreso de los Diputados. Respecto a la elección del presidente de la corporación municipal, dispone el artículo 196 de la LOREG, en sus cuatro primeros párrafos:

“En la misma sesión de constitución de la Corporación se procede a la elección de Alcalde, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- a) Pueden ser candidatos todos los Concejales que encabecen sus correspondientes listas.
- b) Si alguno de ellos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los Concejales es proclamado electo.
- c) Si ninguno de ellos obtiene dicha mayoría es proclamado Alcalde el Concejale que encabece la lista que haya obtenido mayor número de votos populares en el correspondiente Municipio. En caso de empate se resolverá por sorteo”.

Así pues, el vigente artículo 196 de la LOREG es casi idéntico, en lo relativo a la elección del alcalde en los municipios de régimen común, al artículo 28.3 de la Ley de elecciones locales de 1978, sin más cambio que el criterio de solución para el caso de desempate, que entonces se preveía a favor del candidato de mayor edad y hoy se resuelve por sorteo⁶⁶.

⁶⁶ Por lo que se refiere al debate parlamentario sobre estos cuatro primeros párrafos del artículo 196 de la LOREG (artículo 193 del primitivo proyecto), únicamente fueron presentadas y rechazadas dos enmiendas durante la tramitación en el Congreso de los Diputados. Una, presentada por el Grupo Mixto y dirigida a suprimir el requisito de que los candidatos a alcaldes encabezasen sus correspondientes listas. Y otra, del Grupo Parlamentario Vasco, que proponía resolver los casos de empate a favor del candidato de más edad (criterio este último que se entendió “podría ser contrario al artículo 14 de la Constitución”: cfr. informe de la Ponencia, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de marzo de 1985, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 120-I-4).

Respecto a la exigencia relativa a que el concejal candidato encabece la correspondiente lista, se ha dicho por el Tribunal Constitucional que “es clara y supone una opción legislativa en favor de quienes concurren y ostentan la condición de cabeza de lista en perjuicio de los demás Concejales que no pueden concurrir por esta vía a la elección entre ellos del Alcalde. Frente a ello no puede aducirse la virtual existencia de una voluntad mayoritaria de los Concejales electores en favor de que el Alcalde fuera un Concejal que no reuniera la condición de cabeza de lista (...) De la jurisprudencia de este Tribunal no cabe extraer la existencia de un «plus» de representatividad de los cabeceras de lista que les permita ser candidatos a la Alcaldía de un determinado municipio durante toda la vigencia de su mandato con independencia de que hayan abandonado el grupo político de cuya lista fueron cabeceras (...) Por un lado se refiere [dicha jurisprudencia] a supuestos de expulsión de un representante por parte de un grupo político, y no a supuestos de abandono voluntario del mismo (...) Por otro lado, se trata de una jurisprudencia elaborada para el cese de Concejales que se consideró expresamente no aplicable a los Alcaldes. Así la STC 5/1983 afirma que «al cese en el cargo de Alcalde no le son aplicables las consideraciones expuestas en cuanto al cargo de Concejal» (STC 31/1993, de 26 de enero).

b) Sistema electoral en los municipios con población comprendida entre 100 y 250 habitantes

Para la elección de concejales, establece el artículo 184 de la LOREG un sistema mayoritario plurinominal, con listas abiertas, en los siguientes términos:

“Los Concejales de los municipios que tengan una población comprendida entre 100 y 250 habitantes, son elegidos de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- a) Cada partido, coalición, federación o agrupación podrá presentar una lista, con un máximo de cinco nombres.
- b) Cada elector podrá dar su voto a un máximo de cuatro entre los candidatos, proclamados en el distrito.

- c) Se efectuará el recuento de votos obtenidos por cada candidato en el distrito, ordenándose en una columna las cantidades representativas de mayor a menor.
- d) Serán proclamados electos aquellos candidatos que mayor número de votos obtengan hasta completar el número de cinco Concejales.
- e) Los casos de empate se resolverán por sorteo.
- f) En caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un Concejales, la vacante será atribuida al candidato siguiente que más votos haya obtenido”.

En paralelo con este sistema, se dispone para la elección de Alcalde en el artículo 196, párrafo quinto, de la LOREG: “En los Municipios comprendidos entre 100 y 250 habitantes pueden ser candidatos a Alcalde todos los Concejales; si alguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los Concejales es proclamado electo; si ninguno obtuviese dicha mayoría será proclamado Alcalde el Concejales que hubiere obtenido más votos populares en las elecciones de Concejales”⁶⁷.

c) Sistema de concejo abierto

El artículo 179.2 de la LOREG establece: “La escala prevista en el párrafo anterior [para la elección de concejales en municipios de régimen común] no se aplica a los municipios que, de acuerdo con la legislación sobre régimen local, funcionan en régimen de Concejo Abierto. En estos municipios los electores eligen directamente al alcalde por sistema mayoritario”.

La remisión a la legislación sobre régimen local debe entenderse hoy hecha al artículo 29.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases

⁶⁷ Este último párrafo supuso pues un cambio respecto de la regulación de la Ley de Elecciones Locales de 1978. Novedad que obedece, como es claro, al establecimiento de un distinto sistema de elección de Concejales en dichos municipios. La adición de este párrafo quinto al artículo 196 de la LOREG fue consecuencia de la aceptación de la enmienda presentada, al entonces artículo 193 del proyecto, durante la tramitación en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Vasco (enmienda nº 351, aceptada por la Ponencia: cfr. el informe de ésta en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de marzo de 1985, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 120-I-4).

del Régimen Local (en adelante, LBRL), de acuerdo con el cual: “Funcionan en Concejo Abierto: a) Los Municipios con menos de 100 habitantes y aquellos que tradicionalmente cuenten con este singular régimen de gobierno y administración; b) Aquellos otros en los que su localización geográfica, la mejor gestión de los intereses municipales u otras circunstancias lo hagan aconsejable”.

d) Régimen electoral de entidades de ámbito inferior al municipio

Finalmente, el artículo 199.1 de la LOREG tiene el siguiente tenor: “El régimen electoral de los órganos de las entidades locales de ámbito territorial inferior al Municipio será el que establezcan las leyes de las Comunidades Autónomas que las instituyan o reconozcan, que, en todo caso, deberán respetar lo dispuesto en la LBRL; en su defecto, será el previsto en los números siguientes de este artículo”.

Por lo que ahora interesa, añade el apartado 2 del mencionado artículo que “[l]os Alcaldes Pedáneos son elegidos directamente por los vecinos de la correspondiente entidad local por sistema mayoritario mediante la presentación de candidatos por los distintos partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores”.

3.2. Caracterización general del sistema de gobierno local y posición del alcalde

La posición del alcalde, como presidente y máximo representante de la corporación municipal, no viene sólo definida por su forma de elección sino también por las atribuciones que le corresponden en las tareas de gobierno del municipio. Para indagar en la naturaleza de la figura del alcalde, el estudio de los sistemas de elección es por sí mismo insuficiente, si no va acompañado de una reflexión acerca de la posición política que le corresponde en el seno de la organización municipal. Esta última ha de ser esclarecida sobre todo, no a la luz de lo dispuesto en las normas electorales, sino de la legislación sobre régimen local en nuestro Derecho.

El análisis de esta legislación ha de arrancar, conforme al sistema de distribución de fuentes existentes en esta materia, de las líneas básicas de los sistemas de gobierno municipales definidas en la LBRL.

De intento se ha señalado que en esta legislación se recogen “sistemas de gobierno municipales” y no sólo uno, aun cuando quepa encontrar rasgos de un modelo que podría denominarse general o común. Éste es, en efecto, el recogido en el Capítulo II de la LBRL (artículos 19 a 24). Junto a él cabe encontrar el régimen de los municipios que funcionen en régimen de concejo abierto (al que ya antes se hizo referencia, para municipios en términos generales de menor dimensión que los de régimen común: artículo 29 de la LBRL). En una línea similar, se sitúan los regímenes especiales que pueden establecer las leyes sobre régimen local de las Comunidades Autónomas, bien para municipios pequeños o de carácter rural, bien para aquellos que reúnan otras características que lo hagan aconsejable, como su carácter histórico-artístico o el predominio en su término de actividades turísticas, industriales, mineras u otras semejantes (artículo 30 de la LBRL). En sentido contrario, esto es para municipios de gran población, existe un régimen singular recogido en el Título X de la LBRL.

A la vez, el estado de cosas que refleja la vigente legislación, y que a grandes rasgos acaba de ser apuntado, es el producto de una evolución de las formas de gobierno locales, en la que el papel encomendado al alcalde no ha sido el que ha ocupado menor atención. Cabe por ello estudiar brevemente, en perspectiva diacrónica, los rasgos de uno u otro modelo que el legislador ha optado por destacar en cada etapa.

En su versión originaria, la LBRL de 1985 diseñó un sistema de organización municipal con dos órganos necesarios: el alcalde, como presidente de la corporación y órgano encargado de dirigir el gobierno y la administración municipales (artículo 21), y el pleno, órgano colegiado al que correspondían relevantes funciones normativas y de planificación (artículo 22). La comisión de gobierno, de existencia necesaria en municipios de población superior a 5.000 habitantes y potestativa en los restantes casos, se configuraba

como órgano de asistencia y apoyo al alcalde, con funciones esencialmente delegadas (artículos 20.1.b] y 23).

Este modelo, característico del municipalismo histórico español -al que ha solido denominarse de asamblea, por la preeminencia de las funciones del órgano colegiado plenario- dejó paso a otro en que se potenciaron las funciones ejecutivas del alcalde, a raíz de la modificación de la LBRL por Ley 11/1999, de 21 de abril. La reforma, derivada del Pacto Local, afectó sobre todo, por lo que ahora interesa, a la enumeración de las competencias del alcalde, que se vieron reforzadas en número e intensidad. Se le asignaron así, entre otras, relevantes funciones en materias tales como la aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico, siempre que no se encontrase expresamente atribuida al Pleno; el incremento de las funciones de contratación; o el otorgamiento de licencias, salvo que lo impidiese la legislación sectorial (artículo 21.1., apartados j], ñ] y q]); su posición preeminente se expresó también en el reconocimiento de voto de calidad para dirimir los casos de empate en los órganos colegiados, que presidía (apartado c] de dicho artículo).

Todo ello hizo posible que se hablase de la implantación de un modelo presidencialista en punto a las competencias ejecutivas del alcalde. Sin embargo, este rasgo quedaba más bien equilibrado por perfiles propios de un sistema de gobierno parlamentario, si se atendía a la forma de elección del alcalde -indirecta, como se ha visto- y a la existencia de formas de control típicas de esta última forma de gobierno, tales como la moción de censura (cuyo quórum de proposición se elevó de un tercio a la mayoría absoluta de concejales, en virtud de la reforma de la LOREG por Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo) y la cuestión de confianza (introducida a través de la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril, en el artículo 197 bis de la LOREG, ligada a la aprobación o modificación de los presupuestos anuales, el reglamento orgánico de la entidad, las ordenanzas fiscales o la aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal).

En esta última línea parece haber profundizado, en fin, la reforma de la LBRL llevada a cabo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. En especial son de destacar aquí las novedades institucionales que esta ley ha incorporado en el Título X de la LBRL, relativo al régimen organizativo de los municipios de gran población. Ante todo, los municipios que se incluyen en esta categoría son (conforme al vigente artículo 121.1 LBRL): a) aquellos cuya población supere los 250.000 habitantes; b) los municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes; c) los que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas; d) asimismo, los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales. En los dos últimos casos se exige además que así lo decidan las asambleas legislativas autonómicas correspondientes a iniciativa de los respectivos Ayuntamientos.

El diseño institucional en estos grandes municipios supone, en opinión unánime, un decidido giro hacia la forma de gobierno parlamentaria, toda vez que delimita con precisión las funciones de control por el órgano colegiado plenario (Pleno), a la vez que refuerza las competencias de dirección encomendadas a un gobierno fuerte, compuesto por alcalde y Junta de Gobierno local (denominación que recibe ahora la comisión de gobierno). Respecto al órgano plenario o asamblea municipal, cierto es que sigue estando presidido por el alcalde; sin embargo, se otorga a éste la amplia facultad de delegar dicha presidencia en uno de los concejales cuando lo estime oportuno (artículo 122.2 *in fine* LBRL). Por lo demás, el Pleno -aun cuando conserva importantes competencias ejecutivas- se configura principalmente como órgano de control (moción de censura), al que se atribuyen novedosas funciones, como la aprobación de su propio reglamento orgánico y la posibilidad del funcionamiento en comisiones.

En cuanto hace al ejecutivo, el alcalde queda situado en posición institucional representativa y de establecimiento de directrices generales de política municipal, mientras que las funciones de gobierno *stricto sensu* se

encomiendan a un órgano gubernativo fuerte, la Junta de Gobierno local, nombrada por aquél y que puede estar integrada, en número no superior a un tercio, por miembros no concejales (artículo 126.2, segundo párrafo, LBRL).

En resumen, sobre la composición del gobierno local en estos municipios de gran población y su acercamiento a formas de gobierno típicamente parlamentarias -que han hecho hablar de un mimetismo con las instancias gubernamentales estatal y autonómica- dice la exposición de motivos de la Ley 57/2003: “Por lo que se refiere al Alcalde, constituye el principal órgano de dirección de la política, el gobierno y la administración municipal, ostentando, junto a las funciones simbólicas, tales como la máxima representación del municipio, aquellas atribuciones ejecutivas necesarias para el desarrollo de tal función. El Alcalde así configurado ostenta menos atribuciones gestoras o ejecutivas que el Alcalde de régimen común, porque en el caso de los municipios contemplados en el título X de la LRBRL se viene a perfilar una Junta de Gobierno Local «fuerte», que sustituye a la Comisión de Gobierno, dotada de amplias funciones de naturaleza ejecutiva, y que se constituye como un órgano colegiado esencial de colaboración en la dirección política del Ayuntamiento”.

4. Derecho comparado

La comparación respecto a los modelos existentes en otros Estados europeos ha de arrancar, una vez más, del entendimiento en su conjunto del sistema político local y de los diversos modelos de gobierno municipal, en particular. Sólo en el contexto de éstos pueden analizarse, a su vez, los sistemas de elección de alcaldes.

En efecto, una primera consideración general es la relativa a que el modelo organizativo de la vida local arranca, en buena parte de Europa, del sistema nacido en la Revolución francesa y perfilado después, con la estructura de línea y colegio en las diversas instancias territoriales, en el período napoleónico. A la impronta de este modelo deben su existencia, además del español, los sistemas políticos locales existentes en Italia, Portugal, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Diferente es el caso de la República Federal de

Alemania, donde la organización territorial local se encuentra en estrecha conexión con la forma federal del Estado y con el diseño derivado de las competencias de los diversos *Länder*, sobre la base además de un entendimiento del poder municipal que nace de fuentes históricas diversas.

Dentro de los ordenamientos que responden a una concepción del municipalismo derivada del modelo francés, se ha de hacer todavía otra distinción relevante. Así, en Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo la figura del alcalde o burgomaestre refleja aún los rasgos del modelo administrativo napoleónico, en tanto que al ejecutivo municipal -elegido de forma democrática por imperativo constitucional- se superpone la figura del alcalde, como órgano individual nombrado por el poder central. Muy brevemente, por resultar de menor interés para el objeto de este estudio, se apuntan los datos relativos a estos sistemas.

Bélgica: El artículo 108 de la Constitución de 7 de febrero de 1831 (artículo 162 en la versión coordinada de 1994) consagra la elección directa de los miembros de los consejos municipales y remite su regulación a la ley. La nueva Ley municipal de 2 junio de 1987 establece lo siguiente: “El burgomaestre es nombrado por el Rey entre los miembros del consejo municipal, los cuales pueden presentar candidaturas. La presentación debe transmitirse al gobernador de la provincia y debe estar suscrita por la mayoría de los elegidos en la misma lista que el candidato al cargo”. El Rey puede ejercer esta facultad con libertad, pero la práctica es que se adhiera a la propuesta formulada por la mayoría del Consejo (según el Informe del Comité para la Democracia Local y Regional [CDLR] del Consejo de Europa sobre “Sistemas electorales y modos de escrutinio en el nivel local”, de diciembre de 1998); puede asimismo suspender o cesar al alcalde.

Países Bajos: El artículo 131 de la Constitución de 1814 (modificada por última vez en 2002) se limita a establecer lo siguiente: “El Comisario del Rey y el Alcalde son nombrados por real decreto”. Por su parte, dispone el artículo 132.1: “La ley regulará la organización de provincias y municipios, así como la composición y competencia de sus órganos de administración”. Según el

artículo 65 de la Ley Municipal, el Comisario del Rey, antes de transmitir sus indicaciones, solicita al consejo municipal la comunicación de sus preferencias en cuanto a la competencia e identidad del burgomaestre idóneo para el cargo.

Luxemburgo: El artículo 107 de la Constitución de 17 de octubre de 1868 dispone en su artículo 107, apartados 2 y 4 (ambos según la revisión de 23 de diciembre de 1994), que en cada municipio habrá un consejo municipal elegido directamente por los habitantes de aquél y que, de entre los miembros de dicho consejo, se elegirá al colegio de concejales y al burgomaestre. Éste es nombrado por el Gran Duque entre los miembros luxemburgueses del consejo municipal, conforme a la nueva Ley electoral de 18 de febrero de 2003. Según esta ley, se establecen dos sistemas de elección de los consejos municipales, el de mayoría simple o relativa en los municipios de población inferior a 3.000 habitantes y el de escrutinio proporcional con sistema de lista en los restantes municipios. En fin, la citada reforma ha abolido el sistema de doble vuelta, por considerar que el escaso plazo entre una y otra dificultaba el sistema de voto por correo y en el entendimiento de que el debate político local ganaría con la supresión de la segunda vuelta, que apenas daba lugar a cambios significativos en relación con el coste de dicha operación electoral.

Mayor atención merecen los modelos establecidos en Francia e Italia, en especial este último por haber evolucionado hacia un sistema de elección directa de alcalde. Cabe hacer también una referencia a los modelos establecidos en Portugal y en el Reino Unido.

Francia: Tradicionalmente existía en este país, para las elecciones municipales, un sistema mayoritario a dos vueltas, tendente a la máxima homogeneidad en la composición de los consejos municipales, asignándose a la lista vencedora el control de la asamblea. Se ha producido un cambio importante -cuyas consecuencias suelen cifrarse en términos de un acercamiento a los sistemas basados en reglas proporcionales- a raíz de la Ley nº 974, de 19 de noviembre de 1982.

Ha de partirse, ante todo, del carácter electivo de los consejos de todas las colectividades territoriales (artículo 72, párrafo tercero, de la Constitución de 4 de octubre de 1958). De acuerdo con el Código electoral vigente (en su versión de 6 de agosto de 2008, que recoge entre otras las modificaciones derivadas de la Ley nº 974 de 1982), los sistemas electorales de los ayuntamientos son tres: 1º) para los municipios de menos de 3.500 habitantes, los miembros de los consejos municipales se eligen por sistema mayoritario a dos vueltas (artículo L252 del citado código); 2º) en los municipios con población superior a dicha cifra, se aplica un sistema mixto: los consejeros son elegidos en sistema de lista a doble vuelta, bastando la mayoría absoluta en la primera y, en otro caso y sólo para las listas que superen el 10% de los votos, la simple en la segunda (la lista así elegida obtiene la mitad de votos, repartiéndose la mitad restante entre las diversas listas según el sistema de media más fuerte y excluidas las que no obtengan el 5% de los votos: artículo L262 del Código electoral); 3º) en fin, en París, Lyon y Marsella, se sigue un sistema mayoritario a dos vueltas en circunscripciones que son inferiores al municipio (*arrondissement*) y que tienen su propio consejo electivo de barrio, así como alcalde y asesores (artículos L271 y siguientes de dicho Código).

El sistema de elección de alcalde es, en todos los casos, indirecto o por los respectivos consejos municipales o de barrio. Se elige en la sesión constitutiva por mayoría absoluta en las dos primeras votaciones, mientras que en la tercera basta la mayoría simple (artículo L2122-7 del Código general de las colectividades territoriales, en su versión consolidada de 1 de noviembre de 2008, que recoge las novedades de la Ley nº 128, de 31 de enero de 2007). No existe moción de censura, aun cuando el alcalde puede ser destituido por el Primer Ministro. La Ley de 19 de noviembre de 1992 ha reforzado los poderes del alcalde.

Italia: Durante un largo período, el mandato de promoción de las autonomías locales contenido en el artículo 5 de la Constitución de 27 de diciembre de 1947 permaneció desatendido. Hasta las reformas de los años noventa, el gobierno local se ordenaba, en efecto, por el *Testo Unico* del año 1934, que contenía disposiciones legales y reglamentarias sobre régimen

local. Dos leyes vinieron a cambiar este estado de cosas: la Ley nº 142, de 8 de junio de 1990, de ordenamiento de la autonomía local; y la Ley nº 81, de 25 de marzo de 1993, de elección directa de los alcaldes y presidentes provinciales.

Esta última interesa, sobre todo, para el objeto de nuestro estudio. Con carácter general, la Ley 81 de 1993 dio lugar a un cambio de calado en el sistema de las elecciones municipales y provinciales -al que seguiría después el del sistema electoral regional por Ley de 23 de febrero de 1995- ya que, a muy grandes rasgos, supuso el giro desde un modelo proporcional hacia otro mayoritario, e incluso monocrático o presidencialista por lo que hace a los presidentes provinciales y alcaldes, sobre la explícita intención de hacer posibles la gobernabilidad y la alternancia políticas.

Los cambios de todo tipo que el nuevo sistema lleva consigo, y que afectan más al modelo de gobierno y administración que al propiamente electoral, no pueden ser estudiados aquí con profundidad. Cabe apuntar en cambio las líneas principales del modelo de las elecciones municipales. Ante todo, dicho modelo queda referido a las elecciones a celebrar en las quince regiones de estatuto ordinario. Por el contrario, en cuatro de las regiones de estatuto especial (Friuli-Venezia Giulia, Cerdeña, Trentino-Alto Adige/Sur de Tirol y el Valle de Aosta) sigue vigente el sistema proporcional y la elección del alcalde por parte del consejo municipal; mientras que en Sicilia la Ley nº 7, de 13 de agosto de 1992, de la Región de Sicilia sobre la elección mediante sufragio popular del alcalde, implanta un sistema aún más acusadamente presidencialista, que permite también sin embargo la elección de un legislativo fuerte (al hacer posible la elección en papeletas separadas para alcalde y consejo).

Por lo que hace al sistema implantado para las regiones de estatuto ordinario, la Ley nº 81 de 1993 diferencia dos clases de municipios:

- En los municipios con población inferior a 15.000 habitantes, la elección se realiza en un solo turno y el alcalde es elegido al mismo

tiempo que el consejo, mediante sistema mayoritario puro, esto es resulta elegido el candidato que haya conseguido mayor número de votos. El elector dispone de una sola papeleta en la que están indicados el candidato a alcalde y la lista que le acompaña. El elector puede votar al alcalde y expresar una preferencia (voto preferencial) por un candidato incluido en la lista del alcalde al que haya decidido dar su voto. El reparto de escaños en el consejo municipal se hace en dos tercios a favor de la lista del alcalde elegido, y el tercio restante a favor de las listas minoritarias (conforme a criterios de proporcionalidad según el método D'Hondt).

- En los municipios que superen los 15.000 habitantes, la elección se realiza con un sistema a doble vuelta y los escaños del consejo se reparten de forma proporcional con prima de mayoría. El elector dispone de una papeleta única, pero puede expresar un doble voto, es decir, puede votar por un candidato a alcalde y la lista a él coaligada o bien votar a un candidato a alcalde y en cambio a una lista diferente para el consejo municipal (*voto disgiunto*). En primera vuelta es elegido el candidato que obtenga la mayoría absoluta de los votos. De no alcanzarse por ninguno, concurren a la segunda vuelta los dos candidatos más votados en la primera y se elige alcalde al que consiga mayoría simple de votos válidos.

Respecto a la asignación de escaños en el consejo, en el caso de que el candidato a alcalde haya sido elegido en primera vuelta y la lista a él coaligada obtenga entre el 50% y el 60% de los votos, dicha lista consigue al menos el 60% de los escaños (eventual premio de mayoría) y los restantes son repartidos proporcionalmente entre las otras listas; si ninguna lista obtiene tal mayoría, los escaños se distribuyen entre las listas de forma proporcional. En cambio, si el alcalde se ha elegido en segunda vuelta, la lista a él coaligada obtiene el 60% de los escaños y los restantes se reparten proporcionalmente (salvo que alguna otra lista hubiera obtenido el 50% de votos en primera vuelta, en cuyo caso se aplica la regla de atribuir a dicha lista el 60% de los escaños).

Por lo que hace a la relación entre el alcalde y el órgano ejecutivo (junta), de un lado, y el legislativo (consejo municipal), de otro, la Ley nº 81 de 1993 ha dado lugar a un peculiar sistema de separación entre ambos. En primer lugar, el consejo es órgano de control y dirección (*indirizzo*), en tanto que el alcalde y la junta lo son de decisión y responsabilidad. En segundo lugar, en cuanto a la junta, ésta simplemente colabora con el alcalde (artículo 35 de la Ley nº 142 de 1990), quien tiene potestad para nombrar y cesar a los asesores, eligiéndolos fuera del consejo municipal (si es elegido un concejal, ha de dejar su escaño por incompatibilidad). En tercer lugar, se ha reconocido al consejo (artículo 18 de la Ley nº 81 de 1993) la posibilidad de presentar una moción de censura, suscrita al menos por dos quintos de los miembros del consejo y aprobada por mayoría absoluta; de resultar aprobada, determina no sólo la caída del alcalde y su junta, sino también la disolución del propio consejo y la convocatoria de elecciones anticipadas.

Portugal: La Constitución de 2 de abril de 1976 consagra el principio de autonomía local de las entidades territoriales locales (*autarquias locais*), divididas en municipios, parroquias y otras entidades menores. Establece además (artículo 239) los rasgos fundamentales de su organización, en dos tipos de órganos, deliberativos y ejecutivos. Los miembros de la asamblea son elegidos mediante sufragio universal, directo y secreto por los ciudadanos censados en el área respectiva, según un sistema de representación proporcional. Es designado presidente de aquélla y, por lo que ahora interesa, del órgano ejecutivo (concretamente del órgano ejecutivo del municipio, la *câmara municipal*), el primer candidato de la lista más votada (artículos 239.3 y 252 de la Constitución portuguesa).

Reino Unido: En Inglaterra rige la *Local Government Act* de 28 de julio de 2000. En la sección 42 y el anexo 2 se establece el procedimiento de elección directa de alcalde (*mayor*). Si hay dos candidatos, se elige por mayoría simple y el elector tiene un solo voto. En caso de que haya tres o más candidatos, el ciudadano vota al candidato principal a alcalde (*first preference vote*) y puede otorgar un segundo voto (*second preference vote*) a otro candidato. En este último caso, el sistema de elección es el siguiente

(*supplementary vote system*): si uno de los candidatos obtiene mayoría absoluta, será elegido alcalde; si ninguno alcanza tal mayoría, se tienen en cuenta únicamente aquellos dos candidatos que hayan recibido el mayor número de *first preference votes*: de ellos será elegido el que tenga el mayor número total de *preference votes*, esto es tras sumar a los votos de primera preferencia los que hubiera obtenido como candidato de segunda preferencia. Si hay igualdad en el global de votos de preferencia, se decidirá por sorteo. En Escocia rige la *Local Government in Scotland Act* de 11 de febrero de 2003.

República Federal de Alemania: Los diversos sistemas electorales locales que es posible encontrar en Alemania responden a una formación histórica en parte diferente, que han de conjugarse además con los rasgos propios de tal Estado federal.

La Ley Fundamental de Bonn, hoy Constitución Federal, de 23 de mayo de 1949, reconoce en su artículo 28 la autonomía de los municipios y el carácter electivo de la representación mediante elecciones universales, iguales, libres, directas y secretas en los *Länder*, comarcas y municipios. Por lo demás, y en tanto la competencia sobre organización municipal y régimen local corresponde en exclusiva a los *Länder* (artículo 70 de la Constitución), es en las constituciones de éstos donde suele mencionarse el derecho a la autoorganización de los municipios, aunque los detalles sobre forma de gobierno y sistema electoral se encuentran en las respectivas leyes municipales.

A pesar de la diversidad de las formas de organización municipal, ha sido usual intentar en la doctrina alguna forma de categorización. Por lo que interesa al objeto de este estudio, la división más amplia es la que parte de diferenciar los modelos que cuentan con un solo órgano de elección directa (la asamblea), junto a un órgano de gobierno designado o elegido por aquélla, de aquellos otros sistemas que establecen la elección directa tanto de la asamblea como del alcalde. A su vez, dentro del primer grupo, son usuales otras distinciones según el tipo de ejecutivo que resulte elegido por la asamblea: el llamado modelo de magistratura (*Magistratsverfassung*), en el que la asamblea

elige una magistratura ejecutiva integrada por alcalde y consejeros; el sistema directorial o gerencial, donde la asamblea, presidida por un alcalde con funciones representativas, elige a un director del ayuntamiento para las tareas propiamente ejecutivas (*Direktorialverfassung* o *norddeutsche Ratsverfassung*); y, en fin, el modelo llamado de alcalde de Renania (*Rheinische Bürgermeisterverfassung*), en el cual la asamblea elegida de forma directa, designa a su vez al alcalde para la dirección ejecutiva.

Frente a estos modelos, en Baviera y Baden-Württemberg existe tradicionalmente el sistema llamado de asamblea, o más propiamente de asamblea de los *Länder* del sur (*süddeutsche Ratsverfassung*), en el que se establece la elección directa tanto de la asamblea como del alcalde, en votaciones diferenciadas y para mandatos normalmente no coincidentes en el tiempo. Ha de destacarse que este sistema, típico de los *Länder* antes señalados, se ha extendido a partir de los años noventa del pasado siglo. En primer lugar fue adoptado por Hessen, que seguía hasta entonces el llamado modelo de magistratura (Ley municipal de Hessen de 1 de abril de 1993; en rigor rige un modelo impropio de *Magistrat*, pues la asamblea es elegida directamente por los ciudadanos y el alcalde también lo es, pero no así los adjuntos de éste que son elegidos por la asamblea). También los dos *Länder* que seguían el sistema directorial han girado hacia un modelo organizativo de elección directa del alcalde: así, Renania del Norte-Westfalia (Ley municipal de 1994, en su versión de 24 de junio de 2008) y Niedersachsen (Ley municipal de 1996, en su versión de 5 de junio de 2001). En fin, en muchos *Länder* donde regía el llamado modelo de alcalde o de elección de éste por la asamblea (Sajonia, Baja Sajonia, Sajonia-Anhalt, Turingia, Renania Palatinado, Schleswig-Holstein y el Sarre), se ha tendido también a la implantación de un modelo electivo directo del cargo de alcalde.

Por último, cabe hacer una mención a los modelos de otros Estados europeos, en cuanto establecen también la elección directa de los alcaldes (según el Informe del CDLR sobre “Sistemas electorales y modos de escrutinio en el nivel local” antes citado):

Bulgaria, Rumanía: Sistema de elección directa del alcalde por mayoría absoluta a doble vuelta. En el sistema búlgaro, si ningún candidato alcanza la mayoría absoluta de los sufragios emitidos en la primera vuelta, se celebra una segunda dos semanas después entre los tres candidatos con mejores resultados.

República Eslovaca, Chipre: Sistema de elección directa del alcalde por mayoría relativa, o a una sola vuelta.

Austria: La elección del alcalde tiene lugar mediante sufragio popular directo en Burgerland, Carintia y Tirol; en los demás *Länder*, el alcalde se elige por el consejo municipal.

5. Consideraciones finales

A la vista de todo lo anterior, cabe analizar por último cuáles son los objetivos perseguidos con las eventuales reformas sobre la elección de alcaldes que han sido objeto de propuesta en nuestro ordenamiento jurídico (a); los modos de instrumentación técnico-jurídica con que dichas propuestas podrían llevarse a cabo, en especial por lo que se refiere a la fórmula electiva (b); finalmente, y quizá más importante, los efectos que una modificación de esta materia sería susceptible de generar en los sistemas electoral y de gobierno municipal, así como los instrumentos de que debería acompañarse, o las mejoras a introducir en tales sistemas, para procurar una mayor democratización en su funcionamiento (c).

a) Por lo que se refiere a las finalidades perseguidas, ya se notó que en términos generales eran las de un refuerzo de legitimidad democrática o representatividad (que ciertamente siempre se produciría con un sistema de elección directa, antes que con uno de elección indirecta) y, de otro lado, una potenciación de la gobernabilidad de las corporaciones municipales, al dotarse a su presidente de mayor respaldo electoral, lo que podría hacerse con un sistema de prima de mayoría a la lista más votada.

Ambos tipos de objetivos apuntan pues al reforzamiento de un modelo que podría llamarse de alcalde presidencialista. En otras palabras, y como con frecuencia se ha destacado, así como en la primera etapa de transición política (artículo 28.3 de la Ley de elecciones locales de 1978 y todo el debate que lo precedió), la prioridad indudable fue el reforzamiento del sistema de partidos, el déficit que después se ha observado ha sido el del papel de los candidatos.

Las opciones de reforma, que giran así hacia un sistema de mayor presidencialismo (o hacia uno fuerte en lugar de uno débil), suponen también por ello un incremento de sistema mayoritario frente al proporcional. No se trata en efecto de conseguir pura y simplemente que se elija al candidato más votado popularmente -lo que en rigor sucede hoy cuando no se consigue la mayoría absoluta: artículo 196.1.b) LOREG-, sino de que la elección sea directa y consiga por sí suficiente mayoría para gobernar.

Con ello se pretende conseguir también un freno al fenómeno del transfuguismo. En todo caso, ya se ha visto que la jurisprudencia constitucional determinó desde un momento temprano que el carácter de los concejales en cuanto representantes de los vecinos suponía el derecho a permanecer en el cargo electivo *ex* artículo 23.2 de la Constitución, aun cuando se abandonase el grupo o partido político de pertenencia (STC 5/1983, de 4 de febrero y las que le siguieron).

Con todo, lo anterior encuentra también algunos límites que podrían llamarse implícitos o mínimos del sistema de partidos, a tenor del papel de éstos como “instrumento fundamental para la participación política” (artículo 6 de la Constitución). Entre éstos, se ha destacado la nota de que la alcaldía recaiga en el concejal que encabece la correspondiente lista. La exigencia ha sido esclarecida por la jurisprudencia constitucional, precisando que la cabecera de lista no es una cualidad personal que acompañe al candidato para ser cabeza de lista en cualesquiera grupos políticos, sino única y específicamente en aquel para el que fue presentado como candidato (STC 31/1993, de 26 de enero).

Elección directa frente a la indirecta por los concejales; tendencia hacia elementos de un sistema mayoritario (o de candidato) frente a otro proporcional; mayor gobernabilidad, claridad de acuerdos y evitación del transfuguismo frente a formación artificiosa de mayorías -con los límites impuestos por el sistema de partidos- son en definitiva los puntos que se entienden centrales de la reforma en esta materia.

b) Se han sugerido modos o fórmulas de elección de los alcaldes que pudieran respetar estos elementos. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, todos ellos son viables para avanzar en la dirección apuntada.

Así lo es el sistema de elección directa por mayoría relativa, o a una vuelta. Existente en Italia para municipios de menos de quince mil habitantes y en otros Estados europeos, habría de combinarse con la eventual prima de mayoría a la lista más votada. También el límite jurídico del candidato cabecera de la correspondiente lista encontraría aquí una justificación adecuada.

El sistema de elección por mayoría absoluta, o a dos vueltas, resulta igualmente idóneo para estos fines. Es el escogido en Italia para municipios de mayor población (más de quince mil habitantes), el usual en la República Federal Alemana, allí donde existe este modelo de elección directa, y también se aplica en Francia para distritos inframunicipales en ciertas ciudades. Cabe destacar asimismo que un efecto similar al conseguido con la doble vuelta es factible con el modelo tradicionalmente llamado sistema alternativo o preferencial, del que ofrece un ejemplo hoy la elección de alcaldes en Inglaterra conforme al modelo de la *Local Government Act* del año 2000.

En estos últimos modelos surge la posibilidad de otorgar el voto, en papeleta separada, a lista diferente de la del candidato a alcalde para la formación del órgano plenario (o "legislativo") municipal. Ello plantea ampliamente todo el problema de relación entre alcalde y pleno, en la terminología de nuestro Derecho, y más en general del sistema de gobierno municipal, cuestión que pasa a analizarse.

c) En esta línea, por último, ha de estudiarse con cierto detenimiento qué efectos podría suponer la implantación de alguno de los modelos de elección directa de alcalde descritos. La cuestión puede analizarse, a su vez, desde un doble punto de vista: la relación de este sistema electivo con los restantes regímenes electorales existentes en nuestro ordenamiento jurídico; y la relación, en segundo lugar, entre sistema electoral y forma de gobierno en el nivel municipal.

Desde el primer punto de vista, la implantación de un sistema de elección directa de los máximos órganos municipales, prevista por la Constitución (artículo 141), vendría a quedar enmarcada en sistemas electorales -estatal, autonómico, al Parlamento Europeo- de corte proporcional. Es ésta una de las notas que nuestro vigente sistema electoral recibe por influencia directa del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, de normas electorales para el Congreso y el Senado, y que, constitucionalizada para las elecciones al Congreso de los Diputados, puede considerarse una de las características dominantes de nuestro régimen electoral general. Ciertamente existen en Derecho comparado algunos precedentes de sistemas en los que se ha roto la homogeneidad de regímenes electorales para los diferentes ámbitos territoriales de gobierno (la reciente tendencia alemana hacia la implantación de sistemas mayoritarios de elección local sea quizá el ejemplo más relevante; Italia, por su parte, paradigma en otro tiempo del sistema proporcional, ha avanzado decididamente hacia un sistema mayoritario en los niveles regional y local). Con todo, no cabe olvidar que los intentos de mejora en otros aspectos de nuestro régimen electoral general van precisamente encaminadas a un refuerzo de la proporcionalidad, por lo que las propuestas ahora analizadas significarían una desviación importante al respecto.

Más relevante es la segunda de las perspectivas apuntadas. A diferencia quizá de lo que sucede con los restantes puntos en que pueda abordarse una reforma encaminada a mejorar el sistema electoral, la forma de elección de alcalde puede decirse que afecta *por entero* a un sistema de gobierno. En efecto, la regulación de esta materia no sólo incide en el sistema electoral de las corporaciones locales (aspecto bajo el cual queda reservada a la ley

orgánica electoral), sino en la forma del gobierno municipal en su conjunto (regulada ésta, en sus líneas principales, en la legislación estatal y autonómica sobre régimen local).

Esta circunstancia obliga a tomar en consideración, para una eventual reforma, los diferentes modelos organizativos municipales en que podría quedar encuadrada la elección directa del alcalde. Ya se ha hecho notar con anterioridad que existen en efecto diversos sistemas de gobierno, basados principalmente -y de acuerdo a la tradicional línea de fuerza en la legislación de régimen local, entre uniformismo y variedad- en el factor población.

Así, en los municipios en los que rige el sistema llamado de concejo abierto (todos aquellos con menos de 100 habitantes, los que tradicionalmente cuentan con este régimen y aquellos otros en que se haya entendido aconsejable por su localización geográfica o la mejor gestión de los intereses municipales: artículo 29.1 LBRL), rige un sistema mayoritario de elección del alcalde (artículo 179.2 LOREG) y una correlativa organización simplificada, que hacen innecesaria cualquier reforma en esa dirección.

En el siguiente nivel que puede llamarse intermedio, el de los municipios con población comprendida entre 100 y 250 habitantes, existe un sistema mayoritario plurinominal con listas abiertas para la elección de concejales. En coherencia con este sistema, el alcalde es elegido por los concejales si reúne mayoría absoluta o, en su defecto, es nombrado el concejal que hubiera conseguido más votos populares (artículo 196, párrafo quinto, LOREG). Nótese que en este caso el acercamiento al sistema mayoritario o, si se prefiere, a un sistema basado en la representatividad de los candidatos antes que la de los partidos, se cifra en que no se exige que el concejal así elegido, indirecta o directamente, sea el cabeza de lista. De este modo, el reforzamiento del sistema democrático o representativo en este nivel bien pudiera conseguirse con la extensión de este sistema a municipios de alguna mayor población (varios miles de habitantes), sin necesidad de implantar tampoco un sistema de elección directa.

Por último, en el nivel superior se encuentran los municipios de mayor población. Sucede aquí que, a efectos electorales, esta categoría es muy amplia y puede decirse que la general, puesto que queda referida a los municipios con población superior a 250 habitantes (artículo 196 LOREG, en sus cuatro primeros párrafos). Atendiendo a la legislación de régimen local, cabe hacer sin embargo una distinción relevante, a efectos de la forma de gobierno, entre los municipios llamados de régimen común y los de gran población (regulados estos últimos hoy en el Título X de la LBRL).

Pues bien, en términos generales se ha propugnado que la opción de la forma electiva directa del alcalde sería la adecuada precisamente para las entidades locales de gran población. Sin embargo, cabe advertir aquí de los riesgos que una opción de este tipo llevaría consigo, en cuanto a la posible incoherencia entre sistema electoral y forma de gobierno en dichos municipios.

Ante todo, ha de señalarse que el modo de delimitación de tales entidades locales en la legislación de régimen local dista de ser estable, hasta el punto de que se ha hablado de un nuevo principio dispositivo en la configuración de las formas de gobierno de los regímenes locales. En efecto, además de ciertos municipios que contarán en todo caso con esta organización (los de más de 250.000 habitantes y aquellos que sean capitales de provincia con población superior a los 175.000 habitantes), se deja a la decisión autonómica la autorización de otros municipios de este régimen, cuando superen los 75.000 habitantes o presenten ciertas características especiales (artículo 121.1 LBRL). Cabe añadir la existencia de regímenes municipales especiales en el caso de las ciudades de Madrid (Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y de régimen especial de Madrid) y Barcelona (Ley 1/2006, de 13 de marzo, del régimen especial del municipio de Barcelona).

Así pues, la eventual modificación de esta materia habría necesariamente de tener en cuenta la forma de gobierno establecida en los municipios llamados de régimen común y en los de gran población. Por lo que hace, en especial, a estos últimos ya antes se destacó que las reformas más recientes de la legislación de régimen local (Ley 57/2003, de 16 de diciembre,

de medidas para la modernización del gobierno local) han tendido a la implantación de una forma de gobierno típicamente parlamentaria en el ámbito local. Se mantienen ciertamente las funciones ejecutivas del alcalde -que en el modelo común pueden dar lugar a hablar de una forma de presidencialismo del alcalde-, pero se refuerza sobre todo la composición por éste de un gobierno fuerte (junta de gobierno local) y la correlativa atribución de funciones de control al pleno.

En este modelo, la implantación de un sistema como el que ahora se analiza, en el que el máximo órgano municipal fuera elegido de forma directa, no se estima idónea en cuanto obligaría con seguridad a rediseñar el esquema de distribución de poderes entre ambos órganos. Puede hablarse aquí de un choque entre la decidida tendencia a la forma de gobierno parlamentaria, que guió como se ha visto a la Ley 57/2003 en el diseño de la forma de gobierno de los municipios de gran población, y la implantación en ellos de un sistema electivo-presidencialista de alcalde. Tal forma de elección afectaría no sólo al sistema electoral, sino también a la configuración de las instituciones (Pleno y ejecutivo fuerte compuesto por alcalde y Junta de Gobierno) y al reparto de competencias entre ellas, de un modo que podría hacer perder su sentido a instituciones como la moción de censura o la cuestión de confianza, tal y como se encuentran concebidas en esta forma de gobierno. Los inconvenientes apuntados no resultarían superables, por lo demás, con la alternativa que ofrece el modelo italiano establecido en municipios de más de quince mil habitantes (véase lo dicho en el apartado D en este capítulo). Tal sistema se configura, en efecto, como cuasipresidencialista, en el sentido de que el gobierno corresponde por entero al primer edil (la junta tiene carácter fundamentalmente asistencial) y que la aprobación de la moción de censura tiene como efecto la disolución tanto del consejo municipal como del pleno y la convocatoria de elecciones anticipadas. Dos notas que lo separan con claridad de nuestro vigente modelo y que dificultarían –en especial la última– uno de los objetivos de la reforma, cual es la estabilidad y gobernabilidad de las corporaciones locales.

VII. OTRAS CUESTIONES

1. Introducción

En los capítulos anteriores de este Informe el Consejo de Estado ha examinado y valorado las propuestas que se han ido formulando en los últimos años en torno a cinco grandes cuestiones: el voto de los extranjeros residentes en España en las elecciones municipales; el voto de los residentes ausentes; la proporcionalidad del sistema electoral; la circunscripción en las elecciones al Parlamento Europeo; y la elección de los alcaldes. Se trata, por así decirlo, de cuestiones que se sitúan en lo que puede considerarse como primer nivel del régimen electoral general, es decir, que constituyen un desarrollo inmediato o primario de las previsiones constitucionales sobre régimen electoral general o que vienen a complementar, precisamente por referirse a alguno de los elementos esenciales de todo sistema electoral, la falta de previsión expresa del texto constitucional.

En este capítulo corresponde analizar algunas otras cuestiones que, sin formar parte de ese primer nivel del régimen electoral general, han sido objeto de diversas propuestas de reforma, ya en sede parlamentaria, ya en el plano doctrinal, que merecen, a juicio de este Consejo de Estado, una especial atención por su relevancia o por su alcance práctico. Es el caso de los empadronamientos de conveniencia, de los sistemas electrónicos de votación, de la prohibición de la difusión de encuestas electorales y de algunos aspectos del régimen de las campañas electorales (espacios publicitarios, campaña institucional).

Se trata, ciertamente, de cuestiones heterogéneas, tanto por razón de su dimensión sustantiva como por razón del distinto alcance con que son objeto de este Informe. Pues en algunos casos se trata de ajustes o reformas puntuales de la legislación vigente, que pueden llevarse a cabo sin excesivas complicaciones (por ejemplo, empadronamientos de conveniencia, prohibición de la difusión de encuestas electorales); en otros se apunta hacia la conveniencia de una revisión en conjunto de la regulación legal vigente,

aunque el Informe se centre en algunos puntos concretos de dicha regulación (por ejemplo, campañas institucionales); y, en fin, en alguna ocasión se trata simplemente de llamar la atención sobre la necesidad de profundizar en el estudio y viabilidad práctica de determinadas propuestas (es el caso de los sistemas de votación electrónica). Por esta razón, al final de este capítulo no se incluye un apartado común sobre conclusiones y propuestas, sino que éstas se realizan al final de cada uno de los temas tratados, en el apartado correspondiente.

Por lo demás, y en la línea de lo señalado al comienzo de este Informe, no se incluyen aquellas cuestiones que atañen de forma prioritaria a otras disciplinas y, en especial, al sistema de partidos políticos: es el caso del contencioso electoral y de la financiación electoral considerada desde una perspectiva global.

2. El fraude en la inscripción censal electoral

Uno de los problemas que la práctica ha puesto de relieve en nuestro sistema electoral –en particular, por lo que se refiere a las elecciones locales– es el de los llamados empadronamientos de conveniencia, o, en terminología más acorde con el objeto de este estudio, el de las inscripciones fraudulentas en el censo electoral. En efecto, las alteraciones de este censo (la mayor parte de las cuales tienen ciertamente su origen en inclusiones indebidas en el padrón municipal) son susceptibles de determinar un falseamiento de los resultados electorales, cuestión sobre la que la doctrina ha llamado repetidamente la atención.

Este tipo de conductas fraudulentas se dan, claro es, con carácter esporádico, sin que quepa hablar de un defecto estructural del sistema electoral. Como se ha dicho, es sobre todo en el ámbito de las elecciones locales donde se han localizado tales prácticas con cierta frecuencia, en virtud de espurios intereses económicos o de otro tipo (se han estudiado principalmente sus efectos en los comicios municipales de 1999, 2003 y 2007;

determinando los primeros una jurisprudencia en la materia, culminada por las SSTC 148 y 149/1999, ambas de 4 de agosto, sobre la que se volverá).

No se trata pues de llevar a cabo un análisis de todos los problemas que presenta el empadronamiento falso o de conveniencia, ni de las posibles soluciones que el ordenamiento arbitra frente a estas conductas, incluidos los remedios penales. Desde una perspectiva de respeto al sufragio libre y no falseado que los ciudadanos tienen derecho a ejercer en las urnas (artículo 23 de la Constitución), se analizarán únicamente aquellos aspectos que atañen al régimen electoral general en sentido estricto: en primer lugar, lo relativo a la correcta elaboración del censo electoral, para lo que es imprescindible estudiar su conexión con el padrón municipal de habitantes [2.1]; a continuación, las reclamaciones sobre datos censales fuera de período electoral y el papel desempeñado por la Oficina del Censo Electoral, como Administración electoral singular y funcionalmente sometida a la vigilancia de la Junta Electoral Central (con una particular atención al denominado “sistema de alerta” sobre altas en el censo establecido por resolución de la citada Oficina de 24 de febrero de 2006) [2.2]; finalmente, la posible rectificación del censo en período electoral y las limitaciones del contencioso-electoral en la materia [2.3]. Se extraerán de todo ello algunas conclusiones más inmediatamente dirigidas a la conveniencia de eventuales reformas [2.4].

2.1. Censo electoral y padrón municipal de habitantes. Las medidas de garantía de una correcta confección del padrón

La inscripción en el censo electoral tiene una conexión inescindible con el derecho de sufragio, del que es condición e instrumento indispensable para su ejercicio; pese a lo cual, no tiene naturaleza constitutiva sino declarativa de tal derecho (STC 154/1988, de 21 de julio, FFJJ 3 y 7). En efecto, de acuerdo al artículo 31.1 de la LOREG, “el censo electoral contiene la inscripción de quienes reúnen los requisitos para ser elector y no se hallen privados, definitiva o temporalmente, del derecho de sufragio”, de modo que la inscripción en el censo electoral es obligatoria (artículo 32.1 de la LOREG), en el sentido de que ésta no es una carga para el ciudadano sino una obligación para la

Administración, que ha de adoptar las medidas pertinentes para garantizar la constancia en el censo de quienes ostenten la condición de electores.

El censo tiene carácter territorial, permanente y de actualización mensual (artículos 33 y 34 de la LOREG) y su formación se realiza en lo principal a través de los datos obtenidos de los Ayuntamientos -también en menor parte de los consulados, del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes- (artículos 35 a 37 de la citada ley)⁶⁸. De ahí que suela decirse que el censo es trasunto del padrón municipal de habitantes; o, lo que es igual, que el peso de su elaboración recae fundamentalmente sobre la exactitud de los datos obtenidos del padrón de población municipal, que viene a resultar así medida fundamental de los ciudadanos que son llamados a votar o a ser elegidos en todas las elecciones a celebrar en nuestro territorio (puesto que “el censo electoral es único para toda clase de elecciones”, según el artículo 31.3 de la LOREG).

Sin embargo, no han de confundirse ambos datos, los obtenidos del padrón y aquellos que constan en el censo electoral. De un lado, la inscripción en el padrón no es condición imprescindible para figurar en el censo electoral (Acuerdo de la Junta Electoral Central de 17 de enero de 1983); puede obtenerla la Administración electoral a través de cualesquiera otros datos, entre ellos los recibidos de entidades públicas distintas de los Ayuntamientos antes mencionadas (cabe incluso el ejercicio del derecho de sufragio, de forma excepcional, mediante certificación censal específica o resolución judicial que declare el derecho a inscripción: artículo 85, apartados 1 y 3 de la LOREG; si bien se trata de excepciones que confirman la regla del carácter declarativo del derecho de sufragio que se atribuye al censo electoral). De otro lado, los datos decisivos para la eficacia del derecho de sufragio son los derivados del censo electoral vigente el día de la convocatoria, que es el cerrado el día primero del mes anterior al de la fecha de aquélla (artículos 34.2 y 39.1 de la LOREG).

⁶⁸ “El censo electoral está compuesto por el censo de los electores residentes en España y por el censo de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero” (artículo 31.2 de la LOREG). En este capítulo se hace referencia únicamente al de los electores residentes en España, bien sean españoles o extranjeros con derecho a sufragio. Sobre los problemas del censo de los residentes ausentes (CERA), véase el Capítulo II de este estudio.

Así y todo, las garantías que puedan ofrecerse para la mejor confección del censo -como un primer paso dirigido a evitar prácticas fraudulentas en esta materia- es claro que pasan por la vigilancia y mejora de un correcto y veraz empadronamiento.

En un breve análisis de la regulación del padrón municipal de habitantes, ha de partirse de lo dispuesto en la materia por los artículos 15 a 17 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que fueron objeto de una importante modificación por la Ley 4/1996, de 10 de enero, sobre el padrón municipal de habitantes; y, en el plano reglamentario, por el Título II del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales (en adelante, RPDEL), aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, en su redacción por el Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre, que introdujo también importantes variaciones como consecuencia de la reforma legal mencionada.

Por lo que aquí interesa, “el padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio”; más aún, “los inscritos en el padrón municipal son los vecinos del municipio” y “toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el padrón del municipio en el que resida habitualmente” (artículos 16.1 y 15, párrafos tercero y primero, respectivamente, de la LBRL). Así pues, como se ha constatado en otros lugares de este estudio a diversos efectos, la vecindad municipal está ligada a la residencia habitual efectiva y el padrón, como registro que delimita la condición de vecino, no es una excepción a esta importante regla.

La consecuencia trascendente, por lo que hace a la elaboración del padrón, es que ésta ha de ser completa y real, en el sentido de reflejar de forma adecuada este vínculo entre inscripción y efectiva residencia. Con carácter general, corresponde a los Ayuntamientos “la formación, mantenimiento, revisión y custodia del padrón municipal, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado” (artículo 17.1 de la LBRL). De otro lado, como explica la exposición de motivos de la Ley 4/1996, se atribuyen al Instituto Nacional de Estadística las funciones de coordinación de los distintos

padrones municipales, en tanto que el Consejo de Empadronamiento desempeña las funciones de órgano de colaboración en esta materia entre la Administración General del Estado y los entes locales (apartados 3 y 4 del artículo 17 de la LBRL).

Por lo que hace, concretamente, a los posibles controles y garantías de la correcta confección del padrón, han de distinguirse varios planos. Cabe tratar, en primer lugar, del control sobre la propia actividad de los Ayuntamientos al elaborar el padrón municipal de habitantes. En esta materia, el artículo 17.2 de la LBRL establece que “[l]os Ayuntamientos realizarán las actuaciones y operaciones necesarias para mantener actualizados sus Padrones de modo que los datos contenidos en éstos concuerden con la realidad”. El principal control sobre esta obligada concordancia con la realidad del padrón es el que puede ejercer el Instituto Nacional de Estadística. La ley le asigna la capacidad de realizar las comprobaciones oportunas y de comunicar a los Ayuntamientos las actuaciones y operaciones necesarias para que éstos “puedan remitir, debidamente actualizados, los datos del censo electoral”, todo ello a fin de subsanar posibles errores y evitar duplicidades (artículo 17.3 de la LBRL). El Instituto Nacional de Estadística puede también llevar a cabo operaciones de control sobre la precisión de los padrones y comunicar a los Ayuntamientos medidas a adoptar para dotarlos de mayor exactitud. En un supuesto extremo, la garantía de corrección (ajuste con la realidad) del padrón se considera tan relevante, que se prevé que, en caso de que un Ayuntamiento incumpla su obligación de mantenerlo actualizado -si bien no parece que la regla pueda aplicarse a casos de inscripciones indebidas-, “el Instituto Nacional de Estadística, previo informe del Consejo de Empadronamiento, podrá acudir a la ejecución sustitutoria prevista en el artículo 60 de la LBRL, sin perjuicio de los recursos jurisdiccionales que procedan” (artículo 62.2 del RPDEL). Por último, las discrepancias que puedan surgir entre los Ayuntamientos y el Instituto Nacional de Estadística con ocasión de las operaciones de comprobación y control del padrón municipal serán resueltas por el Presidente del citado órgano, a propuesta vinculante del Consejo de Empadronamiento (artículo 17, apartados 3 y 4, de la LBRL; y artículos 80 y 85 del RPDEL).

Un segundo plano, no menos importante, es el que se refiere al control sobre las personas que traten de darse de alta o consten inscritas en el padrón, sin contar con el requisito de la residencia habitual en el municipio de que se trate. En estos supuestos, puede el Ayuntamiento desplegar una serie de facultades de comprobación de los datos que figuran en el padrón municipal de habitantes (en ejercicio de una potestad que se ha dado en llamar de policía padronal), a los efectos bien de practicar una baja de oficio por resultar la inscripción indebida, bien de denegar el alta solicitada en el padrón (artículos 72 y 73, respectivamente, del RPDEL). Concretamente, conforme al artículo 72 del RPDEL, “los Ayuntamientos darán de baja de oficio, por inscripción indebida, a quienes figuren empadronados incumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 54 de este Reglamento [residencia habitual], una vez comprobada esta circunstancia en el correspondiente expediente en el que se dará audiencia al interesado”. Además, el citado artículo prevé que el interesado deberá solicitar el alta en el municipio en que resida habitualmente (al objeto de eliminar situaciones de carencia de vecindad municipal⁶⁹) y que, de no manifestar su conformidad expresa con la baja, ésta sólo podrá llevarse a cabo con el informe favorable del Consejo de Empadronamiento.

En toda esta materia, se ha considerado por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia que cabe la garantía jurisdiccional reforzada del recurso preferente y sumario del artículo 53.2 de la Constitución (y posterior recurso de amparo constitucional), sobre la base de que el acto de empadronamiento condiciona el derecho a participar en los asuntos públicos (así, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de septiembre de 1994 y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 19 de septiembre de 1997); a lo que se añade en otras ocasiones que está en juego también el derecho fundamental de libertad de residencia, por entender que este derecho “va más allá de la simple elección del lugar para vivir y

⁶⁹ En el marco de inscripciones en el censo electoral, se encuentra sin embargo una regla diferente. En efecto, la Resolución de la Oficina del Censo Electoral de 24 de febrero de 2006 (a la que se hace referencia con detalle en el apartado siguiente) prevé en su instrucción 1.1: “Las delegaciones provinciales de la Oficina del Censo Electoral repercutirán en el Censo Electoral las bajas de oficio por inclusión indebida tramitadas por los ayuntamientos conforme a la normativa de Régimen Local [...], aun cuando no se haya producido el alta en otro municipio”.

conlleva también la posibilidad de ejercitar de manera efectiva los derechos que se anudan a la residencia elegida” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 16 de febrero de 1999).

Con carácter general, esta jurisprudencia ha seguido una línea interpretativa que juzga con amplitud el criterio de la residencia habitual en las solicitudes de alta, de modo que tales solicitudes únicamente podrán ser desestimadas cuando existan pruebas suficientes que demuestren que el interesado no reside habitualmente en el término municipal, ni tiene intención de hacerlo en el futuro (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de marzo de 1996; en línea con reiterada jurisprudencia que parte de que “en la actualidad no es necesario el requisito de la residencia previa, sino que basta la declaración de voluntad del administrado para adquirir la condición de residente”, en los términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1986). No obstante, es claro que lo anterior no puede llevar a ignorar el presupuesto legalmente exigido de la residencia, cuando exista base probatoria para denegar la inscripción: en esta línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de septiembre de 1994 establece que “la inscripción en el Padrón Municipal como residente se configura legal y reglamentariamente como un deber-derecho” y que no existe vulneración del derecho de los interesados cuando la decisión municipal tiene base probatoria suficiente y se ha dado en ejercicio de los preceptos legales y reglamentarios pertinentes. En definitiva, habría de encarecerse en este punto (denegación de solicitudes de alta en el padrón, práctica de bajas de oficio) el establecimiento de criterios claros y homogéneos, en la legislación de régimen local, en punto a la exigencia probatoria de la residencia habitual como criterio base para la inscripción padronal.

Por último, un tercer plano de control es el que puede llevarse a cabo por terceras personas sobre la exactitud del padrón. Cabe, en este sentido, entender que, con ocasión del acto de revisión del padrón municipal de habitantes que tiene lugar el 1 de enero de cada año y cuya aprobación compete al pleno municipal (artículos 81 del RPDEL y 11.2 y 22.2.b] de la LRBL, respectivamente), podrían tener lugar las pertinentes impugnaciones de

los datos en él contenidos, si bien parece que aquéllas habrán de quedar limitadas a las cifras totales de población, altas, bajas o cambios de domicilio, sin que puedan alcanzar al contenido de las variaciones de datos individuales (por más que la revisión haya de extenderse también a éstas, conforme disponen las Instrucciones técnicas sobre la revisión y gestión del padrón municipal de habitantes, aprobadas por Resolución de la Subsecretaría de Presidencia de 21 de julio de 1997). Se encuentra para ello, en efecto, la misma limitación que con carácter general se establece para los terceros interesados en revisar la exactitud o revisar los datos del padrón, esto es la relativa a que los datos del padrón son confidenciales y el acceso a ellos está sometido a lo dispuesto por la legislación de protección de datos de carácter personal (artículo 16.3 *in fine* de la LBRL), de modo que la rectificación queda limitada al titular de aquéllos.

2.2. La Oficina del Censo Electoral y la formación del censo electoral. Reclamaciones sobre datos censales fuera del período electoral

“La Oficina del Censo Electoral, encuadrada en el Instituto Nacional de Estadística, es el órgano encargado de la formación del censo electoral y ejerce sus competencias bajo la dirección y la supervisión de la Junta Electoral Central” (artículo 29.1 de la LOREG). En la doctrina se ha subrayado con diversos matices que la Oficina del Censo Electoral, aun cuando encuentre su regulación dentro del Capítulo III del Título I de la LOREG -esto es, en el capítulo dedicado a la Administración electoral- y funcionalmente ejerza sus funciones bajo la vigilancia de la Junta Electoral Central, se encuentra sin embargo orgánicamente inserta en una entidad situada en el ámbito del Ministerio de Economía y Hacienda (Instituto Nacional de Estadística) y fuera por tanto de la Administración electoral. Este régimen ambiguo o bifronte viene a quedar confirmado por la atribución directa del control de sus actos a la vía jurisdiccional, a tenor del artículo 30.f) de la LOREG: “La Oficina del Censo Electoral tiene las siguientes competencias (...) Resuelve las reclamaciones contra las actuaciones de los órganos que participan en las operaciones censales y en particular las que se plantean por la inclusión o exclusión

indebida de una persona en las listas electorales. Sus resoluciones agotan la vía administrativa”.

En las tareas de formación del censo electoral, dispone el artículo 38.1 de la LOREG: “La Oficina del Censo Electoral procederá a la actualización mensual del Censo Electoral con la información recibida antes del día primero de cada mes”; en tanto que el apartado siguiente precisa que los datos se mantendrán a disposición de “los interesados” para su consulta. Ya en lo tocante a las eventuales rectificaciones, dice el apartado 3 en su primer párrafo: “Las reclamaciones sobre los datos censales se dirigirán a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral, que resolverán en el plazo de cinco días a contar desde la recepción de aquéllas”.

Así pues, se tiene aquí un primer escalón de protección de la exactitud de los datos censales. En la doctrina se ha distinguido -con una terminología propia del control jurisdiccional; cercana, en concreto, a la configuración del objeto del proceso- entre los aspectos *subjetivo* y *objetivo* de este control. Se dice así, en general, que mientras los aspectos subjetivos de la tutela de los datos censales están suficientemente protegidos, quedan en cambio desguarnecidos los aspectos de control objetivo (esto es, por terceros, por partidos políticos o incluso por cualquier ciudadano en virtud de un interés general en la correcta confección del censo anudada al derecho del sufragio) de dichos datos.

Por lo que se refiere al nivel que ahora se examina, el de la elaboración y recogida de los datos censales por la Oficina del Censo Electoral *fuera* del período electoral, cabe distinguir en efecto según se trate de las garantías subjetivas u objetivas de la exactitud del censo.

- En punto a las primeras, el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 148 y 149/1999 (respectivos FF JJ 5) entendió lo siguiente:

“El art. 38.2 LOREG contiene una referencia a «los interesados» (...), que incluye como legitimados a cualesquiera que puedan serlo, sin

ningún elemento para una posible restricción de entre ellos, lo que permite incluir en el círculo de tales a los actores políticos que se propongan concurrir a las elecciones, y que por ello tengan interés en la regularidad del censo. A su vez, el apartado 3 (...) se refiere sin ninguna restricción objetiva a «las reclamaciones sobre los datos censales», lo que supone considerar esos datos en su objetividad, y no en cuanto referidos al interés personalizado de cada una de las personas afectadas por ellos.

Cabe así encuadrar en estos últimos preceptos las reclamaciones sobre los datos censales, presididas por un interés general de regularidad de los mismos, al margen del interés individual de los sujetos a los que afectan, abriendo así un amplio margen para posibles impugnaciones, entre otros, de los partidos políticos (lo que no supone, no obstante, según se verá después, que ese cauce pueda insertarse en un concreto procedimiento electoral)”.

Sin embargo, cabe decir que este entendimiento amplio de los posibles legitimados para instar la rectificación de los datos censales queda en buena parte contradicho por los términos de la legislación vigente. En primer término, la propia LOREG (artículo 41, apartados 1 y 5) configura con carácter general el acceso a los datos censales como reservado, al prohibir la información particularizada sobre ellos a excepción de la solicitada por conducto judicial y establecer que “los representantes de cada candidatura podrán obtener el día siguiente a la proclamación de candidaturas una copia del censo del distrito correspondiente” (previsión que no tendría sentido si se estableciese un acceso abierto a tales datos a efectos de rectificaciones). Por otra parte, la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 24 de abril de 1996, por la que se dictan normas técnicas para la actualización mensual del censo electoral, establece (en el apartado 1 de su norma sexta, relativa a reclamaciones administrativas): “En cualquier momento *el elector* puede consultar *su inscripción* en el censo electoral y presentar las oportunas reclamaciones al amparo de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General”, lo que reduce también el ámbito subjetivo de esta tutela a los directamente concernidos en la inscripción de sus propios datos.

Finalmente, establece el artículo 38.5 de la LOREG: “Los recursos contra las resoluciones en esta materia de las Delegaciones de la Oficina del Censo Electoral se tramitarán por el procedimiento preferente y sumario previsto en el número 2 del artículo 53 de la Constitución”. Lo que remite hoy al recurso contencioso-administrativo previsto con tal carácter preferente y sumario en los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

- Por lo que hace al aspecto objetivo de la corrección de los datos del censo electoral, ha significado un cierto avance la Resolución de 24 de febrero de 2006, de la Oficina del Censo Electoral, sobre la repercusión de las bajas de oficio por inscripción indebida en los padrones municipales y procedimiento de control de las altas en el Censo Electoral (conocida también, como antes se la nombró, como Resolución sobre el sistema de alerta acerca de las inscripciones de altas sospechosas en dicho censo).

Dice el preámbulo de esta resolución -que consiste en una serie de instrucciones dictadas por la mencionada Oficina del Censo Electoral a los Ayuntamientos, ex artículo 30.a) de la LOREG- que “la experiencia de lo acontecido en las elecciones municipales de 1999 y de 2003, en las que se produjeron numerosos casos de empadronamientos sospechosos de no corresponder a situaciones reales de residencia habitual de los vecinos, aconseja establecer un sistema de difusión y un procedimiento de reclamaciones a las cifras de electores después de cada actualización mensual”.

Concretamente, se prevé la publicidad mensual en la página *web* del Instituto Nacional de Estadística de las cifras de electores y el que, contra dichas cifras, “se podrán presentar reclamaciones en la delegación provincial de la Oficina del Censo Electoral, que deberán estar motivadas y estarán referidas únicamente a las cifras de electores publicadas, y no a inscripciones individuales de electores” (instrucción 2.2). Tras establecer el posible requerimiento de la Oficina del Censo Electoral a los Ayuntamientos para que certifiquen la exactitud de los electores inscritos en el censo “por haber sido

altas en su Padrón en el mes considerado”, se dispone que los Ayuntamientos notificarán a las personas en cuestión para que declaren sobre su domicilio y municipio de residencia habitual, so pena de imposición de sanciones pecuniarias (instrucciones 2.3 y 2.4). Comprobada la falta de residencia, se dará de baja de oficio en el censo a dichas personas por inclusión indebida. En caso de que el Ayuntamiento no responda al requerimiento en un plazo de quince días, simplemente se dispone que la Oficina del Censo Electoral “reclamará la certificación exigida y, si transcurridos otros 15 días continúa sin remitirla, se pondrá en conocimiento de la Junta Electoral Central” (instrucciones 2.5 y 2.6).

La eficacia del sistema diseñado por la Resolución de 24 de febrero de 2006 es, pues, limitada. En primer término, porque su resultado final puede verse abocado a una falta de respuesta por parte de los Ayuntamientos, ante lo que sólo cabe la puesta en conocimiento de la Junta Electoral Central. Además, porque la eficacia de estas actuaciones suele concluir, según datos ofrecidos por la propia Oficina del Censo Electoral, en la formulación de denuncias ante el Ministerio Fiscal, un remedio extremo que difícilmente puede poner fin a este tipo de prácticas en período electoral, como pasa a analizarse seguidamente.

2.3. Rectificación del censo en período electoral y revisión jurisdiccional de errores censales

Ya en período electoral, el censo electoral tiene una destacada importancia, ya que determina de modo oficial el número e identidad de las personas que podrán ejercer el derecho de sufragio. Eso explica su regulación separada en la Sección III del capítulo dedicado al censo (Capítulo IV del Título I de la LOREG). La previsión de medidas de este tipo por la legislación electoral -publicidad y posible rectificación del censo una vez abierto el período electoral- se ha hecho acreedora de algunas críticas, desde la perspectiva global del proceso electoral: un excesivo garantismo, se dice, puede llegar a ser contraproducente cuando el censo hoy en día se actualiza mensualmente y tiene su base principal en un padrón de actualización permanente.

Con todo, otro es el punto de vista que ahora interesa, el de la previsión del fraude electoral. Y es claro que, en atención a éste, son justamente los últimos días de formación del censo -incluso los que siguen a su cierre oficial, en los que pueden realizarse inscripciones, bien de forma irregular o por vía de rectificación- los que plantean un mayor número de problemas de inscripciones censales sospechosas. De este tipo fueron, en efecto, los casos relativos a los Ayuntamientos de Valdeconcha y Fontanilles que, tras respectivas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha y Cataluña, dieron lugar finalmente a los amparos concedidos por las Sentencias del Tribunal Constitucional 148 y 149/1999 y a la jurisprudencia que en ellas se sentó.

Han de analizarse, pues, las posibilidades que ofrecen la legislación y la jurisprudencia vigentes para reclamar o rectificar los errores censales, que pudieran tener como consecuencia un falseamiento de los resultados electorales. No se estudia aquí, se insiste, la cuestión -para la que con seguridad está pensada la vigente legislación- de posibles exclusiones indebidas del censo y su eventual rectificación. Se trata solamente de examinar las prescripciones legales en orden a detectar las vías de solución de inclusiones indebidas en tal censo, para proteger con ello, es claro, no el derecho de sufragio de los así incluidos, sino el de los restantes electores e incluso el interés general en la correcta composición del cuerpo electoral de los residentes en España (los que tengan su efectiva residencia en un municipio, dato que determina su inclusión en el censo para todo tipo de elecciones).

Pues bien, se ha de partir para ello de lo dispuesto por los artículos 39 y 40 de la LOREG. Dice el primero en su apartado 1: "Para cada elección el Censo Electoral vigente será el cerrado el día primero del mes anterior al de la fecha de la convocatoria" (e introduce después algunas previsiones para el caso de que no se hubiera incorporado en esa fecha la última información disponible). Tras fijar un período de consulta, informática o por exposición al público de las listas, de ocho días contados a partir del sexto día posterior al de la convocatoria de elecciones (apartado 2), establece el artículo 39.3 de la LOREG que "dentro del plazo anterior cualquier persona podrá formular

reclamación dirigida a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral sobre sus datos censales”. En tres días se habrán de resolver las reclamaciones y ordenarse las rectificaciones pertinentes, que serán notificadas individualmente y publicadas el decimoséptimo día posterior a la convocatoria (apartado 4). Por último, dispone el artículo 40 en sus dos apartados lo siguiente: “Contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral puede interponerse recurso ante el Juez de Primera Instancia en un plazo de cinco días a partir de su notificación. La Sentencia, que habrá de dictarse en el plazo de cinco días, se notifica al interesado, al Ayuntamiento, al Consulado y a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral. Esta Sentencia agota la vía judicial”.

De nuevo cabe diferenciar el aspecto subjetivo y el objetivo en lo referente a la revisión de la exactitud del censo electoral:

- Desde la perspectiva de las garantías subjetivas, el tenor literal del artículo 39.3 de la LOREG, que se acaba de reproducir, es terminante en cuanto a la limitación para solicitar una revisión del censo electoral a quienes deseen reclamar sobre sus propios datos: “cualquier persona podrá formular reclamación (...) *sobre sus datos censales*”. Así lo entendieron las SSTC 148 y 149/1999 (nuevamente en sus respectivos FF JJ 5), que pusieron además esta cuestión en relación con la posibilidad -también limitada a esas personas- de impugnación jurisdiccional y apuntaron una posible explicación de la especialidad de jurisdicción (civil) que se establece en el artículo 40 de la LOREG. Se sostuvo en este sentido:

“Los términos del art. 39.3 L.O.R.E.G. (...) no dejan duda de que los únicos legitimados para las reclamaciones en él previstas son las personas naturales directamente afectadas en sus propias situaciones censales. Así obliga a entenderlo la referencia a «sus datos censales», como objeto posible de la reclamación, que impide, en buenos términos lógicos, que la referencia anterior a cualquier persona pueda incluir a personas, ni siquiera individuales, a las que no afecte el dato censal cuestionado. Por ello esa vía de reclamación no puede servir de vehículo

de un hipotético interés (perfectamente legítimo, por lo demás) de los contendientes en la elección en orden a controlar la regularidad del censo, aunque éste haya de ser el que delimite el círculo subjetivo de los electores a los que dichos competidores en la elección se propone solicitar su voto.

(...) En la medida en que el recurso regulado en el art. 40 L.O.R.E.G. está inmediatamente vinculado con el precepto que le antecede, no resulta jurídicamente aceptable una hipotética posibilidad de que ese recurso jurisdiccional pueda ser disponible por los actores políticos contendientes en la elección. Téngase en cuenta además que el interés que preside la reclamación prevista en el art. 39.3 L.O.R.E.G. es el interés privado de la persona que impugna sus datos censales (lo que quizás explique la especialidad jurisdiccional que supone el que del ulterior recurso jurisdiccional conozca, no un órgano del orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, según lo previsto en el art. 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial -L.O.P.J., en adelante-, sino un órgano del orden civil, previsión específica que tiene su encaje en el marco genérico del art. 9.1 L.O.P.J.), mientras que el interés que, en su caso, preside el interés de los sujetos políticos en cuanto a la regularidad del censo es un interés general distinto (lo que explica, por otra parte, que deban ser los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo -art. 9.4 L.O.P.J.- los llamados a conocer de la correspondiente pretensión y, dentro de ese orden, dados los criterios de distribución de competencias entre sus órganos establecidos en la L.J.C.A., el órgano competente, según lo dispuesto en el art. 8.3 será el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo)".

- De lo anterior es sencillo deducir ya que un control objetivo de la regularidad del censo es en la práctica inexistente en fase de período electoral. De una parte, no es posible aquí un entendimiento amplio de la legitimación como el que quizá permitiese el artículo 38 de la LOREG -cuestión no clara, como se ha dicho, a la vista de la legislación en vigor-; ni tampoco el sistema establecido por Resolución de la Oficina Censo Electoral de 24 de febrero de 2006 podría tener ninguna virtualidad en ese momento, aparte de la limitada

que tiene con carácter general, habida cuenta de lo perentorio de los plazos de reclamación. En definitiva, como constató la jurisprudencia constitucional, en términos próximos a una invitación al legislador:

“La conclusión de lo razonado es que puede entenderse fundadamente que no existe en la L.O.R.E.G. un cauce legal idóneo para que los partidos, federaciones o coaliciones electorales puedan impugnar en el curso del procedimiento electoral, y con eficacia en él, las posibles irregularidades producidas por rectificación del censo inicial, con arreglo al que deban celebrarse las elecciones, ni, por tanto, se les puede imputar falta de diligencia por no haberlo utilizado, que pueda enervar, si es que existe, su eventual derecho a impugnar la elección por esa causa.

El único medio de reacción contra esas irregularidades, en su caso, dado lo dispuesto en el art. 140.1.d) L.O.R.E.G. («realizar con inexactitud el recuento de electores en actos referentes a la formación o rectificación del censo, o en las operaciones de votación o escrutinio»), es la acción penal por delito, aunque por ella no pueda producirse la rectificación eficaz de las irregularidades producidas” (FF JJ 5 *in fine* de las SSTCC 148 y 149/1999).

(...) Toda la argumentación precedente pone en evidencia la existencia de una laguna legal de la L.O.R.E.G., al no establecer cauces legales idóneos para que los actores políticos puedan impugnar con eficacia durante el período electoral las posibles irregularidades del censo que pueden ser determinantes de los resultados electorales; lo que posibilita de hecho, en la medida en que no existe remedio adecuado, que eventuales maniobras auténticamente fraudulentas lleguen a alcanzar su torpe designio, al margen de la hipotética reacción penal. Pero tal laguna no puede justificar que se distorsionen los límites legales de los procedimientos impugnatorios” (FF JJ 8 *in fine* de las SSTCC 148 y 149/1999).

2.4. Consideraciones finales

Las propuestas de mejora que se han ofrecido en esta materia son bien diversas. En cuanto a la *confección del padrón*, se ha sugerido -ya se dijo- un reforzamiento de las facultades de supervisión del Instituto Nacional de Estadística, como órgano encargado de la coordinación entre padrones municipales y de la vigilancia de la exactitud de éstos, sobre la actividad de los Ayuntamientos. Debería igualmente hacerse hincapié, aun cuando la cuestión exceda de la legislación de régimen electoral general, en la necesidad de una delimitación homogénea de los criterios de residencia habitual -y de su efectiva acreditación- que están en la base de las altas y bajas padronales y, en consecuencia, de una correcta formación del censo electoral.

También se ha apuntado la conveniencia de introducir, en la fase de *rectificación del censo fuera del período electoral*, la sustancia del sistema establecido por la Resolución de la Oficina del Censo Electoral de 24 de febrero de 2006 en la LOREG, y de hacerlo combinando el resultado final de tal mecanismo -que puede resultar en una falta de respuesta del Ayuntamiento concernido- con una especie de acción popular en defensa de la correcta constitución del censo (opción que supondría una limitada excepción en los casos más flagrantes de errores censales, se dice, al deber de protección de datos de carácter personal)⁷⁰. A juicio del Consejo de Estado, no resultaría idóneo trasladar a la LOREG un sistema como el descrito, que se ha demostrado de eficacia limitada, además de que supondría introducir excesivo detallismo en una norma con rango de ley orgánica, que se estima más propio de resoluciones como la mencionada. En punto a la ampliación de la legitimación, sin llegar al extremo de la acción popular (o inexigencia, en la práctica, de legitimación, que chocaría seguramente con la confidencialidad de los datos censales), ésta podría encontrar base en la jurisprudencia

⁷⁰ En Derecho comparado, se admite en ocasiones la impugnación de la inscripción de cualquier persona en las listas electorales, sobre la base de una garantía máxima de la veracidad del censo. En tal sentido, el artículo L25, segundo párrafo, del Código electoral francés (en su versión de 6 de agosto de 2008); en Italia, el artículo 20, párrafo primero, del texto refundido de las Leyes de regulación del electorado activo y de elaboración y revisión de las listas electorales, de 20 de marzo de 1967 (que comprende, en este punto, las modificaciones realizadas por la Ley nº 244, de 30 de junio de 1989); en Austria, el párrafo 4 de la *Wählerevidenzgesetz* de 1973.

constitucional (SSTC 148 y 149/1999) que, como queda dicho, estimó posible la ampliación del círculo de interesados en la regularidad censal, cuando se trata de rectificaciones fuera de período electoral. Con todo, dicha ampliación debería sujetarse a algún criterio objetivo de delimitación de un interés legítimo en la materia; aparte de que debería superar un entendimiento estricto del acceso a los datos censales como reservado a los propios interesados (artículo 41 de la LOREG y norma sexta, apartado 1, de la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 24 de abril de 1996, por la que se dictan normas técnicas para la actualización mensual del censo electoral). Por lo demás, la base para esta legitimación podría situarse en un interés abstracto o general en la correcta composición del censo electoral; por lo cual, al no quedar afectado el derecho de los sufragio de los recurrentes, no cabría en este punto conferir a este recurso la garantía jurisdiccional del proceso sumario y preferente, y subsiguiente recurso de amparo constitucional, para la defensa de derechos fundamentales.

Una sugerencia que encuentra eco repetido en la doctrina es la de arbitrar algún mecanismo por el que los actos de la Oficina Censal Electoral quedasen en algún punto sometidos a la posible revisión o confirmación por parte de la Junta Electoral Central. Como se vio, supondría ello reformar el actual tenor del artículo 30.f) de la LOREG, que atribuye el control directo de tales actos a la vía jurisdiccional.

Sin duda esta última propuesta enlaza ya de forma directa con las encaminadas a mejorar la *revisión de errores censales en fase electoral*, momento en que a juicio del Consejo de Estado deberían concentrarse las posibilidades de reforma por ser entonces cuando se hacen más patentes las limitaciones del recurso contencioso-electoral (de los artículos 109 y siguientes de la LOREG). En efecto, como se vio, este último recurso queda fuera del alcance de lo relativo a errores censales, que tienen su propia vía de solución mediante reclamaciones ante la Oficina del Censo Electoral, frente a las que cabrá a su vez proceso preferente y sumario en vía contencioso-administrativa (artículo 38.5 de la LOREG) o, si se trata de revisar datos censales en período electoral, recurso previsto con urgencia específica ante los Juzgados civiles de

primera instancia (artículo 40.1 de la LOREG); y en ambos casos, posibilidad de recurso de amparo electoral ante el Tribunal Constitucional -no obstante lo cual, como se vio, el ámbito de este recurso se ha ceñido al proceso electoral *stricto sensu* del que quedan fuera las cuestiones censales (FF JJ 6 y 7 de las citadas Sentencias 148 y 149/1999)-.

De las alternativas que en esta fase se han sugerido, algunas de ellas van directamente encaminadas a una ampliación de la legitimación (en el artículo 39.3 de la LOREG), lo que significaría por sí la apertura del sistema hacia un control objetivo. Como se dirá seguidamente, esta legitimación ampliada podría encontrar mejor acomodo en el seno de un recurso contencioso-censal específico, cuyo objeto e interés en la impugnación se encontrasen precisamente definidos.

Otro grupo de propuestas -tratando siempre del control de los actos de la Oficina del Censo Electoral, en su actividad de revisión del censo en período electoral (artículos 39.3 y 40.1 de la LOREG)- encuentran una cierta conexión entre sí. En un primer nivel, pasan por la vinculación en vía administrativa de ciertos actos de la Administración censal (Oficina del Censo Electoral) con la electoral (Junta Electoral Central), permitiendo la supervisión y recurso ante ésta en los casos más graves de irregularidades, lo que podría medirse simple y llanamente por las cifras de electores concernida en la revisión frente al total de electores del municipio. A su vez, la modificación en este punto convertiría -cierto que no sin artificiosidad- la cuestión en acto dictado por Administración electoral y, en cuanto tal, ampliamente susceptible de recurso contencioso-electoral.

Un segundo plano de actuación estaría vinculado a una concepción del recurso contencioso-electoral en sentido amplio, de tal modo que en su objeto se pudiera comprender la impugnación de las irregularidades censales más graves o que por su trascendencia cuantitativa o cualitativa pudiesen resultar determinantes de los resultados electorales (FF JJ 8 de las SSTC 148 y 149/1999). Sin embargo, este entendimiento vendría precisamente a chocar

con la citada jurisprudencia constitucional que ha definido el objeto del recurso contencioso-electoral en sentido estricto.

Por ello, finalmente, una solución más transparente aunque necesitada de un indudable esfuerzo de coordinación normativa, sería la de introducir un nuevo recurso en la materia, esto es un recurso contencioso-censal específico. La construcción por el legislador habría de conjugar varios factores. En particular, debiera partir de la decisión primordial de concebir a este recurso bien como proceso contencioso-administrativo ordinario, o bien otorgarle el carácter de proceso sumario y preferente para la defensa de derechos fundamentales, con la posterior tutela del recurso de amparo constitucional. Como antes se ha visto, esta última opción implicaría la necesidad de localizar un derecho fundamental afectado, que difícilmente cabría encontrar en el caso de impugnación por los ciudadanos o electores sobre datos de un tercero (posibilidad fundada, según se vio, en un abstracto interés en la correcta integración del censo), mas sí de modo claro en el derecho a acceder a los cargos representativos de los candidatos de partidos políticos contendientes en el proceso electoral.

En esta línea, en primer lugar, la impugnación de datos censales en período electoral podría basarse en el interés “perfectamente legítimo” “de los contendientes en la elección en orden a controlar la regularidad del censo”, ya que éste es el que delimita “el círculo subjetivo de los electores a los que dichos competidores en la elección se propone solicitar su voto” (tomando la expresión de las SSTC 148 y 149/1999 en sus FF JJ 5, si bien referida allí, claro es, al recurso contencioso-electoral). En tal sentido, ha de recordarse que pueden presentar candidatos o listas de candidatos los partidos y federaciones inscritos en el registro correspondiente, las coaliciones legalmente constituidas y las agrupaciones de electores que reúnan los requisitos establecidos en la ley (artículo 44 de la LOREG). Por su parte, dispone el artículo 45.1 de la LOREG que “los representantes de cada candidatura podrán obtener el día siguiente a la proclamación de candidaturas una copia del censo del distrito correspondiente” y que “alternativamente los representantes generales podrán obtener en las mismas condiciones una copia del censo vigente de los distritos

donde su partido, federación o coalición presente candidaturas”, lo que podría facilitar la impugnación por dichos sujetos contendientes. En segundo lugar, el proceso tendría por objeto la rectificación de las irregularidades censales, cuya gravedad cualitativa o cuantitativa habrá de constituir criterio de apreciación del órgano juzgador en orden a la estimación o desestimación del recurso y a la eventual reparación del derecho afectado. Es claro, por último, que el tiempo en que ha de producirse la impugnación -dentro del período electoral- y la propia celeridad de la tutela que se trata de ofrecer habrían de llevar a una construcción de este medio de impugnación en plazos breves y orientados a una integración del censo electoral que no entorpezca el desarrollo del proceso electoral.

3. La prohibición de la publicación y difusión de encuestas electorales

Las encuestas electorales constituyen un útil instrumento para obtener información acerca de lo que los electores piensan sobre determinados asuntos, los partidos y los propios candidatos; sin embargo, es fundamental asegurar un mínimo rigor metodológico en su realización, que garantice la calidad de la información obtenida. Desde esta perspectiva y con independencia del margen de error natural que comporta toda encuesta, el principal riesgo que existe es el de su manipulación (al seleccionar las preguntas, la muestra, el momento de aplicarlas, etc.). De ahí la necesidad de articular un régimen jurídico aplicable a los sondeos electorales, cuya principal finalidad es la de garantizar su fiabilidad.

Una de las previsiones que en ocasiones integra ese régimen jurídico es la relativa a la prohibición de la realización o de la publicación de encuestas electorales en un periodo de tiempo variable previo a la celebración de las elecciones. En España es el apartado 7 del artículo 69 de la LOREG el que contiene una previsión de tal naturaleza, al prohibir la publicación y difusión de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación durante los cinco días anteriores al de la votación, debiendo tenerse en cuenta que la referida prohibición ha de entenderse referida exclusivamente a la encuestas sobre

intención de voto y no a las encuestas sobre voto emitido, que se realizan a pie de urna el día de la elección.

Aunque la supresión de esta prohibición no ha sido objeto de ninguna iniciativa parlamentaria durante la presente legislatura, en el plano doctrinal se ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones su inoperancia práctica y, paralelamente, la procedencia de su supresión y la revisión del régimen jurídico aplicable.

3.1. Derecho comparado

De forma sintética, los distintos modelos que ofrece el Derecho comparado en relación con este punto se suelen agrupar en tres grandes grupos:

- Ordenamientos que no establecen limitación temporal alguna a la divulgación de encuestas electorales. Este sistema, que en 1985 recibió el apoyo de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, es el sistema predominante⁷¹ y el vigente, entre otros, en Estados Unidos, Reino Unido, Irlanda, Suecia, Holanda, Noruega, Dinamarca, Austria, Bélgica, Finlandia y Estonia.
- Ordenamientos que prohíben la difusión de encuestas electorales, bien durante todo el periodo preelectoral (Corea, República Checa, entre otros⁷²), bien durante una fase más o menos prolongada del mismo, pero situada en su tramo final (Luxemburgo -un mes-; Italia y Grecia -quince días-; Eslovenia -siete días-), bien durante el desarrollo de la

⁷¹ Se aprecia una clara tendencia hacia la eliminación de la prohibición o hacia la reducción del periodo de tiempo al que es aplicable. En un estudio realizado en 2003 (Worldwide Update Foundation), de los 51 países estudiados, 27 no tenían prohibición, 15 redujeron el plazo de la prohibición o la suprimieron entre 1996 y 2002 (por citar algún ejemplo, en Francia la prohibición afectó a un periodo de cinco días hasta el año 2002; en Portugal a un periodo de siete días; o en Polonia a doce días), 5 países mantuvieron la prohibición (entre ellos, España) y 9 países reforzaron la prohibición ya existente.

⁷² En Montenegro, por ejemplo, a los medios públicos se les prohíbe difundir estas encuestas o cualquier otra proyección de los resultados de la elección. El día de la jornada electoral, incluso está prohibido publicar el resultado de elecciones previas.

votación y, en su caso, el llamado periodo de reflexión (Australia, Alemania, Portugal, Lituania, Malta, Eslovaquia, Francia, Polonia).

Debe hacerse notar que se trata de una cuestión que ha sido y es objeto de intenso debate fuera de nuestras fronteras. Y es que no hay que olvidar que en ella se ven implicados principios y derechos tan relevantes para la democracia como el derecho a la información, la libertad de elección o la igualdad de oportunidades de las distintas candidaturas.

Por citar sólo algunos ejemplos, en el Reino Unido se ha debatido en diversas ocasiones, prevaleciendo siempre la posición contraria a la prohibición; no obstante, en 1965 la comisión parlamentaria constituida al efecto se pronunció, por once votos a seis, a favor del establecimiento de la prohibición durante las 72 horas anteriores al cierre del escrutinio, sin que el Gobierno laborista de la época ni la Cámara de los Comunes, por amplia mayoría, compartieran esa opinión.

En 1981 se planteó en Estados Unidos la posibilidad de introducir un sistema mixto, que fue rechazada de forma casi unánime, aunque la cuestión siguió abierta y en 1992, con ocasión de las elecciones presidenciales, más de ciento cincuenta congresistas se dirigieron a los directores de las principales emisoras de radio y televisión para que se abstuvieran de dar cuenta de los resultados de los *exit polls* antes del cierre de todos los colegios electorales del país.

En fin, en Francia la prohibición de publicar encuestas durante la semana precedente a la celebración de elecciones se adoptó, tras largos y duros debates, por una mayoría de 275 diputados contra 196; y el partido socialista anunció su intención (que finalmente no materializó) de recurrir esta medida ante el *Conseil Constitutionnel* por considerar que vulneraba de manera injustificada el derecho a la libertad de expresión. Como se ha visto, en la actualidad esta prohibición se limita a la jornada de reflexión y al día de la votación (Ley 214/2002, de 19 de febrero).

Por lo que se refiere al caso español, las primeras normas que afectaron a la materia (Decreto 2951/1975, de 31 de octubre, sobre régimen de las empresas dedicadas a encuestas de opinión, Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, Ley 39/1978, de 18 de julio, de elecciones locales) no incluyeron previsión alguna sobre la publicación de encuestas electorales y, por tanto, tampoco introdujeron limitación temporal alguna para su difusión. Sin embargo, la Ley 14/1980, de 18 de abril, sobre régimen de encuestas electorales, cambió de orientación al prohibir la difusión de sondeos electorales durante los cinco días anteriores a la votación (artículo 7⁷³).

Este ha sido el sistema que ha pasado a la LOREG y que se mantiene vigente hasta hoy, constituyendo –a diferencia de lo que ocurre en otros países- una de las escasas normas de la legislación electoral que se encuentra fuera de la polémica entre partidos⁷⁴ (hasta el punto de que se ha llegado a hablar de un cierto “consenso negativo” en el que confluyen los intereses corporativos de las partes normalmente enfrentadas).

3.2. Las razones que aconsejan la supresión de la prohibición

La introducción de esta prohibición -en el caso español, como se acaba de ver, referida a los cinco días precedentes a la votación- pretende cumplir, al menos teóricamente, tres objetivos: reducir la influencia que las encuestas electorales ejercen sobre el comportamiento electoral de los ciudadanos; asegurar la efectividad de las normas que garantizan la objetividad de las encuestas, posibilitando su rectificación, antes de que la votación tenga lugar, por la Junta Electoral Central; e impedir que las encuestas puedan distraer la atención de los electores del debate político durante los días más importantes para la formación de su voluntad electoral.

⁷³ Análoga previsión se incluyó, aunque referida específicamente al referéndum, en el artículo 15.2 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum.

⁷⁴ No obstante, en los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación de la LOREG el PNV se declaró partidario de limitar la prohibición estrictamente al periodo de reflexión y votación y Euskadiko Ezkerra de eliminarla completamente.

Lo cierto es, sin embargo, que por razones diversas, y como se verá a continuación, no siempre se alcanzan los mencionados objetivos. Ello ha llevado a considerar que la prohibición de la difusión de encuestas electorales resulta ineficaz y que, a la vista de su carácter limitativo de algunos derechos, es procedente su supresión.

El primer objetivo que persigue, como se acaba de indicar, es reducir la influencia de las encuestas electorales sobre el voto. Se parte de la premisa de que la influencia de las encuestas es perjudicial en la medida en que puede condicionar la libre formación de la voluntad electoral, en detrimento de la racionalidad del voto, e influir en el nivel de participación. Sin embargo, ninguna de estas afirmaciones es incuestionable.

En primer lugar, la afirmación de que las encuestas condicionan la libre formación de la voluntad electoral -hasta el punto de que se ha llegado a hablar de presiones de carácter moral o psicológico sobre el elector, radicalmente incompatibles con el concepto de sufragio libre- debe ser matizada. Las encuestas electorales constituyen un elemento de juicio más a tener en cuenta por los electores a la hora de decidir el sentido de su voto, pero es más que dudoso que lleguen a determinar, incluso de forma contraria a la voluntad del elector, esa decisión. Con frecuencia, se sobrevaloran las encuestas cuando no pasan de ser simples pronósticos, más o menos fiables, de los resultados electorales.

De otra parte, tampoco es acertado concluir que eliminan o reducen la racionalidad del voto. La contraposición entre voto racional y voto táctico o voto útil no es siempre cierta, puesto que voto racional no ha de ser siempre el que es expresivo de la identidad política personal. Voto racional es, más bien, el que se corresponde con una conducta electoral eficaz para la defensa de esa identidad política. Por ello, la información que suministran las encuestas electorales no impide necesariamente el ejercicio racional del derecho de sufragio.

En fin, se afirma que el conocimiento de los resultados de las encuestas puede desincentivar la participación en las elecciones, lo que parece dar a entender que el estímulo que reciben los electores para acudir a votar es directamente proporcional al grado de incertidumbre existente en cuanto a los resultados electorales. En este sentido y si bien es cierto que en ocasiones -y especialmente cuando los sondeos arrojan unos resultados claros en las urnas- podría admitirse un cierto efecto “desmovilizador”, son más poderosos los argumentos que conducen a la afirmación contraria: por un lado, los electores, en su mayoría, son conscientes de que las encuestas constituyen únicamente una aproximación, mejor o peor hecha, a las intenciones de los votantes; por otro lado, hay que tener presente que no todos los votantes acuden a las urnas teniendo presente únicamente la utilidad de su voto, sino también su fidelidad a una determinada ideología o el cumplimiento de un deber cívico.

El segundo objetivo que se persigue con la prohibición de la difusión de encuestas electorales es asegurar la efectividad de las normas que garantizan la objetividad de las encuestas. A tal efecto, destacan las siguientes previsiones del artículo 69 de la LOREG, según el cual entre el día de la convocatoria y el de la celebración de cualquier tipo de elecciones se aplica el siguiente régimen de publicación de encuestas electorales:

- Los realizadores de todo sondeo o encuesta deben, bajo su responsabilidad, acompañarla de las siguientes especificaciones, que asimismo debe incluir toda publicación de las mismas:
 - a) Denominación y domicilio del organismo o entidad, pública o privada o de la persona física que haya realizado el sondeo, así como de la que haya encargado su realización.
 - b) Características técnicas del sondeo, que incluyan necesariamente los siguientes extremos: sistema de muestreo, tamaño de la muestra, margen de error de la misma, nivel de representatividad, procedimiento de selección de los encuestados y fecha de realización del trabajo de campo.

- c) Texto íntegro de las cuestiones planteadas y número de personas que no han contestado a cada una de ellas.
- La Junta Electoral Central vela por que los datos e informaciones de los sondeos publicados no contengan falsificaciones, ocultaciones o modificaciones deliberadas, así como por el correcto cumplimiento de las especificaciones antes referidas y por el respeto a la prohibición de difusión y publicación de encuestas electorales durante los cinco días anteriores al de la votación.
 - La Junta Electoral puede recabar de quien haya realizado un sondeo o encuesta publicado la información técnica complementaria que juzgue oportuno al objeto de efectuar las comprobaciones que estime necesarias. Esta información no puede extenderse al contenido de los datos sobre las cuestiones que, conforme a la legislación vigente, sean de uso propio de la empresa o su cliente.
 - Los medios informativos que hayan publicado o difundido un sondeo, violando las disposiciones de la LOREG están obligados a publicar y difundir en el plazo de tres días las rectificaciones requeridas por la Junta Electoral Central, anunciando su procedencia y el motivo de la rectificación, y programándose o publicándose en los mismos espacios o páginas que la información rectificada. Si el sondeo o encuesta que se pretende modificar se hubiera difundido en una publicación cuya periodicidad no permite divulgar la rectificación en los tres días siguientes a su recepción, el director del medio de comunicación deberá hacerla publicar a su costa indicando esta circunstancia, dentro del plazo indicado, en otro medio de la misma zona y de similar difusión.

De esta forma, la prohibición de la difusión y publicación de encuestas electorales durante los cinco días anteriores al de la votación se presenta como una medida necesaria para posibilitar que la Junta Electoral Central ejerza sus competencias de control y, cuando sea necesario, se lleven a efecto las

rectificaciones oportunas y se verifique su publicación. Quizá sea éste el argumento de mayor peso para justificar la prohibición.

Con todo, hay que tener en cuenta una serie de precisiones que modulan la anterior conclusión desde una triple perspectiva:

- La función de control que corresponde a la Junta Electoral Central, en los términos en que está configurada por la LOREG, presenta ciertas limitaciones: no se extiende, como ocurre en otros países, a la calidad de las encuestas electorales, sino que abarca esencialmente aspectos de carácter técnico (artículo 69.1); no es infrecuente que la publicación de las rectificaciones apenas tenga repercusión entre los ciudadanos; en fin, es muy difícil, por el juego de los plazos establecidos en el artículo 69.4 y 7, que las rectificaciones puedan llegar a publicarse antes del día de la votación.
- Hay otros mecanismos que quizá puedan resultar más eficaces de cara a constituir un elemento disuasorio de manipulaciones deliberadas en los resultados de las encuestas. A este respecto, no hay que olvidar que se ha articulado un régimen de infracciones y sanciones (privación de libertad, multa e inhabilitación especial) para combatir las conductas de quienes dolosamente infrinjan las disposiciones de la LOREG.
- En fin, desde la perspectiva del comportamiento de los electores no parece que la eliminación de la prohibición vaya a generar un riesgo considerable de distorsión del voto: por un lado, la incidencia de una encuesta “irregular” en el comportamiento de los electores se vería rápidamente neutralizada por factores de muy diversa naturaleza y, entre ellos, por los resultados de los otros muchos sondeos que se efectúan en periodo electoral; por otro lado, los electores tienen la suficiente madurez para determinar la credibilidad que les merece una u otra encuesta.

El tercer y último objetivo que se persigue con la aludida prohibición, y que pudiera considerarse secundario respecto de los dos anteriores, es impedir que las encuestas puedan distraer la atención de los electores del debate político durante los días más importantes para la formación de su voluntad electoral. Sin embargo, no siempre es cierto que las encuestas tengan ese efecto negativo, ya que también pueden contribuir a crear una atmósfera de expectación que sitúa en un primer plano el debate político entre los candidatos enfrentados.

De lo expuesto hasta aquí resulta que los objetivos que se pretenden alcanzar con la prohibición o bien son inconsistentes (evitar el condicionamiento del voto, garantizar su racionalidad y fomentar la participación, evitar la “distracción” de los electores) o bien pueden alcanzarse de modo más efectivo a través de otras medidas (garantizar la objetividad de las encuestas electorales).

A ello hay que añadir que la instrumentación práctica de la prohibición genera problemas de distinta índole. Así, se ha dicho que la prohibición de publicar encuestas podría vulnerar dos relevantes principios constitucionales: la igualdad (artículos 14 y 23.2 de la Constitución) y la libertad de voto (artículos 23, 68 y 69 de la Constitución). Pero más relevante que la anterior cuestión -que, en última instancia, tiene un carácter más abstracto, pues no hay que olvidar que sobre ella no ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, y se apoya en la circunstancia de que la LOREG prohíbe únicamente la publicación y difusión, pero no la elaboración de encuestas- es la relativa a la ineficacia real de la prohibición.

Hoy en día, en el contexto de la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías, es notorio el riesgo de que la prohibición resulte completamente inoperativa. Piénsese, por ejemplo, en la prensa internacional, en las grandes cadenas internacionales de televisión, que no están sujetas a la prohibición, y, sobre todo, en Internet; y en la imposibilidad de articular medidas para hacer efectiva la prohibición (serían tan absurdas como impedir la

distribución de la prensa extranjera o la difusión de radio y televisión o como tratar de bloquear los servidores que ofrecen encuestas).

3.3. Consideraciones finales. Posibles medidas a adoptar

Por todo lo expuesto, parece razonable suprimir la prohibición de publicar o difundir encuestas durante los cinco días anteriores a la votación. Como se acaba de ver, los argumentos en que se pretende fundar tal prohibición son fácilmente superables; y, de otra parte, es evidente que desde una perspectiva práctica la prohibición es inoperante. De esta forma, la eventual limitación de derechos y libertades que puede suponer la prohibición queda desprovista de todo apoyo. Se ha dicho, por ello, que la prohibición limita el derecho a la libertad de expresión sin conseguir nada a cambio o incluso lo contrario, pues lesiona los mismos principios y valores que pretende salvaguardar.

Tal supresión debiera ir acompañada de algunas medidas complementarias. En primer lugar, sería conveniente profundizar en las exigencias técnicas exigibles para que una encuesta electoral pueda publicarse como tal. De otra parte, podría sopesarse la oportunidad de introducir algún control adicional sobre la calidad de la encuesta con el objetivo, en última instancia, de evitar la proliferación de encuestas que, por ejemplo, no se fundan en muestras realmente representativas, ni en cuestionarios debidamente estructurados.

A este respecto, parece oportuno potenciar el papel y funciones de la Junta Electoral Central. En efecto, hay que destacar que en algunos ordenamientos se ha creado un órgano *ad hoc* encargado de supervisar los sondeos y al que corresponden también funciones de propuesta en cuanto a las reglas a seguir en la elaboración de las encuestas de cara a incrementar su calidad y la fiabilidad de los resultados obtenidos (es el caso, por ejemplo, de la *Commission des Sondages* francesa). En el caso español, más que crear un órgano nuevo, parece preferible reforzar o incrementar las competencias de la Junta Electoral Central. Se trataría, en esencia, de ampliar y reforzar sus

competencias no sólo en atención a su objeto (en la línea indicada anteriormente en cuanto a un cierto control de la calidad de las encuestas), sino también en cuanto a la anticipación de su ejercicio. Al desaparecer la prohibición cobraría todo su sentido la posibilidad de que la Junta ejercite sus funciones con carácter previo y no respecto a sondeos ya realizados y publicados. De esta forma, dispondría de los elementos de juicio necesarios para, una vez publicado el sondeo y si así lo acordara, ordenar eficazmente (es decir, dentro del periodo electoral) su rectificación. Por tanto, debería introducirse la exigencia de remitir a la Junta la información necesaria antes de la publicación del sondeo.

Asimismo, podrían incrementarse las sanciones previstas⁷⁵. Lo más razonable parece incrementar las cuantías de las sanciones pecuniarias.

Un problema específico lo constituyen las encuestas publicadas a través de Internet. La ausencia de una definición legal de lo que deba entenderse por “encuesta electoral” o de una previsión expresa al respecto suscita la duda de si el régimen previsto en la LOREG es aplicable a los sondeos o simulaciones de voto que se publican en la red, muchos de los cuales no cumplen las exigencias técnicas que ha de respetar una encuesta correctamente realizada. Sería oportuno, por tanto, contemplar expresamente en la ley qué ha de entenderse por “encuesta electoral”⁷⁶, a los efectos de delimitar con mayor precisión el ámbito de aplicación de las previsiones de la LOREG.

A ello hay que añadir que, por la naturaleza del medio en que se publican, resultaría muy difícil aplicar eficazmente las previsiones de la LOREG.

⁷⁵ Según el artículo 145 de la LOREG, serán castigados con la pena de arresto mayor, multa de 500.001 a 5.000.000 de pesetas y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión quienes dolosamente infrinjan la normativa en materia de encuestas electorales. Y según el apartado 2 de su artículo 153, las infracciones de lo dispuesto en la LOREG sobre régimen de encuestas electorales serán sancionadas con multa de 50.000 a 500.000 pesetas.

⁷⁶ Por ejemplo, la Junta Electoral Central ha señalado que no tienen tal consideración -y, por tanto, no entran dentro de la prohibición- los barómetros de opinión con preguntas sobre temas de actualidad política (Acuerdo de 8 de febrero de 2000).

Por ello, sería conveniente introducir alguna previsión específica al respecto. Si se trata de encuestas publicadas en sitios *web* albergados en servidores españoles, debiera recogerse expresamente la aplicación de la LOREG, sin perjuicio de introducir las especialidades necesarias por razón del medio en que se publican y, en su caso, del tipo de sondeo de que se trate. De otra parte, se ha propuesto extender el control a las encuestas publicadas en sitios *web* albergados en servidores extranjeros, aplicando las eventuales sanciones a la persona española que ejerciese un control sobre la información o hubiese encargado la encuesta.

4. Campaña institucional y aspectos publicitarios de la campaña electoral

Dentro del Capítulo VI del Título I de la LOREG, el relativo al procedimiento electoral, las Secciones IV, V y VI están dedicadas, respectivamente, a ciertas disposiciones generales sobre la campaña electoral (entre las que figura la regulación de las llamadas campañas de carácter institucional, artículo 50), a la propaganda y actos de la campaña electoral y a la utilización de medios de titularidad pública para la campaña electoral. De otra parte, se encuentran algunas normas relativas a la posibilidad de envío de propaganda electoral en sede de gastos y subvenciones electorales (artículo 175 de la LOREG).

Algunas de estas cuestiones han sido objeto de propuestas de reforma en el ámbito de la actividad parlamentaria y, con mayor frecuencia, de una reflexión doctrinal encaminada a la mejora de determinados aspectos. Entre las primeras, cabe destacar las más recientes proposiciones de ley, formuladas tanto en la VIII como en la IX legislatura, dirigidas a modificar el artículo 50.1 de la LOREG, en el sentido de incluir en tal precepto una referencia a la incentivación de la participación como objetivo de las campañas institucionales; y la proposición no de ley, presentada en la corriente legislatura, “para erradicar la práctica del *mailing* en la campaña electoral”. De otra parte, se ha prestado atención entre la doctrina a aspectos tales como la diferenciación de régimen publicitario entre medios privados y públicos -especialmente por lo que hace a

los televisivos- y a la distribución de espacios gratuitos de propaganda electoral.

Como notas comunes a las materias que se analizan en el presente epígrafe, cabe destacar en primer término que se refieren en sentido amplio a la publicidad, bien a la llamada institucional -cualificada porque el anunciante es la propia Administración- bien a la emitida por los participantes en la contienda electoral, en ambos casos con las condiciones y modos que impone el hecho de que el mensaje tenga naturaleza política y, más concretamente, electoral (y en ese sentido, fuera de la publicidad comercial o empresarial, pero indudablemente conectadas al fenómeno de la publicidad como modo de comunicación esencialmente persuasivo, y como medio de transmisión colectiva a través de ciertos soportes). Por ello el principio en esta materia es el de libertad de expresión y de información (artículo 20, apartados 1.a] y 1.d], de la Constitución), equilibrado por el acceso a los medios públicos de comunicación de los grupos políticos y sociales significativos (que se recoge en el apartado 3 del mismo precepto), en orden a la consecución de un pluralismo político que garantice el voto libre. La defensa del espacio público, que tutela en general el Derecho publicitario partiendo de la libertad de comunicación, encuentra aquí una connotación específicamente electoral.

No obstante lo anterior, ha de aclararse que la campaña institucional difunde un tipo de publicidad cuyo mensaje no es electoral en el sentido de captación del voto; justamente su delimitación se hace a partir de un dato indiscutido, el de que en ningún caso pueda influir en la orientación del voto de los electores, esto es que no pueda consistir en campaña electoral en sentido propio. Se comprenden, pues, los aspectos publicitarios -en cuanto a modo y medio de publicidad- conjuntamente en este apartado, con esta previa e importante matización.

Desde un punto de vista más técnico, de técnica normativa en particular, una nota destacada de la regulación de estas materias es el grado de detalle con que quedan recogidas en la LOREG. Ciertamente es que en algunos puntos la obsolescencia de algunos concretos criterios ha dejado paso a una regulación

por normas de rango inferior -incluso, como no es infrecuente, a un régimen prácticamente completo en Instrucciones de la Junta Electoral Central-; reglas que, por lo demás, a base de su aplicación reiterada, se han recogido con posterioridad en normas con rango de ley (caso paradigmático, como se verá, el de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional, la cual, sin afectar por razones de rango a la LOREG, ha venido a recoger en buena parte las reglas contenidas en la Instrucción de la Junta Electoral Central de 13 de septiembre de 1999, sobre el objeto y los límites de las campañas institucionales).

4.1. Campañas institucionales

a) La regulación de la LOREG

Aun antes de definir la campaña electoral, como primera norma de la sección rubricada “disposiciones generales sobre la campaña electoral”, establece el artículo 50.1 de la LOREG (en su redacción por Ley Orgánica 13/1994, de 30 de marzo):

“Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden realizar durante el período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores. Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña”.

De acuerdo con un análisis de los elementos de este precepto frecuente en la doctrina, puede examinarse lo relativo a sus elementos subjetivos (*i*); la finalidad u objetivos permitidos a las campañas de carácter institucional (*ii*); los

medios o soportes en que éstas podrán expresarse (*iii*); y la duración o período temporal en que hubieren de producirse (*iv*).

i) Sujetos

Se ha visto que en su tenor actual el artículo 50.1 de la LOREG queda referido a “los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral”. Dentro del género publicidad institucional, la que se hace en campaña queda limitada, pues, a los poderes convocantes.

Lejos de ser obvia, la regla obedece a la reforma de la LOREG mediante Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo. Con anterioridad el artículo 50.1 de la LOREG establecía como sujetos, sin mayor matización, a los “poderes públicos”. El concepto resultaba excesivamente amplio, de modo que hacía posible la realización de campañas por poderes públicos alejados de los comicios electorales, desde el doble punto de vista de su competencia objetiva o territorial.

En su tenor actual, la cualidad de “competencia legal para convocar un proceso electoral” determina que los poderes públicos habilitados para hacer campaña institucional sean exclusivamente los estatales, esto es el Gobierno en el caso de elecciones estatales, locales o europeas (artículos 167, 185 y 268 de la LOREG, respectivamente), o bien los autonómicos respecto a las elecciones de tal carácter a celebrar en su territorio (conforme a las pertinentes prescripciones estatutarias).

Esta reducción ha parecido excesiva, y es susceptible de mejora, al menos desde la perspectiva de la competencia para realizar publicidad institucional por parte de las entidades locales respecto de las elecciones de tal naturaleza. La propia Junta Electoral Central así lo ha subrayado, al entender que tal actividad -la comunicación publicitaria de naturaleza estrictamente institucional, en los términos que se verán- “no tiene carácter electoral partidista, sino que por razón de su contenido, se refiere a derechos cívicos de

alcance general coincidentes con los intereses de las corporaciones locales” (Acuerdo de 18 de mayo de 1997).

ii) Finalidad

Parece claro que el análisis teleológico del precepto es el que ha presentado, y ofrece aun, mayor dificultad. Su redacción trae causa, también en este caso, de una modificación posterior de la LOREG, la operada por Ley Orgánica 13/1994, de 30 de marzo. Hoy los criterios esenciales para disponer que los poderes públicos puedan realizar campaña institucional son los relativos a que ésta se encuentre “destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores”. En su originaria redacción, se autorizaba a los poderes públicos -luego los convocantes, como se precisó por reforma de 1991- para realizar en período electoral “una campaña de carácter institucional destinada a informar e incentivar la participación en las elecciones, sin influir en la orientación del voto de los electores”.

Aparte del refuerzo semántico de la prohibición de orientar el voto de los electores, se elimina pues el objetivo de incentivación de la participación y se determina de modo específico en qué podrá consistir la información.

Un primer elemento, de delimitación negativa, es el fundamental para precisar el sentido del precepto. Campaña institucional es, de modo esencial, la que no orienta el voto libre de los ciudadanos. Se separa por tanto de la campaña electoral tanto por los sujetos -en esta última los partidos y candidatos contendientes, en la campaña institucional los poderes legalmente convocantes- como por su contenido -los primeros pretenden legítimamente captar el voto; los segundos deben abstenerse de cualquier orientación de éste, sobre la base del mandato de objetividad y transparencia de toda Administración electoral (artículo 8.1 de la LOREG) y en garantía de un voto igual y libre (artículo 23 de la Constitución)-. En esta línea, de modo claro, se

sitúa también la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1982).

La cuestión es de entidad suficiente para que los elementos positivos de la delimitación hayan sido objeto de precisión específica. No cualquier información, sino la relativa a ciertas cuestiones de naturaleza marcadamente técnica (en el sentido de permitir mínima o casi físicamente el ejercicio del derecho de sufragio: fecha y procedimiento de votación, requisitos del voto por correo), es la que se autoriza a realizar a los poderes públicos competentes. Es ésta una línea estricta, que ha seguido de cerca la doctrina de la Junta Electoral Central, antes y después de la reforma de 1994, y que suele citarse compendiada en la prohibición interpretativa de que “no cabe que la campaña institucional incentive el voto de los electores, porque la abstención es una opción tan legítima como el ejercicio del derecho de sufragio” (Acuerdo de 13 de mayo de 1999). Si bien la cuestión desborda ese simple aspecto y atañe en general a la exigencia únicamente informativa de la campaña institucional. Línea esta última que cabe también apreciar en alguna jurisprudencia recaída sobre asuntos cercanos a los aquí planteados (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2006: a pesar de que se refiere en su núcleo a la prohibición de confusión entre los nombres, símbolos o imágenes usados en las campañas institucional y electoral, no deja de subrayar el criterio “extremadamente restrictivo” del artículo 50.1 de la LOREG, que ha de guiar la revisión en sede jurisdiccional de la impugnación de estos aspectos; en sentido similar, Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1997).

Frente a todo ello, se sitúa de forma legítima el peso y la relevancia que han de concederse a la participación política, de la que es vehículo el derecho de sufragio. Esta vertiente es la subrayada por las propuestas de reforma legislativa destinadas a incluir como finalidad el fomento o incentivación de tal participación, a las que se aludió al comienzo de este capítulo. Sin desconocer las razones apuntadas en esa dirección, ha de advertirse, por un lado, la existencia de la jurisprudencia y de la doctrina de la Junta Electoral Central que se acaban de señalar -de esta última se hacen eco además las propuestas mencionadas- y, más allá, el sentido de alerta de los riesgos que esa doctrina

justamente subraya, es decir la posibilidad de utilización partidista y la eventual orientación de voto que una ampliación de las finalidades de la campaña institucional pudiera generar.

Otra línea de razones que se han hecho valer, a propósito de la conveniencia de reforma, giran en torno a la disparidad entre la prescripción estatal y con rango de ley orgánica, si bien no de carácter básico, que se da en la materia (la que se contiene en el repetido artículo 50.1 de la LOREG) y las que existen en algunas leyes electorales autonómicas, que incluyen como objetivo a perseguir por las campañas institucionales en las elecciones autonómicas, en forma obligatoria y no potestativa, el del fomento de la participación (así, en los artículos 27.2 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía; 11.3 de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, electoral de la Comunidad de Madrid; 20.2 de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, electoral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y 23.3 de la Ley 2/1987, electoral de la Región de Murcia). A este respecto, se ha de constatar, ante todo, que la diferencia existe allí donde puede darse, esto es en ámbitos competenciales distintos. Por lo demás, de no alterarse el contenido de la LOREG, el posible modo de homogeneización pasaría por otorgar carácter básico al precepto estatal (lo que podría llevar a desplazamiento de leyes electorales autonómicas, e incluso a eventuales conflictos, en el caso de que las reglas autonómicas en la materia se incluyan en norma de superior rango, como sucede en el artículo 43 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio). Diferente y viable sería, en fin, el establecimiento en el artículo 50.1 de la LOREG de algún tipo de mecanismo que permitiese fortalecer el papel del Estado, en caso de coincidencia de elecciones de ámbito nacional y autonómicas (como sucede vg. en materia de límite de gastos electorales: artículo 131.2 de la LOREG), en orden a llevar a cabo campaña institucional sobre los aspectos más técnicos, en el sentido antes visto, del procedimiento de votación en unos y otros comicios.

iii) Medios

Los empleados para la campaña institucional habrán de ser únicamente los “espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña”, según exige el artículo 50.1 de la LOREG.

Esta precisión, tampoco incluida en la versión primigenia de la LOREG, vino a solucionar el problema planteado en algunos procesos electorales, a propósito de la exigible neutralidad en la elección de medios privados para la difusión de campañas institucionales. En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1988 estimó vulnerado el derecho a la igualdad de un diario nacional, a consecuencia de su exclusión para servir de soporte a la publicidad institucional de un referéndum, publicidad que había sido en cambio difundida a través de otros medios escritos de ámbito y tirada similares.

iv) Duración

Como última nota de la campaña de carácter institucional, el artículo 50.1 de la LOREG permite que ésta pueda producirse “durante el período electoral”. Período más amplio, por tanto, que el de la campaña electoral; si bien la Junta Electoral Central ha precisado -en atención a la naturaleza de esta publicidad- que le resultan aplicables algunas de las limitaciones de aquélla: así, no puede realizarse publicidad institucional ni durante la jornada de reflexión ni en el día mismo de la votación (Acuerdos de 15 de junio de 1989 y 26 de mayo de 1991, respectivamente).

Por lo demás, un problema específico de las campañas institucionales en período electoral es el planteado por la llamada publicidad institucional sobre logros y realizaciones, cuyo tratamiento excede en parte el ámbito de la ley electoral, por lo que pasa a analizarse en el siguiente apartado.

b) Referencia al régimen general de la publicidad institucional

Como se explicó al comienzo de este epígrafe, las cuestiones que en él se tratan hacen referencia de modo amplio al fenómeno de la comunicación publicitaria. Al mismo tiempo, es posible una gradación según que su núcleo afecte de manera más o menos intensa a la materia electoral: campaña electoral (realización específica de propaganda electoral por contendientes políticos); campaña institucional (información durante todo el período electoral por los poderes públicos convocantes de las elecciones); por último, publicidad institucional (llevada a cabo por poderes públicos en general, más limitativa si realizada en período electoral).

En este último aspecto, la Junta Electoral Central ha jugado un importante papel en la precisión de reglas y criterios, en aquellos aspectos que exceden de lo previsto por el artículo 50.1 de la LOREG, mediante la resolución de casos específicos (lo que ha cristalizado después en el Acuerdo dictado por aquélla de 24 de febrero de 1995 y definitivamente en su Instrucción de 13 de septiembre de 1999, sobre el objeto y los límites de las campañas institucionales). A su vez, como también se señaló ya, esos criterios han pasado a formar parte del contenido de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional (en lo sucesivo, Ley de publicidad y comunicación institucional). Por último, han de tenerse en cuenta, en su respectivo ámbito territorial, las previsiones de las diversas leyes autonómicas sobre publicidad institucional. De todo ello cabe destacar, conforme a su importancia para el objeto de este estudio: lo relativo a los límites que esta legislación añade, o precisa, respecto a la publicidad institucional en período electoral (*i*); y las reglas que se establecen sobre limitación de dicha publicidad, aun fuera de período electoral, pero que han venido a solventar problemas que se planteaban en dicha fase (*ii*).

i) La prohibición de publicidad institucional en período electoral y sus excepciones

El artículo 10 de la Ley de publicidad y comunicación institucional, que no tiene carácter básico y sigue de cerca lo dispuesto por el punto 2º de la Instrucción de la Junta Electoral Central de 13 de septiembre de 1999, dispone en sus dos párrafos:

“Las campañas institucionales reguladas en esta Ley y realizadas durante un proceso electoral o de referéndum se sujetarán, además, a la normativa especial prevista en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum.

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, los poderes públicos y las entidades a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley, se abstendrán de realizar campañas institucionales en período electoral, entendiendo por tal el lapso temporal comprendido entre la convocatoria de elecciones y el día mismo de la votación, con las siguientes excepciones:

a) Las expresamente previstas en la normativa electoral en relación con la información a los ciudadanos sobre la inscripción en las listas del censo electoral o las demás previstas en el artículo 50.1 de la LOREG.

b) Las que puedan resultar imprescindibles para la salvaguarda del interés público o para el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos”.

Interesa en especial la norma contenida en el segundo párrafo. La prohibición que se impone a la realización de campañas institucionales va dirigida, de forma más amplia aunque sólo en ámbito estatal, a los “poderes públicos y entidades a que se refiere el artículo 1 de esta ley”, que son la Administración General del Estado y las demás entidades integrantes del sector público estatal (en los términos de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre,

General Presupuestaria). Precisa además la duración de lo que haya de entenderse por período electoral, comprendiendo éste desde la convocatoria de elecciones hasta “el mismo día de la votación”.

Finalmente, establece tres clases de excepciones a la interdicción de campaña institucional en período electoral: 1) las recogidas en el artículo 50.1 de la LOREG; 2) “las expresamente previstas en la normativa electoral en relación con la información a los ciudadanos sobre la inscripción en las listas del censo electoral”; y 3) “las que puedan resultar imprescindibles para la salvaguarda del interés público o para el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos”. En este último punto, la Junta Electoral Central ha considerado que una campaña institucional resulta imprescindible para el interés público o para el buen funcionamiento de los servicios públicos en diversos supuestos: así, cuando se trate de “actividades ordinarias” de las Administraciones públicas que no resulte oportuno paralizar durante el período electoral (Acuerdo de 13 de mayo de 1999, en un supuesto de inauguración de un edificio oficial; este amplio criterio ha de quedar hoy matizado, y aun abiertamente corregido, por lo que luego se dirá sobre la restricción de la publicidad institucional sobre gestión); en los supuestos en que la campaña tenga un claro contenido informativo cuya suspensión causaría perjuicios al interés general (Acuerdo de 29 de enero de 1996); por último, si se trata de una campaña reiterada con periodicidad habitual y no específicamente difundida con ocasión de los comicios (Acuerdos de 23 de febrero de 1996 y 16 de marzo de 2000).

- ii) Otras prohibiciones de publicidad institucional; en especial, la publicidad sobre logros de gestión

En esta materia, con anterioridad a la Ley de publicidad y comunicación institucional, un criterio claro se recoge ya en la Instrucción de la Junta Electoral Central de 13 de septiembre de 1999, punto 2º, de conformidad con el cual, las campañas institucionales permitidas según los criterios anteriormente vistos “en cualquier caso (...) no podrán contener alusiones a los logros obtenidos durante su mandato por el poder público que realice la campaña ni

imágenes o expresiones coincidentes o similares a las utilizadas en sus propias campañas por alguna de las entidades políticas concurrentes a las elecciones. Las anteriores limitaciones se aplican también a las campañas de incentivación de la participación que puedan realizarse, en su caso, de acuerdo con la legislación electoral autonómica aplicable”.

En una línea similar, diversas leyes autonómicas sobre publicidad institucional (Ley 18/2000, de 29 de diciembre, por la que se regula la publicidad institucional de Cataluña; Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Aragón; y Ley 6/2005, de 8 de abril, Reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía) contienen disposiciones sobre el particular. Las tres leyes mencionadas se refieren a la prohibición de uso de “eslóganes, simbología o elementos publicitarios” identificables con los de los partidos políticos (artículos 8.3 de la ley catalana, 7.3 de la aragonesa y 6.3 de la andaluza). Esta última contiene también una específica prohibición (disposición adicional primera), según la cual durante el período electoral y sin perjuicio de las excepciones permisivas de publicidad institucional contenidas en la propia ley, “quedan prohibidos todos aquellos actos que supongan la manifestación pública de presentaciones, inauguraciones u otros eventos de similar naturaleza, de obras, edificaciones, servicios públicos, y en general de proyectos, realizaciones o resultados de las Administraciones, organismos, entidades y sociedades a los que se refiere el artículo 2 de la presente Ley”.

Todo ello ha venido a quedar hoy recogido en el artículo 4 de la Ley sobre publicidad y comunicación institucional, que tiene además carácter básico. Dispone el citado precepto:

“1. No se podrán promover o contratar campañas institucionales de publicidad y de comunicación:

a) Que tengan como finalidad destacar los logros de gestión o los objetivos alcanzados por los sujetos mencionados en el artículo 1 de esta.

b) Que manifiestamente menoscaben, obstaculicen o perturben las políticas públicas o cualquier actuación legítimamente realizada por otro poder público en el ejercicio de sus competencias.

c) Que incluyan mensajes discriminatorios, sexistas o contrarios a los principios, valores y derechos constitucionales.

d) Que inciten, de forma directa o indirecta, a la violencia o a comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico.

2. Los mensajes o la presentación de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación no podrán inducir a confusión con los símbolos, ideas, expresiones, diseños o imágenes empleadas por cualquier formación política u organización social.

3. No se podrán difundir campañas institucionales de publicidad que no se identifiquen claramente como tales y que no incluyan la mención expresa de la Administración o entidad promotora o contratante”.

En atención a toda esta normativa, apoyada por criterios emanados de los acuerdos e instrucciones de la Junta Electoral Central, se ha propuesto llevar a la LOREG, con carácter de norma básica, la sustancia de la regulación prevista en los artículos 10 y 4 de la Ley sobre publicidad y comunicación institucional. Para ello debería tenerse en cuenta, en todo caso, que la actual regla contenida en el artículo 50.1 de la LOREG ha de ser objeto de una interpretación estricta -lo que no siempre es conciliable con la aplicación de alguna de las excepciones permisivas previstas por la legislación sobre publicidad institucional-; y por otra, que el alcance de norma básica, que puede establecerse en lo relativo a materia publicitaria, ha de respetar además todo lo previsto en el ámbito normativo específicamente electoral, donde, como antes se vio, existen algunas divergencias entre normativa estatal y autonómica.

4.2. Otros aspectos publicitarios

Se espigan en este apartado algunos otros temas que han sido objeto de propuestas de modificación. Son cuestiones de calado estrictamente técnico. El Consejo de Estado analiza el estado actual de la regulación y examina las líneas de propuesta, al objeto de ofrecer una pauta para la reflexión y la eventual decisión de reforma.

a) La subvención por el envío de sobres y papeletas electorales

La conocida coloquialmente como subvención por *mailing* o buzoneo se recoge en el artículo 175, apartados 3 y 4, de la LOREG, en sede de gastos y subvenciones electorales, por lo que se refiere a las elecciones de diputados y senadores⁷⁷. “Además de las subvenciones a que se refieren los apartados anteriores”, comienza diciendo el precepto (por referencia a las subvenciones de gastos por escaño y voto, y al límite global de gastos electorales), se establece este mecanismo, que consiste en esencia en lo siguiente (apartados 3 y 4):

“El Estado subvencionará a los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones los gastos electorales originados por el envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas electorales o de propaganda y publicidad electoral de acuerdo con las reglas siguientes:

a) Se abonarán 20 pesetas por elector en cada una de las circunscripciones en las que haya presentado lista al Congreso de

⁷⁷ Únicamente en este ámbito la cuestión ha sido objeto de propuestas de reforma, y en tal calidad se estudia aquí. Por lo demás, se encuentran reglas semejantes, aunque sometidas a requisitos diversos como es obvio, en el artículo 193.3 de la LOREG (en lo relativo a la subvención por el envío de sobres y papeletas electorales en las elecciones municipales) y en el artículo 227.3 de la LOREG (por lo que hace a esta subvención en el ámbito de las elecciones europeas). También en la legislación electoral autonómica se han previsto normas en este sentido, habida cuenta de que “los artículos 175.3 y 193.3 de la LOREG no están comprendidos en la disposición adicional primera, apartado 2, de la misma, por lo que, al no ser de aplicación a las elecciones a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, habrá lugar a la subvención a que se refiere la consulta, en cuanto a dichas elecciones, sólo si la respectiva ley electoral la contempla expresamente” (Acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de mayo de 1991).

los Diputados y al Senado, siempre que la candidatura de referencia hubiera obtenido el número de Diputados o Senadores o de votos preciso para constituir un Grupo Parlamentario en una u otra Cámara. La obtención de Grupo Parlamentario en ambas Cámaras no dará derecho a percibir la subvención más que una sola vez.

b) La cantidad subvencionada no estará incluida dentro del límite previsto en el apartado 2 de este artículo, siempre que se haya justificado la realización efectiva de la actividad a que se refiere este apartado.

Las cantidades mencionadas en los apartados anteriores se refieren a pesetas constantes. Por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda se fijan las cantidades actualizadas en los cinco días siguientes a la convocatoria”.

Sobre el particular, existe copiosa doctrina de la Junta Electoral Central. Cabe destacar aquí la relativa a que la subvención por *mailing* no entra dentro del límite máximo de gastos (Acuerdos de 7 de marzo de 1994 y 5 de mayo de 1995) y a que este concepto subvencional debe entenderse comprendido en los adelantos previstos en el artículo 133.4 de la LOREG (Acuerdo de 29 de abril de 1991), así como a otros varios aspectos sobre el modo concreto de llevar a cabo la actividad de buzoneo y la justificación documental de haberse practicado.

Las propuestas de reforma han apuntado a varios de estos aspectos y pretenden, en bloque, la supresión de la subvención por este concepto o su extensión a todos los partidos políticos admitidos a las elecciones generales. Desde la doctrina se ha sugerido también su consideración como gasto subvencionable al igual que cualquier otro, esto es su inclusión dentro del límite global de gastos electorales.

Los argumentos invocados por las propuestas en ámbito parlamentario son de diverso orden. Hay ante todo una invocación del voto igual y de la representación política plural, que -se dice- quedan lesionados con esta

institución: y ello porque subvenciona “a los partidos políticos con Grupo Parlamentario, facilitando considerablemente su conocimiento por los ciudadanos” y en contrapartida penaliza “a los partidos políticos sin Grupo Parlamentario, dificultando considerablemente” tal conocimiento. Es éste sin duda un desigual efecto, pero su justificación, patente en la ley, se basa en criterios de representación política numérica y no en otras consideraciones económicas o políticas, sin que quepa encontrarlo discriminatorio por irrazonable. Mayor peso tienen otras dos alegaciones, que cabe compendiar en ésta: el sistema supone una barrera de entrada de nuevos partidos políticos en las instituciones parlamentarias o, al menos, dificulta “la actividad de los partidos políticos que, habiendo obtenido representación parlamentaria, no consigan sin embargo formar Grupo Parlamentario propio debido a las restricciones del Reglamento del Congreso”. La reconsideración de este requisito estrictamente parlamentario tendría cabida a través de una menor exigencia de representación política en el artículo 175.3 de la LOREG.

Por último, se sostiene que este mecanismo subvencional supone en la práctica “favorecer la formación de Grupos Parlamentarios espurios, desligados de la función de representar a los ciudadanos y con la función exclusiva de permitir el cobro de la subvención por *mailing* a los partidos que los formen”. Es ésta una disfunción grave del modo de sufragar gastos electorales, en relación con la formación de grupos parlamentarios. Ciertamente que a la subvención por *mailing* resultan aplicables los adelantos previstos en el artículo 133.4 de la LOREG, con los requisitos allí también exigidos. Pero también que, para percibir tales adelantos o incluso -como sucede- para saldar las deudas por ellos contraídas frente a la Administración electoral, no resulta mecanismo idóneo el de la constitución de grupos parlamentarios artificiosos con esa sola finalidad. Una limitación de tal posibilidad, que toca a diversas normas (Reglamentos de las Cámaras, eventual replanteamiento de la forma de extinción de deudas por adelantos de gastos electorales en la LOREG), parece del todo plausible.

Por lo que hace al cómputo en el límite máximo de gastos electorales, tanto el inciso inicial del artículo 175.3 de la LOREG (“además de las

subvenciones a que se refieren los apartados anteriores”) como la clara interpretación de su sentido que ha hecho la Junta Electoral Central (“el límite de gastos por *mailing* electoral es distinto del límite de gastos para las demás actividades políticas realizadas por las entidades políticas”, Acuerdo de 5 de mayo de 1995), podrían reformularse, partiendo de que se trata de un supuesto que encuentra normas tasadas de realización y control suficientes en la propia Ley orgánica de régimen electoral general.

b) La distribución de espacios gratuitos en medios de titularidad pública y la difusión publicitaria en medios de titularidad privada

Por último, las secciones V y VI del Capítulo VI de la LOREG contienen algunas normas sobre propaganda electoral, cuya actualización y mejora se ha sugerido desde diversos ámbitos. Con carácter general, es ésta una materia en el que las eventuales reformas han de ir encaminadas a una mejora técnica, cuya concreción y grado de detalle han de encomendarse a normas de menor rango.

Hay reglas cuya obsolescencia parece clara o, al menos, cuya regulación en detalle por la LOREG se antoja hoy excesivamente reglamentista (vg. la obligación de reserva de lugares especiales gratuitos para colocación de carteles por el sistema de banderolas, artículo 55.1).

De otro lado, la regulación del acceso de la publicidad electoral a través de medios privados sigue limitado a la prensa periódica y las emisoras de radio de titularidad privada (artículo 58). Una seria consideración del acceso de los medios privados, incluyendo los televisivos, y la diferenciación de su régimen con los medios públicos -no la estricta neutralidad exigible a éstos, pero sí garantía de pluralismo que parta de su libertad de información- parece también conveniente.

Finalmente, es también susceptible de mejora la distribución de espacios gratuitos en los medios de comunicación de titularidad pública (artículos 59 y siguientes de la LOREG), que se base en un mayor ajuste con el criterio de

base en esta materia, recogido en el artículo 61 de la LOREG: “La distribución de espacios gratuitos para propaganda electoral se hace atendiendo al número total de votos que obtuvo cada partido, federación o coalición en las anteriores elecciones equivalentes”.

4.3. Recapitulación y consideraciones finales

a) En materia de campaña institucional y, más en general, de los aspectos publicitarios de la campaña electoral, la vigente regulación ha dado lugar a propuestas de reforma en aspectos de muy diferente calado, que han sido objeto de análisis en los apartados anteriores. Con ánimo de recapitular las líneas de reforma más relevantes y de apuntar la conveniencia o los riesgos de las diversas soluciones, se extraen las siguientes consideraciones finales.

b) El artículo 50.1 de la LOREG, precepto que establece ciertas reglas para el desarrollo de las campañas institucionales, ha sido objeto de detenido examen en la doctrina y de ciertas proposiciones de reforma legislativa. La primera ha puesto de relieve, entre otras cosas, la limitación subjetiva que supone el citado artículo, al otorgar únicamente la posibilidad de realizar campañas de carácter institucional a “los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral”. En el ámbito estatal -que es el que ahora interesa, pues no tiene el precepto carácter básico- ello supone que sólo el Gobierno puede llevar a cabo campañas de tal naturaleza, incluso cuando se trata de la celebración de elecciones locales (artículo 185 de la LOREG). En línea con la doctrina de la Junta Electoral Central, sería idóneo prever también que los poderes públicos locales pudiesen difundir este tipo de comunicación publicitaria institucional, con sujeción a los estrictos requisitos que ésta comporta, en el sentido de que ha de emplearse con carácter meramente informativo y nunca partidista.

En el terreno de las propuestas legislativas de reforma, ha destacado con reiteración la relativa a que el contenido de estas campañas pueda incluir como objetivo el de la incentivación de la participación ciudadana. Se ha visto antes con detenimiento que este llamado aspecto teleológico de la norma que

regula las campañas institucionales ha sido muy debatido. En su tenor actual -derivado, a su vez, de reforma legislativa de la primigenia versión de la LOREG- cabe localizar un elemento negativo determinante (en ningún caso puede influir en la orientación del voto) y una enumeración positiva de contenidos de naturaleza estrictamente informativa. Este entendimiento estricto está en línea, además, con la jurisprudencia y la doctrina de la Junta Electoral Central. Ciertamente las propuestas en este ámbito han destacado, de forma oportuna, el valor que ha de concederse a la participación política, que se instrumenta de forma concreta a través del derecho de sufragio. En todo caso, han de recordarse también los riesgos que la introducción de un elemento de este tipo pudiera generar, en cuanto a la posibilidad de su utilización partidista u orientadora de forma indirecta del voto de los electores. En otro orden de consideraciones, la divergencia que existe en este punto entre la legislación estatal y alguna autonómica, podría encontrar una vía de solución a través de la inclusión en la LOREG de algunas prescripciones de carácter técnico, que garantizaran la concordancia en el desarrollo de los procedimientos de votación, cuando se celebren de forma simultánea elecciones en uno y otro ámbito territorial (estatal y autonómico).

c) Algunos problemas específicos, en un terreno cercano al anterior, plantea la regulación general de la publicidad institucional cuando hace referencia a la realización de campañas de ese carácter en período electoral, o al regular la llamada publicidad institucional sobre logros de gestión. En cuanto al primer punto, se ha visto con detalle que el artículo 10 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional, sigue criterios en parte diferentes de los de la LOREG a la hora de prohibir la realización de campaña institucional (durante todo el “período electoral”; a todos los poderes públicos y entes del sector público estatal) y también cuando se trata de establecer excepciones permisivas (las previstas en el artículo 50.1 de la LOREG y, además, las relativas a información censal u otras imprescindibles para la salvaguarda del interés público o el desenvolvimiento de los servicios públicos). Por lo que hace a la publicidad sobre logros u objetivos, el artículo 4 de la citada ley establece una serie de prohibiciones al respecto, junto a

algunas reglas que prohíben la confusión de símbolos institucionales con otros partidistas.

Las líneas de propuesta en esta materia apuntan a la introducción en la LOREG de esta regulación, con carácter básico. Lo que podría hacerse sin complicación en cuanto a la publicidad sobre logros de gestión, teniendo en cuenta el contenido de la regulación y la circunstancia de que el artículo 4 de la Ley 29/2005 tiene ya dicho carácter de norma básica. Por lo que se refiere a las prohibiciones, y excepciones, de campaña institucional que se prevén en el artículo 10 de la Ley 29/2005, su encaje en el ámbito electoral plantearía la necesidad de mayores precisiones. Ante todo, por cuanto su aplicación a las comunidades autónomas, en aquello que desborde lo estrictamente publicitario y afecte al ámbito normativo electoral, se enfrentaría a ciertas divergencias en la regulación de las campañas institucionales (las apuntadas al analizar el artículo 50.1 de la LOREG). Además, porque alguna de las reglas previstas en el citado precepto de la Ley de publicidad y comunicación institucional podría chocar con la interpretación estricta que ha de hacerse del artículo 50.1 de la LOREG.

d) Por último, otro grupo de propuestas han ido dirigidas a la prohibición de la subvención por el envío de sobres y papeletas electorales, regulada en la actualidad en el artículo 175.3 de la LOREG. La justificación de la supresión, en bloque, de este tipo de medidas, se ha concretado en el desigual efecto que esta medida incentivadora produce, al otorgarse sólo a grupos que hayan obtenido representación política suficiente para formar grupo parlamentario. Con carácter general, el empleo de un criterio de representación política no se ve por el Consejo de Estado como lesivo del voto igual ni de la representación política plural de los ciudadanos, por encontrarse una base razonable para tal diferenciación, que se encuentra además formalmente expresada en la ley. En cambio, la concreción de esa pauta de representación (capacidad de formar grupo parlamentario, según los requisitos exigidos en los Reglamentos de las Cámaras) podría ser reconsiderada, aun cuando se trata de una cuestión que excede en parte el ámbito electoral. De mayor gravedad que lo anterior es, sin duda, la práctica de la formación artificiosa y efímera de grupos parlamentarios

con el único objeto de percibir esta subvención. En esta línea, se entienden necesarias ciertas reformas, que habrían de pasar por un nuevo diseño del sistema de adelantos de los gastos electorales subvencionables (artículo 133.4 de la LOREG) que permitiese la evitación de los efectos mencionados. Finalmente, se ha propugnado en la doctrina el cómputo de esta subvención dentro del límite máximo de gastos electorales; un objetivo que precisaría la modificación del artículo 175 de la LOREG, superando la doctrina sobre el particular de la Junta Electoral Central, y para el que debería partirse en cualquier caso de que éste un incentivo que encuentra sus propias formas de justificación en cuanto a su puesta en práctica efectiva.

5. La posible implantación del voto electrónico

La introducción del denominado voto electrónico ha figurado entre las propuestas contenidas en algunos programas electorales y parece necesaria una reflexión sobre la posibilidad de su incorporación al procedimiento de votación previsto en la LOREG. No se pretende, sin embargo, formular una propuesta concreta sobre si debe o no introducirse alguna modalidad de voto electrónico, sino simplemente poner de manifiesto las ventajas y los riesgos inherentes a esta opción.

5.1. Concepto y modalidades

Voto electrónico es aquel que se ejercita por medio de procedimientos electrónicos. En función de cuáles sean estos procedimientos se perfilan distintas modalidades de voto electrónico⁷⁸. Así, se distingue entre sistemas de votación y recuento mediante tarjetas perforadas (característicos de Estados

⁷⁸ No se incluyen los sistemas mecánicos (mediante máquinas de palanca mecánica), que hoy son considerados tecnología obsoleta y cuyo uso se ha ido extinguiendo gradualmente. Utilizadas por vez primera en los Estados Unidos en una elección en Lockport, Nueva York, en 1892, para la década de 1960 eran usadas por más de la mitad de los electores en ese país; sin embargo, en las elecciones presidenciales de 1996 solo fueron utilizadas por el 20,7% de los electores. Tampoco se incluye el denominado *e-counting* o recuento electrónico (utilizado en las elecciones de Londres del pasado mayo); es decir, la posibilidad de realizar un voto convencional e informatizar el recuento.

Unidos⁷⁹ y en los que los electores perforan las tarjetas mediante un pequeño artefacto diseñado a tal efecto para indicar los candidatos de su preferencia), sistemas de votación y recuento con lector óptico (cuya modalidad más utilizada es lector óptico de marcas, también conocida bajo la denominación de sistemas *Marksense*) y sistemas de registro electrónico directo que comprenden la votación telefónica (los electores pueden registrar sus votos directamente en sistemas de cómputo utilizando las teclas de sus teléfonos e identificándose con un número de identificación personal, siguiendo una serie de instrucciones grabadas) y el voto por Internet, sobre el que se volverá más adelante.

Más interesante resulta la clasificación⁸⁰ que atiende no sólo al dispositivo utilizado, sino también a la forma en que se almacenan los votos y se realiza, si fuera necesaria, su transmisión:

- Mediante pantalla táctil con almacenamiento de los datos en un repositorio en el mismo colegio electoral y custodiado por la mesa electoral. Cerrado el colegio, la mesa electoral elabora el acta con los resultados almacenados en el repositorio y lo traslada a la junta o comisión electoral de distrito.
- Mediante pantalla táctil y traslado de los resultados vía Internet a uno o varios centros de proceso.
- Mediante urna electrónica con lectura del voto por sistema electro-óptico. La urna almacena los datos en un repositorio custodiado por la mesa electoral. Al cierre se elabora el acta con los datos almacenados en el repositorio, que posteriormente se traslada a la junta de distrito. La propia urna puede generar el acta y mandarla imprimir para la firma de los distintos interventores.

⁷⁹ Aunque hay métodos más modernos, siguen siendo utilizados por un porcentaje considerable de la población americana. Por ejemplo, un 37,7% de los electores en las elecciones presidenciales de 1996.

⁸⁰ Recogida en el II Informe sobre tecnologías de voto electrónico de fecha 15 de enero de 2003.

- Mediante urna electrónica con lectura del voto por sistema electro-óptico y traslado de los resultados vía Internet a uno o varios centros de proceso.
- De manera ubicua o remota desde el hogar o cualquier otro dispositivo vía Internet.

Las modalidades de voto electrónico más frecuentes hoy en día son la votación mediante urna electrónica y el voto por Internet. Los sistemas de urna electrónica son sistemas de votación parecidos a los actuales pues requieren que el elector se desplace al colegio electoral. Una vez allí, sin embargo, la votación se realiza directamente en una máquina que, por lo general, está dotada de pantalla táctil y con funciones adaptadas para personas mayores o con determinadas discapacidades (aunque también pueden emplearse las tarjetas con banda magnética de votación que serán después leídas en las urnas electrónicas). El voto se realiza directamente en la urna y se contabiliza sobre la marcha, aunque algunos sistemas, como el belga y el de algún estado norteamericano, imprimen una papeleta de control que se deposita en una urna para garantizar que los resultados sean correctos.

El voto por Internet permite un ejercicio no presencial o “remoto” del voto. Para ello se ha de disponer de un ordenador conectado a la red a través de una conexión cifrada y segura y es imprescindible la articulación de controles de fiabilidad y autenticidad mayores que los requeridos para cualquier otro tipo de voto electrónico. La seguridad es, por tanto, una cuestión crucial⁸¹ para las autoridades electorales y se están desarrollando estrategias para: encriptar la información para que solo pueda ser descifrada por el emisor y el receptor; proteger los sitios para que los usuarios no autorizados no puedan modificar la información; y evitar que terceros puedan acceder o conocer la

⁸¹ Por ejemplo, en el Reino Unido, donde se han hecho pruebas de piloto bastante amplias en 2003 (17 municipios y 1,9 millones de electores), se descartó la introducción del voto por Internet en las elecciones municipales de 2006 dada la vulnerabilidad de estos sistemas de votación; en Estados Unidos, un proyecto del Departamento de Defensa para facilitar el voto de los residentes en el extranjero también fue cancelado por motivos relacionados con la seguridad del sistema.

información que está siendo transmitida. Con ello se trata de asegurar el cumplimiento, como mínimo, de las siguientes cuatro condiciones: que no se puedan relacionar los votos emitidos con los votantes; que cada votante pueda emitir un solo voto; que el resultado de la votación sea correcto; y que no se puedan emitir resultados parciales que puedan condicionar el resultado de la votación.

Otra dificultad de este sistema (y, en general, de la mayoría de los sistemas de votación electrónica) radica en la verificación de la identidad del votante, pues no hay forma de comprobar que realmente la persona que se sienta al ordenador sea la que tiene el derecho a votar. Para ello, cada votante ha de tener unas señas de identidad electorales que salvaguarden, con carácter secreto, la identificación del contenido de su voto y sus datos personales. A tal efecto, existen distintas clases de sistemas de identificación: tarjetas de identidad; números de identificación personal (PIN); sistemas de bio-identificación (visual o electrónica: huellas dactilares, imágenes de retina); fotografías digitalizadas; códigos de barra; contraseñas; y firma electrónica

Esta breve descripción de lo que puede entenderse como voto electrónico es suficiente para apuntar los dos grandes ejes de controversia que en torno al mismo se plantean: por un lado, su adecuación a los principios constitucionales y legales que rigen el ejercicio del derecho de sufragio; y, por otro lado, la complejidad técnica -y los problemas de ella derivados- que va aparejada a los imprescindibles controles que permitan garantizar la limpieza y objetividad de los resultados obtenidos.

5.2. Derecho comparado

Un sucinto repaso de algunos de los no muy numerosos ejemplos que ofrece el Derecho comparado evidencia que se trata de un mecanismo que genera dudas e interrogantes acerca de la conveniencia de su implantación.

Bélgica

Las primeras experiencias en Europa se remontan a finales de la década de los ochenta. El gobierno belga es pionero en la aplicación de sistemas de voto electrónico (en 1989 se comenzó a estudiar la sustitución del sistema tradicional por otros procesos con tecnologías avanzadas⁸²). El método seleccionado fue el de tarjeta con banda magnética en la que los datos se graban con la ayuda de una pantalla en la que aparecen las opciones y un lápiz óptico para su selección. Posteriormente, el votante introduce la tarjeta en una urna electrónica que computa automáticamente los resultados.

La primera experiencia piloto se realizó en 1991 en el cantón de Verlaine. Desde 1994 el sistema de voto electrónico se ha utilizado en todas las elecciones (municipales, nacionales y europeas). En todas ellas el sistema fue utilizado por aproximadamente un 44% del electorado (en torno a los tres millones de electores). En las elecciones nacionales celebradas el 18 de mayo de 2003 los primeros resultados fueron anunciados tan sólo quince minutos después del cierre de los colegios electorales.

El 20 de julio de 2005, el Ministro de Asuntos Internos de la región de Valonia firmó un acuerdo de cooperación con el Gobierno federal y de las Regiones. Se trata de una iniciativa para homogeneizar la aplicación del voto electrónico en Bélgica durante los años 2006 y 2007. En las elecciones municipales celebradas el 8 de octubre de 2006 el voto electrónico con tarjeta de banda magnética estaba disponible para un 46,4 por ciento de los electores del conjunto del país y para el cien por cien de los de Bruselas, según datos oficiales.

Francia

En Francia se han realizado diversas experiencias piloto. Así, el voto electrónico fue utilizado en las elecciones europeas de junio de 1994

⁸² Con el objetivo de conocer con mayor prontitud los candidatos elegidos ante la grave situación que suponía obtener los resultados con varios días de retraso al utilizar el escrutinio manual en el complejo sistema electoral de listas abiertas.

(concretamente en Estrasburgo, con unos 4.000 electores aproximadamente), en las elecciones presidenciales en mayo de 1995 en Issy-Les-Moulineaux, en la ciudad de Lyon en el año 2000, en el referéndum de la ciudad de Brest (en septiembre de 2000, donde se utilizó voto electrónico a través de Internet) y en las elecciones regionales de marzo y las europeas de junio de 2004 (en algún caso con validez legal, como en la ciudad de Vandoeuvre-lès-Nancy).

En las pasadas elecciones presidenciales y legislativas de 2002 fueron invitados a utilizar un sistema de voto electrónico 1.500 votantes de Mérignac y Vandoeuvre-lès-Nancy. El sistema se basaba en una tarjeta electrónica que guardaba los datos identificativos del votante consistente en un dispositivo de voto electrónico basado en la utilización de tarjetas con un microprocesador que incluyó huellas digitales de los lectores.

En 2005 el Ministerio del Interior aprobó el uso de un nuevo sistema de voto electrónico basado en pantalla táctil. En mayo de 2005, en el referéndum sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, más de 50 máquinas se pusieron a prueba en la ciudad de Vandoeuvre-lès-Nancy.

En junio de 2006, los franceses residentes en Europa y Asia eligieron a sus representantes de la Asamblea de Franceses en el Exterior, mediante un sistema de voto electrónico por Internet. Sin embargo, el balance de los expertos en comprobar la fiabilidad del sistema no fue satisfactorio, pues cuestionaban la capacidad de los miembros de los centros de votación para controlar las operaciones de voto que dependían de las máquinas y consideraban que no se garantizaba la privacidad del voto.

En las elecciones presidenciales francesas que se celebraron a doble vuelta los días 22 de abril y 6 mayo de 2007 se instauró el voto electrónico en un total de 82 municipios de más de 3.500 habitantes. Esto supuso que cerca de un millón y medio de electores franceses pudieran votar electrónicamente con plena validez legal. En los citados 82 municipios únicamente se pudo votar de forma automatizada, bien mediante un tablero electrónico o con una máquina electrónica. En la votación electrónica se produjeron algunas

incidencias: la tardanza en la emisión del voto, las disfunciones en la puesta en marcha de algunas máquinas de votación y el retraso en la apertura de los colegios electorales por problemas de suministro eléctrico.

Holanda

En Holanda se utilizó este sistema de votación en las elecciones municipales de marzo de 1995, concretamente en Helmand y Ede. En noviembre de este mismo año se utilizó también voto electrónico para elecciones sindicales en Philips Nijmegen. Los análisis y estudios que se llevaron a cabo en Holanda valoraron de modo positivo los resultados. Durante las elecciones generales celebradas en el mes de mayo de 2002 el 95% de los municipios holandeses disponían de máquinas de voto electrónico.

Actualmente Holanda se encuentra en medio de una gran polémica por el citado sistema de voto electrónico utilizado en este país, debido a que en octubre de 2006 un equipo de investigadores desveló que el sistema de voto electrónico empleado en Holanda (también probado en Alemania, Francia e Irlanda) presentaba fallos de seguridad: el programa de control puede ser modificado con el reemplazo de las memorias ubicadas en el tablero de votación y ni los votantes ni las autoridades podrían detectar dichas manipulaciones; todas las máquinas pueden ser abiertas con una misma llave que se podía adquirir con facilidad a través de Internet; se puede identificar el voto de cada ciudadano a través de los sonidos de radiofrecuencia que emite el sistema; no existe regulación sobre la seguridad de almacenamiento de los equipos a pesar de existir una ley de voto electrónico que especifica las condiciones que deben tener las máquinas electrónicas.

Como consecuencia del citado informe y ante la falta de garantías para preservar el secreto del voto, en las elecciones legislativas del 22 de noviembre se prohibió en 25 ayuntamientos el empleo de las referidas máquinas de votación electrónica, volviendo al sistema tradicional de papeletas.

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) publicó el 12 de marzo de 2007 un informe sobre las elecciones legislativas del 22 de noviembre de 2006, en el que se sugiere que los Países Bajos abandonen el sistema de voto electrónico utilizado.

En la actualidad se están realizando diversos estudios centrados en el voto por teléfono y a través de Internet. Ya en las elecciones europeas del año 2004, los ciudadanos que estaban en el extranjero en el día del acto electoral pudieron ejercer el voto a través de Internet o por teléfono.

Estonia

En el año 2001 el Ministerio de Justicia de Estonia hizo una propuesta para introducir la posibilidad de votación electrónica en las elecciones al Parlamento del año 2003. El plan propone que los ciudadanos se puedan registrar como “e-votantes” y firmar sus papeletas electrónicamente con firma digital lo cual les capacita para el voto a través de Internet desde sus casas.

En concreto, en las elecciones locales de octubre de 2005, unos 10.000 electores pudieron votar por Internet en bancos, oficinas estatales y municipales y a través de compañías de telecomunicaciones. En las elecciones al Parlamento de Estonia ("Riigikogu") celebradas el 4 de marzo de 2007, 940.000 ciudadanos pudieron votar por Internet enviando sus papeletas de voto vía electrónica antes del día de las elecciones. El resto de los electores ejerció el derecho de sufragio de manera tradicional, es decir con urna y papeleta. Para poder votar por Internet los electores se sirvieron de un carné de identidad electrónico con firma digital que se introduce en un lector que permite la votación electrónica.

Irlanda

En las elecciones generales del 4 mayo de 2002 el Gobierno de Irlanda realizó una prueba piloto entre los ciudadanos de Dublín Norte, Dublín Oeste y Meta. En el sistema el votante selecciona el botón de los candidatos en el

orden de preferencia que desea, mediante un tablero electrónico dotado de una pantalla.

La utilización del voto electrónico en la realización del referéndum, el 19 de octubre de 2002, sobre el Tratado de Niza en siete de las 42 circunscripciones permitió obtener los primeros resultados y la estimación del resultado final con gran rapidez.

La utilización del voto electrónico en Irlanda fue paralizada en 2004 por lo que no fue utilizado ni en las elecciones europeas ni en las locales. Ese año el gobierno irlandés creó una comisión independiente de voto electrónico, *Independent Commission on Electronic Voting (ICTE)*, con el fin de evaluar la seguridad y fiabilidad del sistema de voto electrónico. Dicha comisión resolvió que dicho sistema no cumplía las condiciones y requisitos necesarios para ser utilizado en elecciones oficiales. En 2005 el Departamento de Medio Ambiente anunció que invertiría unos 97.000 euros para realizar nuevas pruebas al sistema mientras que la Comisión de Voto Electrónico decidió desembolsar 280.000 euros para la realización de pruebas por separado. La ICTE fue disuelta el 4 de septiembre de 2006.

Brasil

Por otro lado, también existen múltiples experiencias fuera de Europa. En Brasil es procedimiento habitual el voto electrónico y procedimiento excepcional el voto en papel. De hecho, la experiencia brasileña, que está siendo exportada a distintos puntos del continente americano (Paraguay, Colombia, México, Chile, Bolivia, Argentina y Perú), puede ser considerada como una de las experiencias más positivas, también desde el punto de vista de la articulación de las imprescindibles garantías para la seguridad del sistema.

La utilización de la urna electrónica en Brasil⁸³ ha sido el resultado de un proceso gradual, que se inició, tras los estudios oportunos (e incluso la fabricación de una urna electrónica propia), en las elecciones municipales (capitales y ciudades con más de 200.000 habitantes) de 1996, momento en el que ya se emitió el 32% de los votos a través de las urnas electrónicas. En las elecciones presidenciales de 1998 el porcentaje subió al 58% y ya en las elecciones de 2002 el 100% de los electores utilizó el voto electrónico. Las desconfianzas sobre la seguridad de la urna electrónica en el año 2001 crecieron después de un escándalo producido como consecuencia de determinadas irregularidades en el panel electrónico del Senado.

Sin embargo, en las elecciones del 6 de octubre de 2002 se utilizó nuevamente un sistema computerizado que identificaba a cada candidato con un número y una foto, y cuyos datos, al cierre de la elección, eran transmitidos, sin posibilidad de interferencia, a través de una red privada a los tribunales electorales regionales. El sistema contó con 414.000 urnas electrónicas y gracias al mismo se pudieron conocer en sólo 24 horas los resultados de todo el territorio nacional.

En las elecciones presidenciales celebradas a doble vuelta los días 1 y 29 de octubre de 2006 la totalidad de electores, unos 126 millones, ejercieron su derecho de voto mediante la citada urna electrónica. Según los medios de comunicación el funcionamiento de las máquinas de votación en la jornada electoral se desarrolló sin incidencias destacables.

⁸³ La urna electrónica es un ordenador con dos terminales: el primero contiene la lista de votantes y es utilizado por la mesa electoral, donde el elector es identificado y se le autoriza a votar; el segundo es el terminal del elector, donde se registra su voto (se trata de un aparato de pequeñas dimensiones, con un teclado numérico y una pantalla de cristal líquido donde se recoge la información para emitir el voto). El acto de votar consiste en marcar el número del candidato (o del sentido del voto, en el caso de referéndum), apareciendo inmediatamente en la pantalla el nombre, siglas del partido y fotografía del candidato. El votante puede comprobar entonces si es la opción que le interesa (en cuyo caso utilizará la tecla de confirmación) o no (utilizando la tecla corregir para reiniciar la operación).

México

En México en las elecciones presidenciales del mes de julio de 2000, se llevó a cabo un tipo de voto electrónico que identificaba a los electores mediante un sistema de reconocimiento facial. El Instituto Federal Electoral mexicano contrató una compleja tecnología punta que, mediante un escáner, era capaz de transformar imágenes de caras en códigos digitales identificando de este modo al elector. Esta experiencia sólo se puso en práctica en el Distrito Federal, debido a los costes de tan sofisticada infraestructura, que había sido implantada por los recelos suscitados por los abusos que se habían cometido en las pasadas elecciones presidenciales y que se tradujeron en el ejercicio de más de un voto por ciudadano.

Estados Unidos

El caso de Estados Unidos es interesante por la tradición y diversidad de sus métodos de registro y recuento de votos. Hay una gran variedad de métodos de recuento automatizado o electrónico⁸⁴, -casi tantos como Estados, se ha llegado a decir-, correspondiendo a la Comisión Electoral Federal el mantenimiento de los estándares que han de cumplir estos sistemas de votación.

Paralelamente, se han ido adoptando diversas disposiciones legislativas con el objetivo principal de facilitar el ejercicio del voto y de incrementar las condiciones de fiabilidad de los distintos sistemas. La *Help America Vote Act* (conocida como Ley HAVA) ordenó mejorar las prácticas electorales en todo el país. El Estado de Nevada, en las elecciones presidenciales de 2004, fue el Estado que mejor cumplió con los requerimientos de actualización de la citada ley, no habiendo denuncias de fraudes o grandes irregularidades. Fue el único

⁸⁴ En las elecciones presidenciales de 2000 tan sólo el 1,6% de los electores votaron usando las papeletas convencionales de papel; el 9,1% usó el registro electrónico directo; el 18,6% las máquinas de palanca de votar; el 27,3% lectores ópticos y el 34,3% las tarjetas perforadas. El voto por Internet también está siendo objeto de un profundo estudio (en cuatro estados de California se realizaron pruebas de voto a través de Internet las semanas anteriores a las elecciones de noviembre de 2000; y también se realizaron experiencias de voto por Internet en Alaska y Arizona).

estado cuyas máquinas poseían un comprobante tangible de voto y todos sus condados contaron con el mismo sistema de votación (pantalla táctil o *touchscreen*). Este sistema fue adoptado en 2005 por el Estado de California y por el Gobierno federal para utilizarse a partir del 1 de enero de 2006.

El 9 de febrero de 2005 se presentó en el Congreso de los Estados Unidos una nueva ley electoral –*Voting Integrity and Verification Act*– que pretende hacer obligatoria la impresión de un comprobante del voto para permitir a los electores que voten con máquinas electrónicas, verificar e incluso corregir, si fuera necesario, su voto y que quedaría en poder de las autoridades electorales para posibles recuentos manuales. Estas nuevas medidas se aplicarían a los sistemas *touchscreen*, las máquinas de palanca y los sistemas de escaneo óptico, quedando fuera del alcance de esta norma los sistemas de tarjetas perforadas, los sistemas manuales o la votación anticipada o por correo postal.

En las elecciones legislativas del 7 de noviembre de 2006 hubo dificultades técnicas en varios Estados. Unos dos tercios de los 200 millones de estadounidenses convocados a votar lo hicieron mediante el nuevo sistema electrónico, los votantes utilizaron pantallas táctiles en 33 estados, pero en 15 de esos Estados las máquinas no emitían comprobante de voto. En algunos Estados era necesario que las máquinas imprimieran dicho comprobante (Missouri y Ohio) pero no así en otros (Pensilvania, Tennessee y Virginia), debido a que la Constitución de Estados Unidos establece que los gobiernos estatales tienen jurisdicción propia sobre los métodos y detalles de cada votación.

En dichas elecciones se detectaron relevantes fallos técnicos en las máquinas de voto electrónico, entre otros, en los Estados de Indiana, Ohio, Pensilvania, Colorado y Utah. Por ello, los jueces decretaron en algunos Estados que los centros cerrasen más tarde y en otros la votación electrónica fue sustituida por la votación tradicional.

5.3. El voto electrónico en España

Por lo que se refiere al caso español, la LOREG no contempla el voto electrónico, como tampoco lo hacen las respectivas leyes autonómicas que regulan las especialidades en materia electoral para cada Comunidad Autónoma, a excepción de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al Parlamento Vasco, tras la reforma operada por la Ley vasca 15/1998⁸⁵, de 19 de junio⁸⁶.

Los artículos 132 bis a 132 *septies* de dicha ley se refieren a las siguientes cuestiones: los elementos que configuran el voto electrónico (tarjeta con banda magnética de votación; urna electrónica; pantalla de votar; cabina electoral y software o programa informático electoral⁸⁷), las facultades garantistas de las Juntas Electorales, el denominado software electoral para la limpieza y transparencia del proceso, los medios materiales (de los que deben disponer las respectivas mesas) y, finalmente, la sucesión de operaciones necesarias para el ejercicio del voto electrónico y su posterior recuento, electrónico también.

⁸⁵ En cuanto a su efectiva aplicación, la disposición adicional primera de dicha ley señalaba que para las elecciones al Parlamento vasco de 1998 no entraba aún en vigor este Capítulo de voto electrónico, utilizándose el sistema tradicional de papeleta. Para próximas elecciones en años posteriores, podrá el Parlamento, previa propuesta del Gobierno, determinar en qué circunscripciones, secciones o municipios se hará uso del procedimiento de voto electrónico, decidiendo también la compatibilidad del voto electrónico con el voto por papeleta y todo lo relativo a la progresiva implantación de aquél.

⁸⁶ En la VII Legislatura se comenzó a tramitar un proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Elecciones al Parlamento vasco de 1990. Disuelto el Parlamento el proyecto decayó, iniciándose un periodo de reflexión acerca del voto electrónico. En dicho proyecto, no obstante, cabe advertir dos ideas fundamentales: la consolidación de la idea de una implantación gradual del voto electrónico y de su coexistencia con el sistema tradicional; y la comprensión, en una medida más justa, de las virtualidades de las nuevas tecnologías.

⁸⁷ Por software electoral de la urna electrónica y de la pantalla de votar ha de entenderse el conjunto de programas informáticos que permiten realizar la apertura y cierre de la urna, la votación con tarjetas con banda magnética validadas por la Mesa, el control del número de tarjetas con banda magnética registradas en la urna, el escrutinio y la transmisión de los resultados electorales de la mesa.

A pesar de esta falta genérica de regulación normativa, se han realizado experimentos, a modo de ensayos, con votaciones electrónicas en diversas zonas del territorio nacional y en elecciones autonómicas.

i) Pruebas realizadas a nivel estatal

A nivel estatal, en las elecciones generales del 14 de marzo de 2004, el Ministerio del Interior realizó la primera prueba de voto electrónico remoto con motivo de las elecciones generales. En concreto, se seleccionaron 300 electores de tres Mesas correspondientes a los municipios de Zamora y Toro (Zamora) y Pol (Lugo). En esta experiencia, sin valor alguno para el recuento de votos, los electores podían votar desde los ordenadores situados junto a las Mesas, una vez hubieran ejercido de forma convencional el derecho de sufragio. Los electores elegidos por sorteo para votar por este método recibían en su domicilio una tarjeta y una clave destinada a garantizar la fiabilidad y confidencialidad del voto. Los votantes visualizaban en la pantalla del ordenador las papeletas de las distintas candidaturas seleccionando la deseada.

También en el referéndum sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa del 20 de febrero de 2005 el Ministerio del Interior realizó un ensayo de voto electrónico remoto por Internet sin validez legal alguna. Entre los días 1 al 18 de febrero, coincidiendo con la campaña electoral, se efectuó la prueba piloto en un municipio (con un censo entre 45.000 y 88.000 electores) de cada una de las 52 provincias de España, con un censo electoral total de cerca de 2.000.000 de ciudadanos. Los interesados en participar en esta experiencia se presentaron previamente en las oficinas habilitadas por el respectivo Ayuntamiento a fin de obtener sus certificados digitales⁸⁸, que garantizaban la seguridad, autenticidad y confidencialidad de la consulta.

⁸⁸ En dos modalidades: soporte en tarjeta criptográfica (si deseaba votar en el mismo local en que se había registrado); o descarga del certificado en su propio equipo informático (si pretendía hacerlo en éste). En el primer caso el elector recibía un número de identificación personal (PIN) que daba acceso a la tarjeta; en el segundo se le entregaba un documento con las claves correspondientes.

Los resultados del ensayo no se hicieron públicos hasta conocer los de la votación real para no interferir en el libre ejercicio del derecho al voto de los ciudadanos; además, fueron muy similares a los obtenidos en la votación real. La participación en el referéndum virtual celebrado fue escasa ya que solo 10.543 votantes (0,54%) de los aproximadamente 2.000.000 de electores utilizaron las urnas digitales, oscilando entre el 0,06% en el municipio con más baja participación y el 4,93%. Sólo el 8,3% (874 electores) votaron desde sus equipos particulares.

Varios observadores de la prueba piloto fundamentaron esta baja participación en la falta de información al elector, así como en la ausencia de campañas de formación e implantación de la experiencia en diversos Ayuntamientos. También se denunció la ausencia de garantías jurídicas para el votante debido a posibles vulneraciones del secreto del voto en algún Ayuntamiento como consecuencia de la incorrecta ubicación del ordenador de votación, ya que permitía la visión de la pantalla a otras personas ajenas al mismo. Además, esta experiencia carecía de un protocolo de actuación más exhaustivo para el personal auxiliar del votante. En fin, se denunciaron fallos de seguridad en el servidor e incluso una entidad privada adujo que se había podido infiltrar en él y acceder a su información.

ii) Pruebas en elecciones autonómicas

Por lo que se refiere a las elecciones autonómicas, en las elecciones de 1995 al Parlamento de Cataluña se seleccionaron dos colegios electorales (uno en el barrio del Ensanche de Barcelona y otro en el municipio de Anglès en Girona) donde se efectuó el voto por procedimiento electrónico. La Administración electoral fijó una serie de requisitos indispensables: la elección se haría con carácter de prueba y una vez concluida la votación tradicional, hecha por papeletas como se contempla en la LOREG; además, debería garantizarse un voto secreto y en todo caso de ejercicio voluntario. Los resultados de este experimento fueron bastante similares a los obtenidos por el procedimiento de voto con las tradicionales papeletas.

En las elecciones catalanas del 16 de noviembre de 2003 se experimentaron dos sistemas diferentes de voto electrónico presencial. La prueba fue no vinculante y voluntaria en cinco mesas de diversos municipios. Uno de los sistemas requería papeletas que incorporaran una franja para permitir su recuento electrónico y una urna electrónica; el otro sistema consistía en una pantalla táctil donde el elector escogía la opción política a la que quería dar su voto previa identificación del elector e introducción de una tarjeta electrónica. Los porcentajes totales de participación de la citada experiencia rondaron el 45% de los electores censados en las mesas. Además, en dichas elecciones se realizó una prueba piloto con voto electrónico remoto mediante la identificación digital del elector. Este sistema se experimentó entre los electores catalanes residentes en México, Argentina, Chile, Estados Unidos y Bélgica dando como resultado unos índices de participación muy bajos. En el caso de los catalanes con residencia en México la participación de los votantes en la prueba superó a los que votaron válidamente.

En la Comunidad Autónoma de Galicia se produjo otra experiencia de voto electrónico el 19 de octubre de 1997 en dos colegios electorales de Santiago de Compostela. En cada uno de estos colegios se instalaron dos mesas de voto electrónico con diferentes sistemas en cada una de ellas. La principal diferencia entre estos dos sistemas se encontraba en la urna electrónica: en uno se utilizaron urnas que leían las sucesivas tarjetas con banda magnética, en las cuales ya se habría codificado el voto por el elector, seleccionado dentro de la cabina en la que se encontraría la pantalla de grabación; el otro utilizó urnas que tan sólo recogían las tarjetas con banda magnética, ya que el cómputo y lectura del voto elegido se hacía por la pantalla grabadora dentro de la cabina y una vez efectuada por el elector la opción de voto. De 1.561 electores censados en las dos mesas de cada colegio, votaron conforme al primer procedimiento 1.091 y de los electores censados en las otras mesas (1.454), votaron electrónicamente 999. En cuanto a las razones alegadas para explicar el rechazo de la prueba de voto electrónico, las más relevantes fueron el tiempo de espera que su ejecución comportaba (25%), las preferencias por el sistema ya conocido (14%) y el propio rechazo al uso de sistemas informáticos (14%).

En las elecciones autonómicas de 19 de julio de 2005 tuvieron lugar dos experiencias de voto electrónico, sin validez legal, que se materializaron dos días antes de la votación por orden de la Junta Electoral Central. En la primera prueba se empleó un sistema de voto electrónico presencial instalado en cinco quioscos de la ciudad de Santiago de Compostela; y en ella pudieron votar todos los ciudadanos inscritos en el censo. El sistema consistía en una pantalla táctil. La segunda prueba de voto electrónico se llevó a cabo en la misma fecha en la Casa de Galicia de Montevideo (Uruguay), utilizando urnas electrónicas con pantalla táctil.

Otra prueba se llevó a cabo en las elecciones a las Cortes Valencianas en junio de 1999. Se seleccionó el municipio de Villena y la prueba se desarrolló paralelamente al procedimiento ordinario de votación por papeleta. Una vez que el elector hubiera ejercido su derecho de voto, se le invitaba a ejercitarlo nuevamente por el procedimiento electrónico. En los quince colegios electorales en los que se puso en práctica este tipo de procedimiento se instaló el equipamiento necesario para su puesta en marcha, consistente en dos asistentes técnicos de voto electrónico, tarjetas provistas de microchip en las que se almacenaban los votos electrónicos y una urna electrónica para leer las tarjetas de voto. Los resultados del escrutinio global de esta experiencia fueron: del censo total de electores (24.794), participaron efectivamente 17.274 y emitieron voto electrónico 5.773, por lo que en cifras porcentuales la participación de voto electrónico sobre voto emitido fue del 33,42%.

En las Islas Baleares, en las elecciones autonómicas de mayo de 2003 se realizó una prueba piloto en tres mesas electorales del municipio de Llucmajor (Mallorca). El sistema de votación empleado fue el de la pantalla táctil.

La Junta de Andalucía, a través de su Consejería de Presidencia, acordó con el Ayuntamiento de Jun (2.350 habitantes), sito en Granada, un programa específico destinado a ensayar las nuevas tecnologías de votación electrónica. Así, el 14 de marzo de 2004, tras obtener la preceptiva autorización de la Junta

Electoral Central y aprovechando la celebración simultánea de las elecciones generales y de las elecciones al Parlamento andaluz, se llevó a cabo una prueba de voto electrónico, no vinculante. Para dicha prueba se utilizaron diversos canales de voto electrónico remoto, mediante el registro previo en el Ayuntamiento de los electores interesados para que se les facilitara un dispositivo con firma electrónica (se acreditó un 50,31% del censo). El día de la votación el elector accedía a través de Internet a la página de inicio de la votación, en la que se solicitaba la identificación del mismo a través de un dispositivo criptográfico. Finalmente, el elector debía teclear su código privado y procedía a continuación a emitir su voto seleccionando en la pantalla la candidatura electoral.

5.4. Factores a considerar en la valoración de los sistemas de voto electrónicos

El panorama descrito evidencia con claridad los múltiples retos y los diversos problemas a los que se enfrenta la articulación de los sistemas de votación electrónica, que siguen siendo muy controvertidos, especialmente a la hora de garantizar la limpieza del proceso y la objetividad de los resultados obtenidos. Para examinar su mayor o menor virtualidad puede atenderse una doble perspectiva: la del sistema electoral en su conjunto y la de los electores.

Desde la primera de las perspectivas apuntadas -incidencia en el sistema electoral-, hay que hacer referencia a distintos parámetros:

i) Seguridad y transparencia en el procedimiento de votación

La seguridad en el procedimiento de votación y la transparencia de los resultados obtenidos son factores esenciales para valorar cualquier método de votación. Así, los partidarios de los sistemas de voto electrónico suelen afirmar que son más precisos y seguros que los sistemas de votación mediante sobres y papeletas pues no permiten, al menos teóricamente, una alteración de los votos o la eliminación de alguno de ellos.

Sin embargo, la práctica demuestra que en los sistemas de voto electrónico también se producen anomalías y se pueden producir igualmente fraudes o manipulaciones de carácter técnico⁸⁹, hasta el punto de que en no pocos supuestos se incumplen las garantías electorales mínimas que ha de respetar toda votación y que con acierto se han sintetizado en dos grandes postulados: el carácter universal, igual, libre y secreto del voto, y la pureza y transparencia del procedimiento. Piénsese en riesgos como, por ejemplo, que algunos electores usen la identificación de otros votantes, que el "tabulador" de la urna electrónica registre los votos de forma incorrecta (omitiendo algunos o duplicándolos), que falle la transmisión de los resultados escrutados en una mesa al ordenador central o que se produzca una manipulación del sistema.

Estos riesgos se incrementan sensiblemente en el caso del voto por Internet pues al problema de inseguridad general de la Red hay que añadir la multiplicidad de equipos (tantos como electores acreditados) desde los que se puede acceder a la "urna virtual".

ii) Relevancia del elemento técnico

Si en los procedimientos clásicos de votación el control se ejerce en dos momentos clave -votación y escrutinio-, en los sistemas electrónicos de votación hay también un momento previo, el de la verificación de la idoneidad de los programas y equipos utilizados. En todos ellos el elemento técnico cobra una extraordinaria importancia.

La relevancia de la técnica como pieza clave de difícil encaje en el ejercicio de un derecho fundamental, pero imprescindible para asegurar los controles que permitan garantizar la objetividad de los resultados, se pone de manifiesto en muy distintos planos:

⁸⁹ Por citar sólo algunos ejemplos, en el año 1968 en Montana se produjo un error en la programación y en el recuento, varios votos destinados para el candidato Nixon se otorgaron a Humphrey; en 1980 en el condado de Orange, en el estado de California, debido a un error de programación, los ordenadores otorgaron indebidamente 15.000 votos al partido demócrata; en 1970 en Los Ángeles, las tarjetas utilizadas para la votación atascaron las máquinas electrónicas, se tuvo que recurrir a su duplicado y además, 500 circunscripciones fueron ignoradas en el recuento; a esta lista hay que añadir, en fin, el ejemplo de las elecciones presidenciales del año 2000.

- En el plano organizativo es preciso contar con el auxilio de un servicio informático de carácter permanente, como órgano de apoyo y asesoramiento y que suele formar parte del correspondiente órgano electoral. Se trata de una previsión que no tiene paralelo en el procedimiento electoral clásico.
- A ello hay que añadir las funciones que en relación con esta materia han de atribuirse a los órganos electorales (por ejemplo, aprobar la validez del funcionamiento del software) y la posibilidad de incorporar a dichos órganos expertos en informática, a la vista de los conocimientos técnicos exigidos para la implantación de un sistema de voto electrónico.
- En cuanto al desarrollo del procedimiento, hay que tener presente que pueden producirse anomalías de distinta índole, para lo que es preciso tener previsto un responsable técnico y diseñado el procedimiento para determinar si es posible continuar o no con la votación.
- En fin, las fuerzas políticas han de poder designar un representante para controlar los aspectos técnicos de estos procedimientos de votación.

Todos estos elementos no hacen sino poner de relieve la importancia de la necesaria presencia técnica, hasta el punto de que se ha llegado a poner en duda quién pasa a controlar realmente en estos supuestos el desarrollo del proceso electoral, si el órgano electoral al que corresponde adoptar la decisión o el asistente técnico que condiciona esa decisión. Lo relevante es que el sistema esté dirigido y controlado por autoridades electorales independientes e imparciales y que se instrumenten los mecanismos necesarios para que la decisión no quede únicamente en manos de terceros expertos o de empresas contratadas.

iii) Incremento de la rapidez

Otro parámetro a considerar es el de la rapidez. La utilización del voto electrónico reduce significativamente los tiempos necesarios para obtener resultados con posterioridad al proceso electoral, tanto por lo que se refiere al recuento en cada mesa electoral (por ejemplo, la urna electrónica almacena los datos simultáneamente a su lectura, bastando ejecutar el software, al concluir la votación, para obtener de modo inmediato los resultados), como en el recuento global o definitivo (ya que la transmisión de datos al ordenador central es también mucho más ágil; en estudios estimativos de los previsibles tiempos de duración del escrutinio se habla incluso de tan sólo una hora después del cierre de los colegios electorales para poder tener resultados definitivos). Además, se reduce el trabajo en el escrutinio y se agiliza el intercambio de información entre las distintas administraciones implicadas.

iv) Costes y dimensión económica

Finalmente, hay que tomar en consideración la variable económica, respecto de la cual se suele achacar a los sistemas de voto electrónico que generan excesivos gastos. La posibilidad de establecer un sistema de voto electrónico pasa por un desembolso inicial elevado, que además debe hacer frente a un handicap constante en el mundo tecnológico: la rápida obsolescencia de cualquier material tecnológico.

Frente a este argumento puede optarse por una implantación "selectiva" de esta fórmula (por ejemplo, valorando si en municipios muy pequeños, donde el número de habitantes es muy escaso, compensa instalar la infraestructura necesaria para poder votar electrónicamente). Además, se han articulado otras medidas que facilitan la amortización de los costes de infraestructura (por ejemplo, en la Ley vasca de 1998 se prevé la posible "reutilización" de los materiales tecnológicos para posteriores procesos electorales). Finalmente, hay que tener presente el indudable beneficio ecológico que se produciría con la

generalización de los sistemas de voto electrónico y la progresiva desaparición de los sobres y papeletas⁹⁰.

La segunda de las perspectivas apuntadas exige hacer alusión a diversas cuestiones relacionadas con algunos caracteres esenciales del ejercicio del derecho de sufragio:

v) Carácter personal

Hay que garantizar el ejercicio personal del derecho de sufragio: que quien vota tiene derecho a votar y que sólo puede hacerlo una única vez. Desde esta perspectiva, es fundamental diseñar un sistema de identificación que asegure la identidad del elector en el momento de recoger su acreditación o de obtener su certificado para votar electrónicamente y en el momento de ejercitar su voto.

No todos los sistemas de votación electrónica hacen posible una identificación del elector en un acto público, ante los miembros de la mesa electoral y los interventores de los partidos. Cuando se trata de un voto no presencial esta cuestión pasa a ser más delicada.

vi) Carácter secreto del voto

No debe haber posibilidad alguna de conocer el sentido del voto emitido. Es ésta una de las cuestiones esenciales que han de tomarse en consideración en todo procedimiento de voto electrónico, especialmente en cuanto a las modalidades de identificación y a la trazabilidad de las conexiones realizadas.

A favor de este sistema se ha dicho que, con frecuencia, se trata de un voto obligatoriamente secreto por exigencia del procedimiento (pues normalmente ha de verificarse en una cabina o espacio reservado). En consonancia con lo anterior, también se ha dicho que asegura una perfecta

⁹⁰ El Estado imprime más de 908 millones de papeletas, equivalentes a unas 1.589 toneladas de papel. Para obtenerlo se necesita la madera de 22.246 árboles adultos de 20 centímetros de diámetro y 25 metros de alto. Y eso sin contar las que encargan los partidos y los sobres.

identificación entre los deseos e intereses del elector y el sentido del voto manifestado, neutralizando potenciales influencias.

A pesar de ello se plantean serios interrogantes en cuanto a la posibilidad de acceso a los circuitos informáticos de transmisión de información o a la descodificación de la identidad de cada votante y quiebra del anonimato de sus votos (por ejemplo, posibilidad de “escuchar” con otras máquinas o dispositivos los votos en máquinas de votar). Una vez más, entra en juego el elemento técnico.

vii) Igualdad en el acceso a la votación

Oro parámetro a considerar es el acceso a los mecanismos de voto electrónico. El procedimiento electoral debe disponer de instrumentos fiables que permitan reconocer e identificar a los titulares del derecho de sufragio, no sólo en abstracto, sino también en cada mesa electoral en que al votante le corresponda identificarse.

Desde esta perspectiva, se afirma que estos sistemas pueden dar lugar a una auténtica discriminación por razón de la edad, del nivel académico, etc. Por ejemplo, muchos estudios estadísticos realizados con posterioridad a experiencias de voto electrónico demuestran que la edad se convierte en óbice u obstáculo para ejercer este tipo de voto.

viii) Participación

Un valor añadido que suele atribuirse a los sistemas de voto electrónico es que contribuyen a un fortalecimiento de la participación pública en el proceso democrático. Se ha llegado a decir que el voto electrónico se aproxima a la vieja democracia directa de las polis griegas.

Frente a esta concepción, hay que tener en cuenta que no sólo entra en juego la dimensión cuantitativa del voto (se podrá votar más veces y decidir más cosas), sino también su dimensión cualitativa. Porque el problema de la

participación democrática depende de cuestiones más complejas, que tienen lugar en ciclos de tiempo largos y que tienen que ver con otros factores, como la estructura social, el nivel de bienestar, la distribución de la riqueza o la formación cívica y cultural. Además, no hay que dejar de lado el riesgo de incremento de la abstención, como consecuencia de la lejanía o falta de familiaridad para el elector con este tipo de procedimiento; y es que en la introducción de estos sistemas de votación es fundamental, para su éxito, que exista una razonable confianza general de la ciudadanía

5.5. Consideración final

De todo lo visto hasta aquí la conclusión que cabe extraer y que ha de preceder a todas las posteriores es que las posibilidades y los riesgos inherentes al denominado voto electrónico merecen ser objeto de un continuado y completo estudio. No cabe ignorar las ventajas que pueden derivarse de la implantación de alguno de estos sistemas de votación; pero tampoco cabe ignorar los riesgos a ellos inherentes -y especialmente los problemas de control y seguridad que plantean-, que hacen imprescindible que su introducción se haga con las máximas cautelas. Y es que la aplicación de las tecnologías de la información a uno de los momentos neurálgicos del proceso electoral, como es la emisión del voto, no puede ir en ningún caso en detrimento de los principios y valores que caracterizan a las sociedades democráticas.

Dicho lo cual, la primera cuestión que ha de plantearse es si realmente resulta necesaria la introducción de un procedimiento de voto electrónico. Hay que concretar las mejoras que dicho procedimiento supondría para el sistema electoral en su conjunto y si esos beneficios son proporcionales a los costes de las nuevas tecnologías; es decir, hay que concretar los problemas o las deficiencias del sistema a los que se pretende dar respuesta con la introducción del nuevo procedimiento de votación. En este sentido, la decisión de introducir un procedimiento de votación electrónica puede estar plenamente justificada cuando con ella se trata de solucionar una grave deficiencia del sistema (como, por ejemplo, ha ocurrido en Brasil, donde se buscaba resolver

las graves irregularidades que se producían en el escrutinio electoral y que estaban dañando la legitimidad democrática del sistema); pero requiere una mayor reflexión -desde la perspectiva antes indicada de los concretos beneficios que supone y de los costes que genera- si con ella se buscan otros objetivos, como una mayor celeridad en la obtención de los resultados o el incremento de la participación.

Es claro que el sistema electoral español no presenta, afortunadamente, esas graves anomalías y que las eventuales irregularidades que se producen en todo proceso electoral pueden resolverse de modo satisfactorio a través de los cauces ordinarios que ofrece la ley vigente. Por lo tanto, la opción por el voto electrónico requiere una previa reflexión, que en todo caso no corresponde realizar a este Consejo de Estado, sobre los concretos objetivos que persigue y sobre si esos objetivos justifican los costes derivados de su implantación. En todo caso, en este primer momento parece que debiera jugar un papel esencial la reflexión sobre la necesaria articulación de las garantías precisas para asegurar la pureza del procedimiento electoral y, sobre todo, la reflexión acerca de la percepción subjetiva que el elector tiene de dicho procedimiento. Cabría, así, hablar de una suerte de legitimidad subjetiva, que se concreta en la confianza de los votantes en el sistema electoral: en el caso de que el voto electrónico no convenciese, poco sentido tendría proceder a su implantación.

Estrechamente relacionada con las anteriores consideraciones se encuentra la cuestión relativa a la opción por una de las distintas modalidades de voto electrónico que ofrece la práctica.

Sin duda la más atractiva y la más ambiciosa es la fórmula del voto por Internet, aunque también es la que ofrece mayores problemas desde el punto de vista de la seguridad, como lo evidencia el hecho de que hasta la fecha tenga una implantación residual y que se hayan abandonado diversos proyectos para su introducción. De otra parte, la práctica demuestra que no siempre es posible llevar a sus últimas consecuencias la “no presencia”; y es que no es infrecuente que el elector que pretende ejercitar su voto a través de Internet deba acudir personalmente a la oficina electoral correspondiente para

obtener la certificación digital (de modo similar a como ocurre, por ejemplo, con el voto por correo). En fin, no hay que olvidar la dimensión económica y los elevados costes que supondría desarrollar una tecnología segura.

De ahí que parezca razonable, si se optara por introducir el voto por Internet y siempre que se contara con la tecnología precisa para asegurar el cumplimiento de las garantías electorales que establece la Constitución, que, al menos en un primer momento, dicho procedimiento de votación tenga carácter alternativo al procedimiento de voto por correo, configurándose ambos como dos opciones frente al voto en urna. Ello ha llevado a autorizada doctrina a afirmar que quizá resultara más operativo, frente a la opción del voto remoto, orientar la posibilidad de introducir algún procedimiento de votación electrónica hacia la mecanización del voto en los colegios electorales mediante algún mecanismo de urna electrónica. Una vez más, se trata de una decisión compleja que sólo puede adoptarse tras realizar los oportunos estudios.

Se enlaza así con una idea que, a juicio del Consejo de Estado, tiene la máxima relevancia y que ha sido certeramente reflejada por autorizada doctrina: la canalización de los ensayos y pruebas que se realicen han de configurarse como auténticos “proyectos de Estado”. En ellos han de participar las autoridades electorales y las principales fuerzas políticas con representación parlamentaria, pero también expertos en la materia, representantes de la ciudadanía, etc.; y esa participación ha de hacerse efectiva en las principales fases de desarrollo del modelo, introduciéndose procedimientos de validación del sistema que permitan su control y comprobación por los distintos sectores afectados. Además, hay que subrayar la conveniencia de que las herramientas tecnológicas empleadas sean propiedad de las autoridades públicas; adicionalmente, sería oportuno encomendar su diseño a más de una empresa, de manera que sólo la Administración electoral y sus técnicos dispusieran de toda la información.

Tres decisiones capitales, pues: primera, la decisión sobre la opción misma del voto electrónico; segunda, la decisión sobre una concreta modalidad de votación electrónica; tercera, la decisión sobre la puesta en marcha del

proyecto y su configuración como “proyecto de Estado”; y todas ellas con un común denominador: la salvaguarda de las mínimas garantías electorales que permitan un adecuado ejercicio del derecho de sufragio en el marco de la sociedad de la información y de los medios electrónicos, cuya intangibilidad hace especialmente delicada su aplicación a un acto personalísimo y secreto como es el de votar.

RECAPITULACION

1. Compatibilidad de las reformas con el texto de la Constitución

Como ya quedó dicho en la Introducción, el análisis de las diversas propuestas de reforma de la legislación que regula el régimen electoral general se efectúa en el presente Informe, de acuerdo con los términos de la consulta, desde la perspectiva de su compatibilidad con el actual texto de nuestra Constitución, esto es, sin tomar en cuenta la posibilidad de introducir en él reforma alguna.

Esta opción de principio por la inmutabilidad fuerza a recurrir a todos los instrumentos de la interpretación para dar acogida a algunas de las propuestas, sin lograr pese a ello soluciones plenamente satisfactorias. Es evidente, por lo demás, que este recurso a la interpretación, si bien permite mantener intacto el texto de los preceptos interpretados, puede debilitar su fuerza normativa, un riesgo que podría ser evitado con reformas simples y de puro detalle.

2. El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales

Esta necesidad de ir más allá de una interpretación literal de la Constitución se hace muy patente en el Capítulo II, consagrado al análisis de las propuestas encaminadas a extender a los inmigrantes el derecho de sufragio en las elecciones municipales.

La aceptación de esas propuestas, que pueden apoyarse tanto en textos internacionales como en la práctica seguida en la actualidad por muchos Estados de diversos continentes, no encuentra obstáculo insalvable en nuestra Constitución, cuyo artículo 13.2, que reserva a los españoles los derechos enunciados en el artículo 23, prevé explícitamente en su frase final la posibilidad de que, por tratado o ley y atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda exceptuarse de esa reserva el derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales. La precisión de que la concesión del derecho de

sufragio a los extranjeros residentes en España haya de hacerse “atendiendo a criterios de reciprocidad” impide sin embargo hacerla en los términos adecuados a las finalidades que con esa concesión se pretenden.

La exigencia de reciprocidad para conceder el voto a los extranjeros residentes impone a la libertad de acción del legislador un límite de naturaleza singular y es tal vez por ello más bien excepcional en el Derecho comparado. No se trata, como en muchos otros casos, de un límite sustantivo o procedimental, como el que le obliga, por ejemplo, a respetar el contenido esencial de los derechos o a utilizar la forma de ley orgánica para la regulación de su ejercicio. Es una limitación que en cierto sentido condiciona a la voluntad de un Estado extranjero la realización de la propia, aunque ésta se dicte con el fin de asegurar valores o conseguir objetivos que aquél no comparte e incluso puede considerar contrarios a su propio interés nacional.

El doble efecto que con la concesión a los extranjeros del derecho de sufragio se pretende conseguir, el de realizar plenamente el principio democrático y facilitar la integración de los inmigrantes en la sociedad española, no se ve impedido por el establecimiento de diferencias congruentes con la finalidad perseguida por la norma, como serían por ejemplo las derivadas del tiempo de residencia en España, o eventualmente incluso del conocimiento de nuestro idioma. No es esta sin embargo la naturaleza de las diferencias que una aplicación estricta de la reciprocidad impone por fuerza al legislador español, obligado a diferenciar el tratamiento dado a los diversos grupos de inmigrantes para acomodarlo al que los españoles reciben, o podrían recibir, en los Estados de procedencia de aquéllos. En su forma más extrema, esta interpretación del precepto constitucional, llevaría a negar el voto en las elecciones municipales a los extranjeros procedentes de Estados en los que no hay elecciones de este género, o en los que se niega a los españoles el voto en ellas, aunque sean pocos o ninguno los españoles que allí viven y muchos inmigrantes los que de allí nos vinieron.

Como es improbable, o altamente inseguro, que estas consecuencias perturbadoras puedan ser eliminadas estableciendo acuerdos basados en la

estricta reciprocidad con todos y cada uno de los Estados de origen de los extranjeros residentes en nuestro país, y sólo reformando la Constitución puede eliminarse la obligación que pesa sobre el legislador de “atender a criterios de reciprocidad” para otorgarles el derecho de sufragio, la única vía practicable para reducir en lo posible tales consecuencias es el de interpretar en términos laxos el precepto constitucional que la impone.

Esta es la vía que se sigue en el Capítulo II de este Informe. A partir de una interpretación del artículo 13.2 de la Constitución que, aunque abierta, no choca con su tenor literal, se alcanzan en él las siguientes conclusiones:

a) El reconocimiento del derecho de sufragio activo a los extranjeros residentes en España no exige necesariamente la celebración de tratado o acuerdo internacional. Basta la llamada reciprocidad legislativa, que puede consagrarse mediante la modificación del artículo 176 de la LOREG y del artículo 6 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros. De este modo, si un Estado determinado permite a los españoles ejercer el derecho de sufragio en sus elecciones locales, los nacionales de ese Estado tendrían reconocido el derecho de sufragio en las elecciones locales, sin necesidad de que se promueva y alcance la celebración de un tratado con ese Estado.

b) El reconocimiento del derecho de sufragio pasivo, del que gozan ya los ciudadanos de la Unión Europea residentes en España, debe extenderse a los ciudadanos de otros países cuando así resulte de un tratado o acuerdo internacional.

c) La reciprocidad puede apreciarse, en todo caso, en relación con aquellos Estados que reconozcan el derecho de sufragio de los españoles en sus elecciones municipales, sean cuales fueren los términos en los que tales elecciones están reguladas.

d) También debe reconocerse el derecho de sufragio a los nacionales de Estados federales o de corte federal cuando los españoles tengan reconocido

el derecho de sufragio activo en alguno de los entes territoriales que los integran. Atendiendo a criterios de reciprocidad, la convivencia en un mismo Estado (federal) de regímenes diversos permite inclinarse por la solución más favorable al reconocimiento del derecho. En todo caso, el reconocimiento del sufragio de los españoles en algunos territorios, provincias o cantones implica que el ordenamiento de ese Estado (federal) no reserva el derecho de sufragio a sus propios nacionales (aunque los extranjeros sólo lo puedan ejercer en algunas partes de su territorio).

e) La exigencia de un periodo de residencia legal y previa puede ser variable en función de la nacionalidad de los extranjeros residentes. Así, puede no exigirse periodo de residencia previa a los ciudadanos de la Unión Europea; a los nacionales de países iberoamericanos o de aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España les puede bastar un periodo de residencia previa de dos años. En los demás casos, el periodo de residencia previa podría fijarse en cinco años, salvo que mediante tratado, convenio o acuerdo, bilateral o multilateral, se fije uno menor. La conveniencia de usar de esta posibilidad de diferenciación depende del juicio sobre las consecuencias que de ella puedan seguirse en relación con el fin perseguido por la norma.

3. El sufragio de los españoles residentes en el extranjero

También en este caso, la necesidad de atenerse al marco que la Constitución ofrece en la actualidad, excluyendo toda posibilidad de reformarlo, impide acudir a las fórmulas que mejor darían respuesta a las inquietudes que alientan en las diversas propuestas de modificación del régimen hoy previsto para el ejercicio del derecho de sufragio de los españoles residentes permanentemente en el extranjero; los denominados, de manera poco afortunada, residentes ausentes. En este caso, además, la necesidad de acudir a una presunción artificiosa para cumplir con lo dispuesto en el artículo 68 de la Constitución, ha llevado a una interpretación del artículo 140 tan abierta que raya en el límite de lo constitucionalmente admisible. Como el primero de esos preceptos a la vez que impone como circunscripción electoral la provincia, ordena que la ley reconozca el derecho de sufragio de los españoles que

residen fuera del territorio nacional, el legislador se ha sentido forzado a adscribirlos ficticiamente a un municipio concreto que sea parte de una provincia determinada. Ha creado así una vecindad ficticia “a los solos efectos electorales”, en virtud de la cual se ha concedido voto a los españoles “Residentes Ausentes”, no sólo en las elecciones al Congreso de los Diputados, sino también en las elecciones locales del municipio del que ficticiamente son vecinos. Llevada a este extremo, la constitucionalidad de esta ficción puede suscitar algunas dudas, puesto que el artículo 140 de la Constitución reserva a los vecinos el derecho de elegir a los concejales y hace ya muchos años, en 1992, el Tribunal Constitucional rechazó la posibilidad de acudir a una ficción de este género para “troquelar” un concepto de ciudadanía que permitiera otorgar a los ciudadanos comunitarios residentes en España el derecho a ser elegidos concejales.

En todo caso, limitado como está el objeto de su examen a las propuestas de reforma presentadas dentro del lapso temporal ya dicho, el Consejo de Estado ha de reducirse en este punto a considerar la única concreta que sobre este punto se ha formulado, la de limitar el derecho de sufragio en las elecciones locales a aquellos residentes en el extranjero que mantengan un vínculo real con el municipio en el que pretenden ejercerlo.

La mayor parte de las iniciativas legislativas presentadas, tanto en la anterior legislatura como en la presente, se centran en los aspectos procedimentales del voto de los españoles residentes en el extranjero, y van encaminadas a la mejora de los mecanismos de ejercicio del derecho de sufragio de estos electores. Consideran inadecuado el modelo de votación por correspondencia en vigor, que pretenden relegar como procedimiento excepcional y de carácter rogado, para dar prioridad a un sistema de voto en urna en el Estado de residencia. En el plano doctrinal también se advierte una preocupación por mejorar la pureza del proceso electoral en el exterior, si bien las medidas que se plantean en aras de la consecución de este objetivo son más variadas. Donde las propuestas políticas y doctrinales coinciden plenamente es en la valoración negativa de la ausencia de regulación en nuestro Derecho de la campaña electoral para quienes se establecen fuera de

España, pues esta laguna los mantiene en una situación de inferioridad frente a los electores residentes en territorio nacional en cuanto a la recepción de información acerca de las opciones políticas que concurren a los diferentes comicios.

Tras un detenido estudio de las soluciones adoptadas para el voto de los nacionales no residentes en otros Estados de Europa y América, el Consejo de Estado ha analizado y valorado separadamente estas propuestas, que ha examinado en función de tres parámetros: el tipo de elecciones que han de estar abiertas al sufragio de los ciudadanos ausentes, la circunscripción en la que deben computarse los sufragios que emiten y los mecanismos que pueden articularse para el ejercicio de este derecho. Las conclusiones a las que ha llegado son en síntesis las siguientes:

a) Sin duda la iniciativa más ambiciosa es la que propone, para resolver estos problemas, la creación de una circunscripción electoral de españoles en el exterior, pero a juicio del Consejo de Estado es imposible atenderla sin reforma previa de la Constitución, excluida *a priori*. Quizá un resultado semejante se alcanzara, sin acudir a la reforma constitucional, mediante una modificación legal que ordenara que el cómputo de todos los votos exteriores se hiciera en una sola circunscripción provincial. Esta solución tiene algún precedente en el Derecho comparado, pero plantea, como es evidente, problemas políticos tan grandes que no parece posible considerarla como alternativa practicable.

b) Excluida esta solución, el voto de los residentes ausentes ha de computarse en las correspondientes circunscripciones provinciales, lo que crea una dificultad casi insalvable para aceptar la propuesta del voto presencial en urna. No sólo por las dificultades técnicas de su organización, sino por la difícil compatibilidad de esta solución con la necesidad de asegurar el secreto del voto y mantener las funciones que las juntas Electorales desempeñan en la Administración electoral.

c) Un perfeccionamiento sensible del sistema actual implicaría sin embargo, la introducción de un procedimiento de voto adelantado en urna en

el extranjero con escrutinio en territorio nacional, en aquellas demarcaciones consulares que cuentan con un Consejo de Residentes Españoles.

d) El sistema del voto por correspondencia, que parece indispensable mantener, aun si se introduce el voto en urna del modo que acaba de señalarse, puede perfeccionarse mediante la suscripción de convenios con los servicios extranjeros de Correos para incrementar las garantías de la personalidad del voto y la revisión de los plazos del proceso electoral para favorecer la efectividad del mismo

e) El alargamiento de la campaña electoral permitiría que la publicidad llegara con más facilidad a los electores residentes en el extranjero, especialmente a aquellos a los que se ofrece también la posibilidad de depositar personalmente su voto en urna.

f) Por último, si por razones de oportunidad se desea mantener el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales de que hoy gozan los españoles residentes en el extranjero, parece razonable atender aquellas propuestas de reforma dirigidas a restringir ese derecho a aquellos que mantienen un vínculo real con el municipio.

4. El sistema para las elecciones al Congreso de los Diputados

Las propuestas de reforma que desde distintos ámbitos se han formulado en relación con el sistema actualmente seguido para las elecciones de diputados pueden ser ordenadas, de acuerdo con su finalidad inmediata, en tres grupos distintos: las dirigidas a eliminar o reducir las diferencias de valor del voto que resultan de las diferencias demográficas existentes entre las distintas circunscripciones; las que persiguen incrementar la proporcionalidad del sistema y, por último, las que pretenden reforzar la relación entre electores y elegidos, ofreciendo a aquéllos la posibilidad de combinar las candidaturas propuestas por las diferentes listas o, al menos, de alterar el orden con el que en ellas aparecen los candidatos. Aunque distintas, las finalidades dirigidas a

mejorar la igualdad de los votos y la proporcionalidad del sistema están estrechamente relacionadas y en alguna medida se implican recíprocamente.

Estas propuestas de modificación del actual sistema no ponen en cuestión su constitucionalidad, reiteradamente afirmada por el Tribunal Constitucional y por tanto no niegan su adecuación a los principios propios del Estado democrático. Creen posible sin embargo perfeccionarlo para mejorar la calidad de nuestra democracia.

Como ya se indicó en la Introducción del presente Informe, el Consejo de Estado parte para su análisis de la validez de esa postura, que no puede ni debe someter a crítica. Es evidente que la concepción de la democracia representativa y más concretamente de la representación política, en la que implícitamente se apoyan estas propuestas no es la única posible, pero no es tarea propia de este Consejo contraponerla a otras concepciones, igualmente legítimas, desde las que tal vez se juzgue que tales propuestas son inadecuadas para mejorar la calidad de nuestra democracia, e incluso pueden dañarla.

La perspectiva en la que el Consejo de Estado ha de situarse es la que impone nuestra Constitución, especialmente la que ofrece su artículo 68, que determina el número máximo y mínimo de escaños que integran el Congreso de los Diputados, fija la duración del mandato de estos y establece que la circunscripción electoral es la provincia y que “la elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional”. El incremento en la igualdad de los votos y de la proporcionalidad del sistema no puede ir más allá de lo que ese marco permite y por tanto ha de ser logrado sólo a través de la modificación de las normas dictadas en su desarrollo.

Como es evidente que ningún sistema electoral puede asegurar una estricta igualdad en el valor de los votos, ni lograr una correspondencia perfecta entre el número de votos a favor de cada partido y el de escaños obtenidos por estos, la inequidad y la falta de proporcionalidad de nuestro sistema que las propuestas de reforma pretenden corregir han de ser

evaluadas por comparación con las que se producen en los vigentes en otros Estados democráticos.

Tras llevar a cabo esta tarea preparatoria, el Capítulo IV analiza las distintas propuestas para llegar a las siguientes conclusiones:

a) La diferencia de peso de los votos para configurar la representación nacional, o lo que es lo mismo, el diferente número de votos necesarios para la obtención de un escaño en las distintas circunscripciones, no puede ser totalmente eliminada, dado que las dimensiones de las provincias son muy distintas y que el artículo 68.2 de la Constitución impone la atribución a todas ellas de una representación mínima inicial (y por eso igual). Sólo los escaños restantes podrán ser distribuidos entre las distintas circunscripciones en proporción a su población.

b) La Constitución no establece sin embargo el número de esos escaños restantes a distribuir entre las distintas circunscripciones en proporción a su población, que es producto de la LOREG que lo determina al asignar una representación mínima inicial de dos Diputados a cada provincia y fijar en trescientos cincuenta el número de escaños del Congreso de los Diputados.

c) Como consecuencia de esta decisión legislativa, que limita a doscientos cuarenta y ocho el número de escaños a distribuir entre las provincias en proporción a su población hay grandes diferencias en el número de votos necesarios para la atribución de un escaño en las distintas circunscripciones.

d) Una corrección mayor o menor de estas inequidades dentro del marco constitucional se lograría reformando, conjunta o separadamente, los preceptos legislativos que contribuyen a acentuarla más allá de lo que de ese marco resulta. Esto podría conseguirse reduciendo a un escaño el mínimo asignado a cada provincia y elevando el número de los que componen el Congreso. Como es obvio, la mayor corrección resultaría de la conjunción de ambas reformas.

e) El marco que el artículo 68 de la Constitución establece para las elecciones al Congreso de los Diputados incluye el mandato de que la elección se verifique en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional. Como es esta misma división del territorio nacional en circunscripciones de muy distinta dimensión uno de los factores que obstaculizan la consecución de una estricta correspondencia entre el número de votos y el número de escaños, no cabe deducir de la Constitución, como el Tribunal Constitucional ha recordado, un mandato al legislador de maximizar la proporcionalidad del sistema

f) Es, sin embargo, legítimo entender que los criterios de representación proporcional a que alude el artículo 68.3 de la Constitución no se agotan en la aplicación de una fórmula de escrutinio de esta naturaleza y deben considerarse como una directriz constitucional que aconseja corregir las quiebras de proporcionalidad que impliquen una desviación de la igualdad de oportunidades de los partidos políticos y de los electores que los votan. Desviaciones de este género serían, por ejemplo, las que resultan de la prima de la que, como consecuencia del sistema electoral vigente, se benefician los partidos más votados, o derivan de la desigual implantación territorial de los distintos partidos.

g) Las medidas antes sugeridas para reducir las diferencias actualmente existentes en el peso de los votos en las distintas circunscripciones pueden contribuir en alguna medida a incrementar la proporcionalidad total del sistema, al ajustar más la relación entre el número de votos y el de escaños a atribuir. También puede facilitar la distribución proporcional de escaños dentro de cada circunscripción, aunque no cabe ignorar que se apartarán aun más de la proporcionalidad en las provincias poco pobladas.

h) Las desviaciones respecto de la proporcionalidad son también consecuencia en cierta medida del método D'Hondt acogido por la LOREG para la asignación de escaños a las listas concurrentes y se reducirían si dicho método fuese sustituido por otro que, como el Hare, aportan un mayor grado de proporcionalidad.

i) Es poco probable que ninguna de estas reformas produzca una reducción mínimamente significativa de las diferencias que respecto de la relación entre número de votos y número de escaños se dan entre los partidos que presentan candidaturas en muchas circunscripciones y aquellos otros que lo hacen sólo en aquellas en las que se concentra su apoyo electoral.

Estas diferencias son consecuencia de la heterogeneidad estructural de nuestro sistema de partidos, en el que coexisten partidos de ámbito nacional con otros de ámbito territorial más limitado, no producto del sistema electoral. La única reforma de éste que podría aminorar esas diferencias sería la de eliminar las circunscripciones territoriales, pero esa reforma, que es constitucionalmente imposible y que a juicio del Consejo de Estado podría debilitar gravemente la estabilidad gubernamental, uno de los aspectos más positivos de nuestro sistema político, no ha sido demandada por nadie.

Al margen de esta reforma indeseada, indeseable e imposible, las diferencias entre los partidos que resultan de su muy distinta implantación territorial, podrían reducirse mediante una reforma legislativa que, sin afectar a la división del territorio en circunscripciones electorales, permitiese que para la asignación de algunos escaños se tomase en cuenta el número total de votos obtenidos en todas ellas.

La propuesta más articulada en este sentido es la de que los restos sobrantes a nivel provincial, es decir, los votos que, en cada una de las circunscripciones, no han dado lugar a la asignación de un escaño a la correspondiente lista, se computen conjuntamente a nivel estatal para atribuir escaños adicionales a las candidaturas perjudicadas por la desigual relación entre número de votos y número de escaños. Aunque esta propuesta ha sido tachada de inconstitucional, entiende el Consejo de Estado que a partir de una interpretación laxa del artículo 68 de la Constitución cabe defender su adecuación a ella, puesto que la provincia seguiría siendo la única circunscripción electoral y sólo los votos sobrantes tras el escrutinio provincial podrían utilizarse para tal cometido.

Es evidente que, salvada su constitucionalidad, la puesta en práctica de una reforma de este género, ofrece dificultades técnicas muy considerables, en cuyo detalle es imposible entrar puesto que están en función de cuál sea la fórmula acogida para determinar el criterio de lo que debe entenderse por votos sobrantes, el número de escaños a asignar en cómputo global y el modo de asignarlos a las distintas fuerzas políticas.

j) Las modificaciones en el número de escaños obtenidos por los distintos partidos a consecuencia de la aplicación de las reformas consideradas, son las que se ofrecen en las diferentes tablas incorporadas a este Informe. Esas modificaciones, de no mucha entidad, han sido calculadas a partir de simulaciones, esto es, aplicando la reforma a los votos obtenidos por los distintos partidos en elecciones anteriores. Junto a este efecto que a veces se denomina mecánico, la reforma electoral produce otros, más profundos, que suelen denominarse psicológicos, en cuanto que resultan de las modificaciones que la reforma induce en la orientación del voto ciudadano.

Es difícil predecir al alcance psicológico que las reformas del sistema electoral para el Congreso de los Diputados podrían tener, pero aunque la relación entre sistema electoral y sistema de partidos no es lineal, es evidente que la reforma de aquél afectará también a éste.

No cabe afirmar que el actual sistema de partidos, elemento esencial del sistema político, sea producto del sistema electoral vigente, pero tampoco es posible negar que éste ha contribuido a la afirmación de nuestro sistema de bipartidismo imperfecto que ha dado lugar a una muy firme estabilidad gubernamental, la mayor de nuestra historia y destacada también en comparación con la lograda en otros Estados democráticos cuyo sistema electoral se basa en la representación proporcional. Es obvio que para juzgar sobre la oportunidad de las reformas propuestas se ha de atender no sólo a su idoneidad para asegurar la igualdad de los votos o incrementar la proporcionalidad total del sistema, sino también a la incidencia que, a través de los cambios inducidos en el sistema de partidos, podrían tener esas reformas sobre la gobernabilidad del Estado.

k) Un tercer grupo de propuestas de reforma es el constituido, como ya se señaló, por aquellas que tienen como finalidad reforzar el poder de los electores para designar los candidatos concretos a favor de los que depositan el voto.

La aceptación de estas propuestas, que no sorprendentemente provienen más del ámbito académico o de intelectuales públicos que de los partidos políticos, implicaría el cambio en el sistema de listas cerradas y bloqueadas, imperante desde 1977. Un cambio que aproximaría nuestro sistema al hoy vigente en la inmensa mayoría de los ordenamientos europeos y que probablemente tendría efectos beneficiosos en la medida en la que sirve para fomentar la participación política de los ciudadanos y una mayor implicación de éstos en el funcionamiento democrático de las instituciones.

No parece aconsejable, sin embargo, llevar estas reformas hasta el punto de sustituir el sistema de listas cerradas por el de listas abiertas, en el que el ciudadano puede confeccionar sus propias papeletas de voto combinando en ellas nombres procedentes de las diferentes listas de partido. Si el ciudadano no hace uso de esa posibilidad, como ya sucede por lo común en las elecciones al Senado, la reforma es inútil; si hace uso de ella, la reforma puede generar alguna complejidad añadida para la formación del gobierno.

No tiene efectos perjudiciales de este género el simple desbloqueo de las candidaturas electorales, por ejemplo mediante el mecanismo denominado de voto preferencial ya utilizado en otros países que cuentan con sistemas electorales proporcionales y que con él se alcanza, por el contrario, el efecto muy beneficioso de acomodar mejor el resultado de las elecciones a la voluntad concreta de los votantes. Es cierto sin embargo que esta reforma, al hacer los partidos políticos más permeables a las tendencias dominantes en la opinión, puede generar en el seno de aquéllos tensiones que dificulten la unidad de acción.

5. La circunscripción electoral en las elecciones al Parlamento Europeo

Todas las propuestas de reforma formuladas en relación con este tema proponen la sustitución del sistema actual de circunscripción única por otro en el que el territorio nacional quede dividido en una pluralidad de circunscripciones. Los objetivos que con ellas se pretende conseguir son, de una parte, el de establecer entre electores y elegidos una relación más estrecha y, de otra y sobre todo, el de lograr que la representación de España en el Parlamento Europeo refleje la división del territorio español en Comunidades Autónomas.

Las fórmulas que las distintas propuestas sugieren para alcanzar estos fines son muy variadas. Unas se limitan a la división del territorio nacional en diecinueve circunscripciones distintas, coincidentes cada una de ellas con una Comunidad o Ciudad Autónoma. Para evitar algunos de los inconvenientes de esa fórmula simple, otras ofrecen fórmulas más elaboradas que aseguran a todas las Comunidades Autónomas un número mínimo de escaños, o prescinden de la correspondencia biunívoca entre circunscripción electoral y Comunidad Autónoma. Es obvio sin embargo que en cualquiera de sus formas, estas propuestas implican una reducción notable de la proporcionalidad del sistema y en algunas incluso su total eliminación.

Dado que el sistema actual y el que resultaría de la aceptación de esas propuestas se adecuan perfectamente tanto al marco constitucional español como a la normativa europea, no son razones jurídicas, sino estrictamente políticas, las que han de tomarse en consideración al valorar las propuestas de reforma. Si el objetivo primordial es el de lograr la mayor proporcionalidad y potenciar el pluralismo político, la valoración ha de ser negativa. Si, por el contrario, la prioridad política es la de alcanzar los objetivos que las propuestas de reforma persiguen, éstas no pueden ser rechazadas *a priori*, sino valoradas en función de su mayor o menor idoneidad para conseguirlos, teniendo en cuenta los inconvenientes políticos u organizativos que su puesta en práctica entrañaría.

Antes de entrar en el análisis de las distintas propuestas, el Informe revisa con detalle las soluciones adoptadas en los restantes Estados miembros de la Unión, la mayoría de los cuales (veinte de los veintisiete) han optado por la circunscripción única, de manera que son minoría los que han dividido el territorio nacional en varias circunscripciones. Algunos de ellos tienen forma federal o regional (así Alemania, Bélgica, Italia y el Reino Unido), en tanto que la forma de otros es la unitaria con un grado mayor o menor de descentralización administrativa (así Francia, Polonia e Irlanda). Hay también un Estado federal (Austria) entre los que tienen una circunscripción electoral única y, entre los Estados federales o regionales que cuentan con una pluralidad de circunscripciones, éstas no coinciden en todos los casos con los entes territoriales dotados de poder político propio, por lo que se impone la conclusión de que la organización territorial del poder del Estado no es factor determinante en la forma de organizar las elecciones al Parlamento Europeo, aunque sin duda también puede influir en ella. Una conclusión que se ve fortalecida por el hecho de que, al menos en dos de los Estados de estructura compuesta que han optado por la pluralidad de circunscripciones (Alemania e Italia), ésta entra en juego sólo en segundo término, una vez operada la atribución de escaños a los distintos partidos en proporción a los votos obtenidos por cada uno de ellos a nivel nacional.

En este marco de referencia, las conclusiones a las que se llega tras un minucioso análisis de las distintas propuestas son las siguientes:

a) La división del territorio nacional en circunscripciones que se correspondieran con las Comunidades y Ciudades Autónomas destruiría totalmente la proporcionalidad del sistema, que operaría como mayoritario en la mayor parte de ellas y privaría de representación en el Parlamento Europeo a partidos que, aunque relativamente pequeños, cuentan con un apoyo electoral sustancial, pero no centrado en Comunidades Autónomas determinadas.

b) Este efecto destructor de la proporcionalidad es probablemente menor en aquellas propuestas que pretenden que sólo se constituyan como circunscripciones electorales distintas las que se corresponden con

comunidades “históricas”, o que hacen depender esa constitución de la voluntad del respectivo Parlamento en aquellas Comunidades que reúnen determinadas características. Es obvio sin embargo que estas propuestas, que no salvan todos los inconvenientes de las consideradas en el punto anterior, especialmente en relación con los partidos pequeños, presentan otros muy acusados. Establecen entre las Comunidades Autónomas diferencias de difícil justificación y dejan en manos de algunas de ellas la definición de un elemento esencial en el régimen electoral general.

c) En apariencia no adolece de los mismos defectos la propuesta de dividir el territorio nacional en un número reducido de circunscripciones que por su tamaño permitan la proporcionalidad del sistema. Esa división a efectos puramente electorales fuerza sin embargo a incluir a varias Comunidades Autónomas en una misma circunscripción, cuando las dimensiones de cada una de ellas no alcancen el mínimo de población del que se ha partido. Esta inclusión forzada de varias Comunidades en una misma circunscripción, además de ser contradictoria con la finalidad perseguida de proyectar en la representación de España en el Parlamento Europeo la estructura territorial del Estado, que resultaría distorsionada por las diferencias de población, obligaría a reformas profundas de organización y procedimiento y a crear una administración electoral *ad hoc*.

d) Problemas organizativos idénticos o análogos plantea la propuesta de introducir un sistema de dos niveles, semejante al utilizado en Alemania, en el que se hiciera una primera atribución de escaños a escala nacional y por tanto ajustándose estrictamente a la proporcionalidad, para distribuir después los escaños atribuidos a cada partido entre las distintas Comunidades Autónomas, en función del número de votos obtenidos en ellas por esos partidos. Este sistema es sin duda el único que logra una conciliación razonable entre las dos finalidades contrapuestas de asegurar a la vez la proporcionalidad del sistema y el reflejo en él de la organización territorial del poder. No cabe ignorar sin embargo que, además de obligar a reformas considerables en la organización electoral, incluido el régimen del contencioso electoral, tiene una considerable

complejidad intrínseca y es dudoso que lleve a resultados muy distintos de los que produce el sistema basado en una circunscripción única de nivel nacional.

6. La elección de los alcaldes

Las diversas propuestas, políticas o doctrinales, en torno a este tema, aunque proponen distintas fórmulas para alcanzarla, tienen como finalidad declarada la de fortalecer la representatividad y, con ello, la autoridad de los alcaldes, asegurando así la estabilidad y eficacia del gobierno municipal.

Como marco adecuado para llevar a cabo el análisis y valoración de esas propuestas, el Informe ofrece una breve síntesis de nuestro derecho histórico, del Derecho comparado más relevante y de la legislación vigente, que prevé la existencia de diversos sistemas de gobierno municipal.

Así establecido el marco de referencia, el análisis de las propuestas lleva a las conclusiones siguientes:

a) Las fórmulas propuestas para la elección de alcaldes son muy variadas pero todas ellas implican de una u otra forma la sustitución del sistema de representación proporcional por un sistema mayoritario, o cuando menos la introducción de elementos mayoritarios en el sistema proporcional. Todas esas fórmulas, como otras semejantes utilizadas en países de nuestro entorno, son constitucionalmente posibles y por tanto cabe acogerlas sin reforma de la Constitución. Es razonable pensar también que el sistema mayoritario que en ellas se propone para la elección de los alcaldes puede reformar la autoridad de éstos en el seno de la corporación municipal.

b) La conveniencia de acoger o no tales propuestas ha de analizarse desde dos perspectivas distintas: la de la estructura básica del sistema de la representación vigente en los distintos niveles de gobierno en nuestro país y la de las consecuencias que su acogimiento produciría en el sistema de gobierno municipal.

c) La elección de los integrantes de todos los órganos representativos se viene haciendo hasta ahora de acuerdo con el sistema de representación proporcional y esta homogeneidad desaparecería con la introducción de un sistema de representación mayoritaria a nivel local, al menos en lo que toca a la elección de los alcaldes. La heterogeneidad de los regímenes electorales para los diferentes ámbitos territoriales de gobierno no carece de precedentes en el Derecho comparado. Buen ejemplo de ello lo ofrece la reciente tendencia alemana hacia la implantación de sistemas mayoritarios de elección local. Italia, por su parte, paradigma en otro tiempo del sistema proporcional, ha avanzado decididamente hacia un sistema mayoritario en los niveles regional y local. Con todo, no cabe olvidar que los intentos de mejora en otros aspectos de nuestro régimen electoral general van precisamente encaminados a un refuerzo de la proporcionalidad.

d) Más relevante para el análisis es la segunda de las perspectivas apuntadas, pues es obvio que el cambio en la forma de elección de alcalde afecta profundamente al sistema de gobierno municipal. Un sistema que en la vigente legislación aparece diferenciado en razón de la dimensión demográfica del respectivo municipio. De acuerdo con la argumentación utilizada para sostenerlas, las distintas propuestas de reforma parecen referidas, todas ellas, a la elección de alcalde, en los municipios de régimen común, así como en los llamados municipios de gran población.

e) Tanto en los municipios de régimen común, como, de forma muy especial, en los de gran población, la forma de gobierno responde al modelo parlamentario, muy decididamente impulsado por la Ley 57/2003. De acuerdo con tal modelo, el ejercicio de las competencias municipales aparece dividido entre un poder ejecutivo fuerte, integrado por el alcalde y la Junta de Gobierno, y un órgano con facultades normativas y de control, el Pleno, que elige al alcalde y puede determinar su cese al retirarle la confianza.

f) Es evidente que la modificación del sistema de elección del alcalde, en cualquiera de las formas propuestas, obligaría a rediseñar este sistema de gobierno para aproximarlos al que es propio del presidencialismo. La elección

directa del alcalde no es compatible con su dependencia de la confianza del pleno, y este debilitamiento de las facultades de control de que dispone actualmente el Pleno lo reduciría a la insignificancia si no fuese equilibrado por el robustecimiento de su poder en el ejercicio de otras competencias.

7. Reformas de organización y procedimiento

El último capítulo del Informe está consagrado al análisis y valoración de algunas propuestas de reforma que tienen por objeto puntos muy concretos de la regulación vigente. De entre las muchas propuestas de este género que pueden encontrarse tanto en el debate académico como en el político, el Consejo de Estado ha seleccionado aquellas que además de haber recibido un firme apoyo en alguno de estos dos ámbitos o en los dos, tienen mayor interés para la práctica. Afectan en concreto al procedimiento de formación y revisión del censo electoral, a la prohibición de publicación y difusión de encuestas en los últimos días de la campaña electoral, a la llamada publicidad institucional, a algunos aspectos muy determinados de la propaganda electoral y, por último, a la introducción del sistema de voto electrónico.

Para llevar a cabo el análisis y valoración de las mencionadas propuestas, el Consejo de Estado se ha apoyado tanto en la jurisprudencia constitucional como en la doctrina derivada de las resoluciones y acuerdos de la Junta Electoral Central.

La pluralidad y diversidad de los temas tratados en este capítulo final hacen imposible ofrecer una visión sintética como la que en esta Recapitulación se ha intentado hacer en relación con los anteriores.

En general, el Consejo de Estado sostiene que todas las propuestas examinadas han de ser objeto de atención y que, aunque con matices, todas ellas serían útiles para corregir defectos del régimen electoral vigente. En lo que afecta al voto electrónico, el Consejo entiende, sin embargo, que es necesario continuar durante más tiempo el estudio preparatorio y la aplicación experimental que debe llevarse a cabo a través de proyectos diseñados y

realizados, con participación de todas las fuerzas políticas, como “proyectos de Estado”.

Madrid, 24 de febrero de 2009
EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA PRIMERA DEL GOBIERNO Y
MINISTRA DE LA PRESIDENCIA.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<u>INTRODUCCIÓN</u>	2
I. MARCO GENERAL DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA CONSTITUCIÓN	10
1. La Constitución como marco de la participación política.....	10
2. El derecho de sufragio	13
2.1. Ámbito	14
2.2. Titularidad.....	15
2.3. Contenido.....	16
2.4. Tutela: el recurso de amparo electoral.....	18
3. Delimitación de competencias en materia de legislación electoral. La noción de régimen electoral general	19
3.1. Las expresiones empleadas por la Constitución	19
3.2. La jurisprudencia constitucional y la LOREG.....	21
a) Alcance de las expresiones: “régimen electoral general” y “ley electoral”	
b) Determinación de las “condiciones básicas”: ámbito y límites del título competencial del art. 149.1.1ª de la Constitución	
3.3. Referencia a los regímenes electorales “especiales y particulares”. Estatutos de Autonomía y legislación electoral autonómica	27
II. EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LOS EXTRANJEROS EN LAS ELECCIONES MUNICIPALES	30
1. Iniciativas de reforma y situación actual	30
1.1 Iniciativas de reforma	30
1.2. Régimen vigente	33

a) <i>Régimen electoral</i>	
b) <i>Régimen de extranjería</i>	
1.3. Situación actual	37
2. Los fundamentos de una extensión del derecho de sufragio	40
2.1. Razones político-jurídicas	40
a) <i>Democracia e integración</i>	
b) <i>Extranjeros y derechos fundamentales</i>	
c) <i>Disociación entre nacionalidad y ciudadanía</i>	
2.2. Derecho europeo e instrumentos internacionales	47
3. La situación en Derecho comparado	51
3.1. Panorama general de Derecho comparado	51
a) <i>Reserva a los nacionales del derecho de sufragio</i>	
b) <i>Derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales</i>	
c) <i>Derecho de sufragio de los extranjeros en otras elecciones</i>	
3.2. Tendencias del Derecho comparado	59
a) <i>Expansión del reconocimiento del derecho de sufragio</i>	
b) <i>Reconocimiento limitado y condicionado</i>	
c) <i>El caso de la Unión Europea</i>	
4. Condicionamientos constitucionales: la reciprocidad.....	62
4.1. La reciprocidad en general: sentido y evolución	64
a) <i>El sentido de la reciprocidad</i>	
b) <i>Evolución del principio de reciprocidad</i>	
c) <i>Otros casos de reciprocidad en Derecho español</i>	
4.2. La reciprocidad en el artículo 13.2 de la Constitución ...	69
a) <i>Origen del artículo 13.2</i>	
b) <i>Objeto de la reciprocidad</i>	
c) <i>Alcance de la reciprocidad</i>	
d) <i>Estructura del artículo 13.2: distintas posibilidades de desarrollo normativo</i>	
e) <i>Conexión del artículo 13.2 con el artículo 140 de la Constitución</i>	
5. Consideraciones finales	75

5.1. Articulación normativa	75
5.2. La concreción de la reciprocidad	77
5.3. Alcance objetivo de la extensión del derecho de sufragio	80
5.4. Alcance subjetivo de la extensión del derecho de sufragio	81
III. EL VOTO DE LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTERIOR.....	84
1. Derecho español	86
1.1. La emigración en el Derecho español	86
1.2. El derecho de sufragio de los residentes en el extranjero	89
<i>a) La inscripción en el CERA</i>	
<i>b) El procedimiento de votación de los residentes en el extranjero</i>	
<i>c) El ejercicio del voto por los españoles temporalmente ausentes</i>	
<i>d) La regulación del derecho de sufragio en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior</i>	
2. Derecho comparado	98
2.1. Algunos ejemplos concretos	99
2.2. Síntesis comparativa	113
3. Posibles reformas en el modelo español	116
3.1. Los residentes en el exterior y las elecciones municipales	117
3.2. La circunscripción de cómputo de los votos en el exterior	126
3.3. El ejercicio del sufragio por los ciudadanos ausentes	130
3.4. Consideraciones finales	141
IV. EL SISTEMA ELECTORAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS ..	145
1. Elementos del sistema electoral	146

1.1. Estructura del voto	146
1.2. Magnitud de la circunscripción	147
<i>a) Composición de la Cámara</i>	
<i>b) Tipo de circunscripción electoral</i>	
<i>c) Criterio de distribución de escaños</i>	
1.3. Fórmula de escrutinio	151
2. Ámbito de las reformas propuestas	154
2.1. Desigualdades en la distribución y atribución de escaños	155
2.2 Restricciones a la libertad de elección de los votantes	158
3. Examen de las reformas propuestas	158
3.1. Mejora de la igualdad de voto de los ciudadanos: distribución de escaños entre circunscripciones y grado de proporcionalidad del sistema	159
<i>a) Significado del principio de igualdad de sufragio: de la igualdad del derecho a la igualdad del poder de voto</i>	
<i>b) Igualdad en la distribución de escaños entre circunscripciones</i>	
<i>c) Igualdad en la atribución de escaños a las candidaturas en función de los resultados electorales</i>	
3.2. Mejora de la participación política de los electores: la cuestión de las listas cerradas y bloqueadas	200
<i>a) Sistemas de personalización del voto en el Derecho comparado</i>	
<i>b) Examen crítico del sistema español</i>	
4. Consideraciones finales	207
V. LA CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL EN LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO	212

1. El marco normativo europeo	215
1.1. Principios comunes	215
1.2. La circunscripción electoral	219
2. Breve referencia al Derecho comparado	222
2.1. Los Estados que tienen división en circunscripciones	224
2.2. Conclusiones	231
3. El caso español	232
3.1. La regulación vigente: los artículos 210 y siguientes de la LOREG	232
3.2. Algunas propuestas de reforma: ventajas y desventajas... ..	234
4. Consideraciones finales	241
VI. LA ELECCIÓN DE LOS ALCALDES	243
1. Punto de partida. Propuestas de reforma	243
2. Breve reseña histórica y marco constitucional	244
3. La regulación vigente. Elección de alcalde y sistema de gobierno local	248
3.1. Sistemas electorales municipales y formas de elección de alcalde	248
a) <i>Sistema electoral en los municipios de más de 250 habitantes</i>	
b) <i>Sistema electoral en los municipios con población comprendida entre 100 y 250 habitantes</i>	
c) <i>Sistema de concejo abierto</i>	
d) <i>Régimen electoral de entidades de ámbito inferior al municipio</i>	
3.2. Caracterización general del sistema de gobierno local y posición del alcalde	252
4. Derecho comparado	256
5. Consideraciones finales	265

VII. OTRAS CUESTIONES	272
1. Introducción	272
2. El fraude en la inscripción censal electoral	273
2.1. Censo electoral y padrón municipal de habitantes. Las medidas de garantía de una correcta confección del padrón... ..	274
2.2. La Oficina del Censo Electoral y la formación del censo electoral. Reclamaciones sobre datos censales fuera del período electoral	280
2.3. Rectificación del censo en período electoral y revisión jurisdiccional de errores censales	284
2.4. Consideraciones finales	289
3. La prohibición de la publicación y difusión de encuestas electorales	293
3.1. Derecho comparado	294
3.2. Las razones que aconsejan la supresión de la prohibición	296
3.3. Consideraciones finales. Posibles medidas a adoptar	302
4. Campaña institucional y aspectos publicitarios de la campaña electoral	304
4.1. Campañas institucionales	306
<i>a) La regulación de la LOREG</i>	
<i>b) Referencia al régimen general de la publicidad institucional</i>	
4.2. Otros aspectos publicitarios	317
<i>a) La subvención por el envío de sobres y papeletas electorales</i>	
<i>b) La distribución de espacios gratuitos en medios de titularidad pública y la difusión publicitaria en medios de titularidad privada</i>	
4.3. Recapitulación y consideraciones finales	321

5. La posible implantación del voto electrónico	324
5.1. Concepto y modalidades	324
5.2. Derecho comparado	327
5.3. El voto electrónico en España	336
5.4. Factores a considerar en la valoración de los sistemas de voto electrónicos	341
5.5. Consideración final	347
<u>RECAPITULACIÓN</u>	351
1. Compatibilidad de las reformas con el texto de la Constitución	351
2. El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales	351
3. El sufragio de los españoles residentes en el extranjero	354
4. El sistema para las elecciones al Congreso de los Diputados	357
5. La circunscripción electoral en las elecciones al Parlamento Europeo	364
6. La elección de los alcaldes	367
7. Reformas de organización y procedimiento	369

ANEXO I. PROPUESTAS DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS Y DE PARTIDOS POLÍTICOS RELATIVAS A LA REFORMA DE LA LOREG

ANEXO II. INFORME SOBRE LA REFORMA DEL SISTEMA ELECTORAL

José Ramón Montero y Pedro Riera