

Temas selectos de
Derecho Electoral



Análisis comparado México-España de los derechos político-electorales

María Elena Rebato Peño



TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación

Temas selectos de **10**
Derecho Electoral

**Análisis comparado
México-España
de los derechos
político-electorales**

María Elena REBATO PEÑO

342.2
R547a

Rebato Peño, María Elena.

Análisis comparado México - España de los derechos político-
electorales / María Elena Rebato Peño. -- México : Tribunal
Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

63 p.-- (Serie Temas selectos de Derecho Electoral; 10)

ISBN 978-607-7599-64-7

1. Derechos políticos – México. 2. Derechos electorales –
México. 3. Derechos políticos – España. 4. Derechos electo-
rales – España. 5. Derecho comparado. I. Serie.

SERIE TEMAS SELECTOS DE DERECHO ELECTORAL

DR. 2010 © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero núm. 5000, Colonia CTM Culhuacán,
Delegación Coyoacán, México, D.F., C.P. 04480,
Tels. 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinador de la serie: Dr. Enrique Ochoa Reza,
Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral.
Edición: Coordinación de Comunicación Social.

Las opiniones expresadas en el presente número son responsabilidad
exclusiva del autor.

ISBN 978-607-7599-64-7

Impreso en México

DIRECTORIO

Sala Superior

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa
Presidenta

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado José Alejandro Luna Ramos

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico y Editorial

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Dra. Karina Mariela Ansolabehere Sesti

Dr. Álvaro Arreola Ayala

Dr. Lorenzo Córdova Vianello

Dr. Rafael Estrada Michel

Dr. Ruperto Patiño Manffer

Secretarios Técnicos

Dr. Enrique Ochoa Reza

Lic. Octavio Mayén Mena

PRESENTACIÓN

Diversos teóricos y filósofos de la política han reflexionado sobre las condiciones mínimas para que un régimen político pueda considerarse democrático. Entre esas condiciones generalmente se mencionan elementos como el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos o la existencia de elecciones periódicas, competitivas y transparentes.

Sin embargo, y como es obvio, esas condiciones se plasman de manera diferente en distintos contextos nacionales, dependiendo de particularidades culturales, históricas y económicas. El análisis comparado se convierte entonces en una herramienta que permite evaluar la manera como operan diferentes democracias del mundo, identificar sus debilidades y fortalezas.

En esta entrega de la serie *Temas selectos de Derechos Electoral*, la doctora María Elena Rebato Peño realiza un análisis comparado entre los ordenamientos jurídicos de España y de México, tomando como punto de referencia el tema de los derechos político-electorales de los ciudadanos.

Con la idea de ofrecer una base conceptual mínima, la doctora Rebato reflexiona acerca de la naturaleza de los derechos políticos y el camino que debieron andar para ser incorporados al derecho positivo en el circuito internacional de los derechos humanos. La autora refiere, en un primer apartado, los instrumentos internacionales suscritos y ratificados tanto por el gobierno español como por el mexicano, así como la protección supranacional que existe del derecho de sufragio activo y pasivo. Este último será un tema sobre el que volverá reiteradamente a lo largo de su exposición.

En una segunda sección, la autora describe con detalle la naturaleza y características del derecho al sufragio, y explica los requisitos para ejercer la titularidad del mismo, tales como la mayoría de edad o la nacionalidad.

El tercer capítulo da cuenta de las similitudes y diferencias que presentan los sistemas legales español y mexicano respecto al reconocimiento del derecho al voto pasivo, es decir, del derecho a ser votado para acceder a cargos públicos representativos. En este punto la autora aborda cuestiones tales como quiénes pueden ejercer la titularidad de tal derecho y en qué posición se encuentran los extranjeros respecto al mismo. Enumera los criterios de inelegibilidad en uno y otro esquema legal y cuestiona la restricción existente a las candidaturas independientes en el caso mexicano.

La reflexión de Rebato Peño no sólo aporta a la discusión propiamente académica, sino que plantea propuestas concretas para mejorar la regulación del derecho al sufragio en el ordenamiento mexicano en dos aspectos torales: “el estricto entendimiento del binomio nacionalidad y titularidad de derechos políticos y el monopolio exclusivo de los partidos políticos en la contienda electoral”.

A lo largo de estas páginas, el lector no sólo identificará algunas similitudes existentes entre los marcos legales que regulan el sistema electoral de México y España, sino que ubicará aspectos de la experiencia española que podrían servir de referentes para repensar nuestro propio diseño normativo.

*Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

ANÁLISIS COMPARADO MÉXICO-ESPAÑA DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES

*María Elena
Rebato Peño*

*Profesora Titular de Derecho
Constitucional de la Universidad
de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: I. Introducción; II. Naturaleza de los derechos políticos y su recepción en los textos internacionales; III. Derecho de voto en los estados democráticos; IV. Derecho de acceso a los cargos públicos representativos; V. Conclusiones, VI. Fuentes consultadas.

Para aquellos amigos mexicanos (ellos saben quiénes son), que me enseñaron a comprender el auténtico significado de los derechos políticos en su país.

RESUMEN

El presente estudio realiza un análisis comparado de los derechos político-electorales en el ordenamiento jurídico mexicano y en el español. Para ello se parte del conocimiento de la naturaleza de los mismos y su recepción en los textos internacionales. Una vez considerados como auténticos derechos humanos, se irán analizando la vertiente activa y pasiva del derecho político por excelencia

—el derecho de sufragio— poniendo de manifiesto los problemas más relevantes que en ambos ordenamientos se presentan en relación con su titularidad y ejercicio.

I. INTRODUCCIÓN

La última reforma de la legislación electoral mexicana 2007-2008, sigue avanzando en la línea iniciada por el Estado mexicano desde hace más de 10 años, en la garantía de un sistema político basado en procedimientos electorales que garanticen la competitividad, el pluralismo y la transparencia e independencia de los métodos de supervisión electoral. Así lo ha reconocido también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, con la presente investigación quedará de manifiesto que aún es necesario dar algunos pasos más para garantizar que la pluralidad política, social y cultural que caracteriza a México hoy en día, pueda hacerse efectiva en una contienda electoral, al margen de partidos políticos determinados; y sobre todo conseguir que las constituciones de los distintos estados de la república mexicana reconozcan de forma explícita la garantía de los derechos de participación política, al margen del reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo que se encuentra presente en todas ellas, en consonancia con la Constitución Federal.

Es pues en este contexto, en el que creemos sumamente pertinente realizar un estudio comparativo de los derechos políticos y de participación política entre los ordenamientos mexicano y español. El punto de partida lo constituirá la recepción de los mismos en textos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otros.

Sólo a partir del entendimiento de estos derechos como derechos humanos que tienen por finalidad proteger la participación de

los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos y, por tanto, íntimamente ligados al funcionamiento de las instituciones democráticas, puede comprenderse la importancia de los mismos.

El ciudadano no será en este ámbito un sujeto pasivo sino activo, que ejerce su libertad participando en la expresión de opciones plurales, de la voluntad general o participando en los asuntos públicos. Una participación que se ejerce a través de la representación política, dado que los sistemas democráticos actuales son sistemas democráticos representativos, pese a que siguen manteniendo el reconocimiento de algunas instituciones de democracia directa como el referéndum, o la iniciativa legislativa popular a nivel constitucional. Por ello, se hace necesario afirmar el binomio sufragio y representación.

Tal y como afirmaba Kart Loewenstein, “la invención o descubrimiento de la representación ha sido tan decisiva para el desarrollo político de Occidente y el mundo, como ha sido para el desarrollo técnico de la humanidad la invención de la electricidad, el motor de explosión o la fuerza atómica”.

En la actualidad, los titulares de la soberanía —los ciudadanos— no ejercen directamente la misma, sino que lo hacen a través de sus representantes. A su vez, éstos utilizan como cauce o vehículo principal, pero no exclusivo (las agrupaciones de electores en la legislación electoral española son un ejemplo) a los partidos políticos para concurrir a un proceso electoral.

Llegamos así al estudio de los derechos nucleares de participación en asuntos públicos, es decir al derecho a votar, a elegir los representantes y también el derecho a ser votado, reconocidos en los textos constitucionales español (artículo 23 CE) y mexicano (artículos 35, 36 y 41). Se realizará un análisis de los distintos aspectos de ambos derechos, titulares, contenido y ámbito protegido fundamentalmente, de forma comparada y destacando aquellos aspectos más problemáticos.

II. NATURALEZA DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y SU RECEPCIÓN EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

Comenzar un artículo de esta índole repasando las distintas clasificaciones que se han realizado de los derechos humanos a lo largo de la historia para intentar definir la auténtica naturaleza de los derechos políticos, quizá no nos conduciría más que a la conclusión de que con la expresión “derechos políticos” suele designarse a aquellos derechos fundamentales que tienen por finalidad proteger la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos y, en consecuencia, éstos estarán relacionados íntimamente con el funcionamiento de las instituciones democráticas.

No es ésta una conclusión de poca importancia, pero a la que puede llegarse sin necesidad de emplear páginas y páginas acerca de la evolución de los derechos humanos a lo largo de la historia y a sus diferentes clasificaciones en función del criterio utilizado. Todos ellos responden en definitiva al hecho de que el concepto de los derechos humanos es un concepto histórico que se ha ido enriqueciendo y evolucionando a lo largo del tiempo en cada sociedad concreta desde las revoluciones liberales.

Las primeras Declaraciones de Derechos,¹ como fruto del liberalismo imperante en la época, reconocen fundamentalmente derechos civiles y políticos, es decir, derechos que garantizan ámbitos de autonomía frente al Estado, así como ciertas prerrogativas de participación en los asuntos públicos, para pasar posteriormente a proclamar los denominados “derechos sociales” garantes de unas condiciones de vida digna para todos los ciudadanos, como el derecho

¹ Así, la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776, las 10 primeras Enmiendas de la Constitución Federal norteamericana de 1787, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Constitución de la República Francesa de 1848, la Constitución de Weimar de 1919, así como las tablas de derechos integrados en la Constitución italiana de 1947 y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

a la sanidad, educación, etcétera. Precisamente fueron la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de Weimar las que inauguraron esa nueva línea en el listado de derechos presente en los textos constitucionales. Se trataría así de un nuevo estadio en la clasificación realizada por Jellinek, definido por la doctrina como *status positivus sociales*, en el que se incluirían los derechos económicos, sociales y culturales y que en definitiva responden a la conversión del Estado Democrático de Derecho en Estado Social.

Tras las revoluciones liberales, las declaraciones de derechos integradas por lo general en los textos constitucionales han ido evolucionando, tal y como afirma el profesor Díez Picazo, en dos sentidos: “ampliación e internacionalización”.²

A la ampliación ya hemos hecho referencia *supra*, al mencionar que a la tradicional clasificación de derechos que operaba en los textos de origen liberal, los cuales distinguían entre derechos civiles y políticos,³ debe sumarse la consideración de otros derechos humanos de tipo social y económico derivados de la democratización del Estado. Sin embargo, debemos detenernos en el aspecto de la internacionalización.

Desde hace ya algún tiempo, la vida de los Estados se ha ido internacionalizando al surgir organizaciones de índole nacional

² Luis Ma. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Civitas, 2005, p. 33.

³ También puede utilizarse la clasificación dominante en Europa durante mucho tiempo y que partió de la doctrina alemana, en concreto de Jellinek, quien diferenció tres estatus en la posición pública del ciudadano: 1. *Status subjectionis*. No supone el nacimiento de ningún derecho subjetivo, sino que establece la obligación del individuo de soportar las normas establecidas por el poder en virtud de su *imperium*. Se trata de un estatus pasivo; 2. *Status libertatis*. El individuo deja de ser un sujeto pasivo para tener una posición en que se puede mover libremente. Supone la no injerencia del Estado en el ámbito de la autonomía personal, el derecho a pedir al Estado que no intervenga en determinados ámbitos o esferas personales; 3. *Status civitatis*. En este status se encuentran incluidos aquellos derechos que tienen los ciudadanos en cuanto personas que son y por tanto permiten al ciudadano exigir determinadas ayudas o cooperaciones, y 4. *Status activae civitatis*. Se trata del estatus en que el que se integran los derechos del individuo, no como persona, sino como ciudadano en el más clásico sentido del término.

y supranacional, que han tenido efectos en la propia soberanía del Estado, llegando incluso a considerar que en cierto modo la integración de los Estados en organizaciones de ámbito internacional ha supuesto sin lugar a dudas una pérdida de la soberanía nacional. Pues bien, esta internacionalización de la vida pública ha tenido reflejo en los ordenamientos jurídicos, pudiendo hablarse de un ordenamiento jurídico nacional y un ordenamiento jurídico supranacional. También ha afectado al campo de los derechos, que —como ya hemos afirmado— pasaron de ser simples menciones en textos de carácter declarativo para convertirse en auténticas normas jurídicas vinculantes por su integración en las Constituciones.

En este contexto es frecuente el cuestionarnos sobre la existencia de derechos humanos internacionales y, en lo que se refiere al tema que nos compete, si los derechos políticos tienen este carácter o no.

Con anterioridad a la creación en 1945 de la Organización de las Naciones Unidas, la protección de los derechos humanos y libertades estaba encomendada fundamentalmente⁴ a los ordenamientos nacionales de cada Estado. Desde la aparición del constitucionalismo, son las Constituciones estatales las que enuncian los derechos humanos y los que establecen mecanismos adecuados para su observación y respeto.⁵ La Carta de las Naciones Unidas mostraba su preocupación por los derechos humanos y en su artículo 1 declarará como propósito

⁴ Decimos fundamentalmente porque con anterioridad a 1945, el Derecho Internacional prohibió una práctica tan denigrante como la esclavitud a través del Congreso de Viena de 1815 y admitió también las llamadas intervenciones por causa de humanidad.

⁵ Suele decirse que aquellos países en los que más violaciones de derechos se han cometido, son los que posteriormente más instrumentos de protección articulan para evitar que la historia se repita. Véase como ejemplo el complejo mecanismo de protección de derechos existente en la Ley Fundamental de Bonn o en la Constitución española de 1978, que tras la experiencia franquista establece un mecanismo de protección de derechos que, sin innovar, aún todos los mecanismos de protección que la experiencia comparada le ofrecía.

la cooperación internacional “en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”. Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas y la aparición de un foro como la Asamblea General se establece una de las instituciones más representativas de la comunidad internacional organizada y donde pronto se tomó conciencia de una realidad, como era la de que en el periodo comprendido entre las dos guerras mundiales los Estados se habían despreocupado de la protección de los derechos humanos y no sólo se había olvidado de su protección, sino que habían sido los propios Estados los responsables directos de violaciones graves, masivas y sistemáticas de estos derechos.

Resultado de tal estado de opinión y dado que la Carta de las Naciones Unidas no contenía una enumeración ni definición de cuáles eran los derechos humanos, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A partir de este momento se pone en marcha el proceso de internacionalización de los derechos humanos, y por consiguiente también la ruptura del mito de la soberanía nacional en este ámbito. Desde este instante, el respeto y protección de los derechos humanos no es competencia exclusiva de los Estados; por el contrario, si éstos fallan la comunidad internacional tiene el derecho y el deber de intervenir.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, enumera y define los más importantes derechos civiles y políticos (artículos 3 a 21)⁶ que van a recoger la herencia iusnaturalista liberal de la

⁶ Será precisamente en el artículo 21, donde la Declaración Universal contemple el derecho político por excelencia —el derecho de participación política— en los términos que siguen: “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente electos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público: esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas, que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual

defensa de la persona frente a los abusos del poder; y posteriormente los derechos económicos, sociales y culturales (artículos 22 al 27), fruto de las reivindicaciones surgidas a lo largo del siglo XIX y encaminadas al logro de condiciones efectivas que hiciesen posible el disfrute real y pleno de la igualdad y la libertad. Dado que esta Declaración no incorpora ningún derecho de reclamación de los particulares ante instancias internacionales ni establece ningún otro mecanismo jurídico de control, parece que la protección dispensada era a todas luces insuficiente. Consciente de esta deficiencia, la propia Organización Nacional de las Naciones Unidas adoptó instrumentos generales para la protección de los derechos humanos, que sí van a ser vinculantes para los Estados firmantes del mismo. Estos instrumentos generales de protección son el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos de 1966. Tanto España como México han ratificado ambos Pactos, si bien es cierto que en este último caso, se ha hecho con la reserva relativa al derecho de sufragio pasivo de los ministros de culto, que el artículo 130 d) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe,⁷ frente a lo previsto en el artículo 25 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.⁸

y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad de voto”.

⁷ Frente al artículo 25.b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prevé que todos los ciudadanos gozarán del derecho a votar y ser votados en elecciones periódicas, la Constitución mexicana prohíbe a los ministros de culto el denominado derecho de sufragio pasivo y por tanto el acceso a la función pública. Sin perjuicio de que sobre este tema volvamos más adelante, hemos de dejar claro desde este momento que sería difícil trasladar esta condición de inelegibilidad al ordenamiento jurídico español, dado que las causas de inelegibilidad tiene como finalidad garantizar la igualdad en la concurrencia en un proceso electoral, y difícilmente esa igualdad podría verse afectada en la sociedad española por la concurrencia de un sacerdote a las elecciones.

⁸ Algo semejante ocurre en relación con el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales y Culturales, respecto al cual México se reserva la aplicación del

Por lo que se refiere a los derechos políticos —cuestión que nos ocupa en esta ocasión— éstos aparecen expresamente consagrados en el artículo 25 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el cual reconoce el derecho de todo ciudadano sin excepción a votar y ser votado y a tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas.⁹ Este Pacto impone a los Estados una serie de obligaciones, entre las que debemos distinguir un protocolo obligatorio, el cual consiste en que los Estados presenten informes sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de los derechos contemplados en el Pacto y cuya discusión pública en los foros de las Naciones Unidas pueden desplegar una presión política o moral sobre los Estados; de un Protocolo Facultativo que reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y examinar quejas individuales y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976.¹⁰ Dicho Protocolo Facultativo fue ratificado por México y España, y en la actualidad por más de un centenar de países que se someten voluntariamente a un mecanismo cuasi-jurisdiccional, el cual supone una garantía más de los derechos político-electorales en los dos ordenamientos jurídicos que nos disponemos a analizar: el mexicano y el español.

Pero esta protección universal de los derechos políticos a la que estamos haciendo referencia se ve sin duda complementada

artículo 8, relativo a los derechos de sindicación y huelga, en los términos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹ “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 e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país.”

¹⁰ El 11 de julio de 1991 entró en vigor el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, adoptado el 15 de diciembre de 1989.

por los denominados sistemas de protección regional de los derechos a raíz de la Convención Americana de Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969 y ratificada por México en marzo de 1981, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, efectuado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificada por España el 26 de noviembre de 1979.

El artículo 23 de la Convención reconoce los derechos políticos en la línea de lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹¹

Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que si bien se hace referencia a los derechos de libertad de reunión y asociación, que también son considerados derechos políticos, no hace mención alguna a lo que aquí estamos definiendo como derechos políticos propiamente dichos o derechos político-electorales, es decir, el derecho de sufragio activo y pasivo y el derecho de acceso a la función pública.

No obstante, es cierto que esta laguna se completó de forma temprana a partir del primer protocolo realizado al Convenio Europeo de Derechos Humanos en cuyo artículo 3 se reconoce el compromiso de las Partes Contratantes a organizar a intervalos razonables, elecciones libres en condiciones que garanticen la libertad de

¹¹ “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley, puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

expresión de la opinión del pueblo.¹² La interpretación jurisprudencial de este artículo 3 ha concluido que en el mismo se reconocen derechos subjetivos de participación: “el derecho de voto y el derecho de presentarse como candidato en las elecciones al Parlamento”.¹³

Se trata en definitiva del reconocimiento de la protección supranacional del derecho de sufragio activo y pasivo, considerados como derechos básicos para el establecimiento y mantenimiento de los fundamentos de una verdadera democracia, pero sin alcanzar el estatus de “derechos absolutos”. Además de las limitaciones implícitas derivadas ya sea de su propio contenido esencial o de los bienes y valores protegidos por el Convenio, los Estados pueden en sus respectivos ordenamientos imponer limitaciones tanto al derecho a votar como al derecho a ser votado. El Tribunal Europeo ha señalado que los Estados firmantes del Convenio disponen de un amplio margen de apreciación para el establecimiento de estas restricciones al derecho de sufragio activo y pasivo. No obstante, éstas no pueden ser de tal intensidad que lesionen el contenido esencial del derecho o dificulten su ejercicio más allá de lo razonable y sobre todo deben ser proporcionadas al fin que se persiguen. Así por ejemplo, en el caso *Hirst contra Reino Unido*, 6 de octubre de 2005, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró que la privación casi de forma generalizada del derecho de sufragio activo de los reclusos condenados, con independencia

¹² “Las Altas Partes contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión del pueblo en las elecciones del cuerpo legislativo.”

¹³ “En cuanto a la naturaleza de los derechos que de esta manera confirma el artículo 3, el criterio de la Comisión ha evolucionado. De la idea de un derecho institucional a la organización de elecciones libres (resolución de 18 de septiembre de 1961 sobre la admisión a trámite de la demanda núm. 1028/1961, X contra Bélgica (...)), se ha pasado al concepto de sufragio universal (...); y después como consecuencia se ha hablado de derechos subjetivos de participación: el derecho de voto y el derecho de presentarse como candidato en las elecciones al Parlamento”. Párrafo 51. Caso *Mathieu Mohin y Clerfayt contra Bélgica*, 2 de marzo de 1987.

de la duración de la pena, o de la gravedad o naturaleza del delito, es desproporcionada y por tanto no acorde con el artículo 3 del Protocolo Adicional del Convenio.¹⁴ En la misma línea de entender que la prohibición o limitación del derecho al voto no era proporcionada al fin legítimo perseguido, nos encontramos las sentencias del TEDH, *Labita contra Italia* (2000) o *Vito Santoro contra Italia* (2006), entre otras.

En lo que respecta al derecho de sufragio pasivo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado las causas de inelegibilidad previstas en distintos Estados, por ejemplo la exigencia de acreditar conocimientos lingüísticos de las lenguas oficiales,¹⁵ o la privación de este derecho a determinados funcionarios¹⁶ llegando a la conclusión de que estas restricciones deben considerarse válidas para proteger los derechos del elector y garantizar la imparcialidad de las elecciones.¹⁷

¹⁴ “El Tribunal vuelve a afirmar por tanto que, si bien el margen de apreciación es amplio, no es ilimitado. Asimismo, aunque la situación mejoró algo con la Ley de 2000, que concedió por primera vez el derecho de voto a las personas en prisión preventiva, el artículo 3 de la Ley de 1983 sigue siendo un instrumento sin matices, que priva del derecho de voto, garantizado por el Convenio, a un gran número de personas, y ello de forma indiferenciada. Esta disposición impone una restricción global a todos los reclusos condenados que cumplen su pena y se les aplica automáticamente cualquiera que sea la duración de su pena e independientemente de la naturaleza o gravedad del delito que hayan cometido y de su situación personal. Es necesario considerar que dicha restricción general, automática e indiferenciada a un derecho consagrado por el Convenio y de una importancia crucial, sobrepasa el margen de apreciación aceptable, por muy amplio que sea, y es incompatible con el artículo 3 del Protocolo nº1.” Párrafo 82.

¹⁵ Caso *Podkolzina contra Letonia*, 9 de abril de 2002.

¹⁶ Caso *Gitonas y otros contra Grecia*, de 23 de junio de 1997 y *Ahmed y otros contra Reino Unido*.

¹⁷ Tal y como reiteraremos en otro apartado de este artículo, resulta por ejemplo bastante discutible la privación del derecho de sufragio pasivo de los ministros de culto en el ordenamiento mexicano, justificada en garantizar la imparcialidad de la elección y el derecho del elector a emitir un sufragio libre y sin coacción, si bien es cierto que en determinados núcleos poblacionales el peso de la Iglesia sigue siendo bastante acusado entre determinados sectores de la

En relación con el derecho de acceso a la función pública, éste no aparece reconocido tal y como hemos mencionado, ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni tampoco en sus Protocolos Adicionales.¹⁸ No obstante, la cuestión de acceso a la función pública se planteó en el caso *Glaseapp* contra la República Federal Alemana, en el que bajo la alegación de vulnerar el derecho a la libertad de expresión se escondía realmente un caso de ingreso en la función pública, ante la anulación del nombramiento como Profesora del Instituto de Segunda Enseñanza a la señora *Glaseapp* al no separarse de la política del *Kurdistan Democratic Party (KDP)* y considerarse que esto era contrario al compromiso de defensa del régimen liberal y democrático plasmado en la Ley. Sin embargo, dado que el núcleo de la cuestión era el cumplimiento de un determinado requisito para el acceso a la función pública,¹⁹ el Tribunal entendió que no se había producido una violación del Convenio,

población. En cualquier caso, es ésta una condición de inelegibilidad inexistente en el ámbito europeo y difícil de justificar en nuestra opinión en la actualidad.

¹⁸ “La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, reconocen respectivamente a “toda persona el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a la función pública de su país” (artículo 21.2) y a “todo ciudadano (...) el derecho y la posibilidad (...) de acceder, en condiciones generales de igualdad, a la función pública de su país” (artículo 25). Por el contrario, un derecho así no figura ni en el Convenio Europeo ni en ninguno de sus Protocolos Adicionales. Más aún: los Estados firmantes, como advierte el Gobierno, con razón, no lo incluyeron intencionadamente, y los trabajos preparatorios del Protocolo nº 4 y del Protocolo nº 7 lo ponen de manifiesto inequívocamente. Este último, en especial en sus primeras versiones, comprendía una cláusula parecida a los artículos 21.2 de la Declaración y 25 del Pacto, suprimida posteriormente. No se trata, pues, de una omisión casual de los instrumentos europeos, según los propios términos del Preámbulo del Convenio, se pretende asegurar la garantía colectiva de “algunos” de los derechos expresados en la Declaración Universal.” *Asunto Glaseapp* contra la República Federal Alemana, 28 de agosto de 1986, párrafo 48.

¹⁹ Cuestión que como manifiesta expresamente el TEDH en el caso mencionado “se dejó intencionadamente fuera del Convenio, y, en sí, no se puede considerar opuesta a éste”. Párrafo 52.

sino que las autoridades competentes del Land, al rechazar a la señora Glasenapp únicamente tuvieron en cuenta sus opiniones y su actitud para apreciar si reunía las condiciones personales necesarias para desempeñar su función.²⁰

En la actualidad, este déficit está paliado al menos en parte a partir del Protocolo Adicional nº 12, adoptado por el Comité de Ministros el 26 de junio de 2000, relativo al principio de igualdad. Éste permite conocer al Tribunal Europeo de cualquier violación de la igualdad en relación con cualquier derecho con independencia de su reconocimiento o no en el Convenio o en la ley, incluyendo por tanto el derecho de acceso a la función pública.

Como puede observarse la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha paliado en cierto modo el insuficiente reconocimiento de los derechos políticos llevado a cabo en el Convenio Europeo y en sus Protocolos Adicionales; si bien considero que éste es manifiestamente deficitario si lo comparamos con la protección ofrecida desde el resto de textos internacionales mencionados.

III. DERECHO DE VOTO EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS

Tal y como se ha reiterado desde el comienzo de nuestra disertación, el derecho político por excelencia es, sin duda alguna, el derecho de sufragio en su doble vertiente: activa y pasiva. El derecho a elegir y a ser elegido, es un pilar fundamental de un Estado democrático,

²⁰ Ha de destacarse la opinión disidente del juez Spielman, quien señala que no puede afirmarse categóricamente que el Convenio no garantice el derecho de ingreso en la función pública, entendiendo que por vía interpretativa y teniendo en cuenta que el propio artículo 1 del Convenio obliga a los Estados a reconocer los derechos y libertades garantizados por el Convenio, “no puede impedirse o dificultarse el ingreso en la función pública por lo que el Convenio protege (por ejemplo, libertad de opinión, libertad de expresión, etc..)”.

si bien esto no significa que este derecho sea el único necesario para la consolidación de la democracia del Estado, pues éste se complementa con otros derechos como la libertad de reunión, asociación o libertad de expresión.

En el ordenamiento jurídico español es el artículo 23 del texto constitucional el que reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, ya sea de manera directa²¹ o a través de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Se trata de la constitucionalización de la vertiente activa del derecho de sufragio, cuya vertiente pasiva se encuentra también contemplada en el apartado segundo, junto con el reconocimiento del derecho de acceso a los cargos públicos no representativos.²²

Por la ubicación en el texto constitucional, el derecho a elegir y a ser elegido se va a configurar como un derecho fundamental; terminología que en el ordenamiento jurídico español alude a una categoría de derechos con un grado de protección superior al del resto de los contemplados en el texto constitucional.²³ Así, el desarrollo de este derecho deberá llevarse a cabo a través de una ley orgánica, denominación ésta también novedosa en el ámbito comparado y que alude a una categoría normativa que jerárquicamente ocupa la misma posición en el sistema de fuentes que la ley ordinaria, pero que se diferencia de ésta por cuestiones materiales, la regulación de unas

²¹ La democracia plasmada en el ordenamiento español es, como en la mayor parte de los países una democracia fundamentalmente representativa, aunque mantenga instituciones de democracia directa, como el referéndum, la iniciativa legislativa popular o el régimen de concejo abierto.

²² “2. Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes.”

²³ Son derechos fundamentales los contemplados en la sección 1ª, Capítulo 2º, Título 1º, más el derecho a la igualdad y la objeción de conciencia al servicio militar.

determinadas materias (artículo 81.1 CE)²⁴ y procedimentales (artículo 81.2 CE), ya que su aprobación, modificación o derogación exigirá mayoría absoluta del Congreso. Por otra parte, sólo los considerados como derechos fundamentales gozan de la protección del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional,²⁵ a diferencia de la práctica universalidad del amparo mexicano. Debe tenerse en cuenta además que la norma *normarum* española contempla también su protección mediante un proceso preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, previo al amparo.

El derecho de sufragio, tanto activo como pasivo, no puede considerarse en ningún ordenamiento como un derecho absoluto, pese a su importancia como pilar de un Estado democrático y de derecho, sino que su ejercicio efectivo dependerá del cumplimiento de los requisitos establecidos en las leyes que lo desarrollen: Ley Orgánica del Régimen Electoral General en España (LOREG, en adelante) o el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en México (Cofipe, en adelante). Son en definitiva derechos de configuración legal, cuya efectividad requiere por tanto un desarrollo legislativo, que se llevará a cabo a través de una legislación electoral adecuada que reglamente los procesos electorales en los que los derechos políticos se hacen efectivos. Los derechos políticos se ejercen en procesos electorales reglados que son sumamente complejos y que por tanto requieren una legislación electoral adecuada.

Tanto el artículo 23 de la Constitución española como el artículo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconocen el derecho a votar y a ser votados, en elecciones periódicas,

²⁴ “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.”

²⁵ Absténgase el lector de intentar comparar el procedimiento de amparo mexicano con el recurso de amparo español, pues las diferencias entre ambos, las cuales no es posible tratar en estas páginas, pueden llevarle a equívoco.

en el caso español y en elecciones populares según la Constitución mexicana. Se circunscribe así, el derecho de participación a la elección del cuerpo legislativo principalmente, término que no puede considerarse sinónimo al de Parlamento nacional, es decir, a la participación en procesos electorales para la constitución de las Asambleas nacionales o Cortes, Asambleas autonómicas e incluso en corporaciones locales.²⁶ Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional español cuando manifiesta que la participación en los asuntos públicos a los que se refiere el artículo 23 CE, es en primer lugar la que se realiza al elegir a los miembros de las Cortes Generales, y en segundo lugar abarca la participación en el gobierno de las entidades en que el Estado se organice territorialmente, según el artículo 137 de la Constitución.²⁷

La jurisprudencia supranacional europea ha considerado que la garantía de unas elecciones libres prevista en el artículo 3 del Protocolo nº 1, incluye elecciones a Parlamentos Regionales como los existentes en Alemania,²⁸ Austria,²⁹ a los Consejos de las Regiones de Bélgica³⁰ e incluso a órganos supranacionales como el Parlamento Europeo, que inicialmente no se encontraban previstos en

²⁶ Pese a que la doctrina no es unánime, al respecto Luis López Guerra considera que “el derecho de participación política, se restringe a la participación política, esto es, en elecciones a instituciones de ámbito territorial (Cortes, Asambleas autonómicas; Corporaciones locales) o en procesos referendarios”. *Derecho Constitucional*, vol., p. 343. Respecto a las elecciones locales ha de tenerse en cuenta que las asambleas municipales carecen de facultad legislativa propiamente dicha, atributo imprescindible según cierto sector doctrinal para considerarlas como cuerpo legislativo.

²⁷ STC 51/1984. Fj. 2º.

²⁸ Decisión de 11 de septiembre de 1995 de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

²⁹ Decisión de 12 de julio de 1976, de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

³⁰ STEDH de 2 de marzo de 1987, Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica.

el Convenio.³¹ En nuestra opinión, lo determinante será establecer cuáles son las características que debe reunir una asamblea para considerarla como cuerpo legislativo, llegando a la conclusión de que se deberán tener en cuenta con carácter general dos factores fundamentales para ello:

1. Atender a la estructura constitucional del Estado en cuestión.
2. Que en la asamblea u órgano se encuentren dos de los atributos más característicos del cuerpo legislativo; la iniciativa legislativa y el poder de adoptar leyes o al menos, como en el caso del Parlamento Europeo que éste se pueda considerar “suficientemente asociado con el proceso legislativo específico”.³²

Por otra parte, este derecho de sufragio, también debe considerarse extensible a los procesos de referéndum, como manifestación del ejercicio del derecho de participación en su forma directa.³³ En la actualidad son impracticables las ideas de Rousseau acerca de la democracia como identidad entre gobernantes y gobernados, basadas en la imposibilidad de delegación de la soberanía y por tanto en la necesidad de la coinci-

³¹ “El simple hecho de que un órgano no haya sido contemplado por los autores del Convenio, no podrían impedir a ese órgano entrar en el ámbito del Convenio” Por ello, en una interpretación dinámica del mismo, el Tribunal Europeo en la STEDH de 18 de febrero de 1999, Caso Mathew contra Reino Unido, consideró aplicable el artículo 3 del Protocolo nº 1 al Parlamento, entendiendo que podía considerarse como un auténtico órgano legislativo en función de la peculiar estructura y distribución de funciones de la Unión Europea. Sin embargo, los jueces John Freeland y Jungwiert argumentaron en un voto particular que es el Consejo el verdadero legislador y que el Parlamento Europeo no puede legislar si el Consejo no quiere.

³² STEDH de 18 de febrero de 1999, Caso Matthews contra Reino Unido. Párrafo 54.

³³ En esta misma línea se pronuncia Aragón Reyes, “El derecho de sufragio no está conectado exclusivamente con la democracia representativa pues también mediante el voto se ejerce en la democracia directa, ya sea a través de las asambleas abiertas o de la institución del referéndum” “Democracia y Representación. Dimensiones Subjetiva y Objetiva del Derecho de Sufragio”, *Corts.*, p. 42.

dencia entre titularidad y ejercicio de la soberanía. Desde las ciudades Estado atenienses, la democracia directa ha ido perdiendo peso en cuanto forma democrática factible en la actualidad. El aumento de la población, e incluso la apatía del ciudadano por dedicarse a las cuestiones políticas conducen necesariamente a la elección de representantes, sin perjuicio de que se mantengan como complemento de la democracia representativa, determinadas instituciones de democracia directa.

A. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO

La obligatoriedad del sufragio

Desde el momento en que estamos refiriéndonos al derecho de sufragio como derecho de participación política; su denominación como tal derecho impediría —en nuestra opinión— que éste pudiera considerarse como un deber subjetivo exigible jurídicamente. En el ámbito europeo, sólo las Constituciones austriaca —en relación con algunos Länder—,³⁴ belga,³⁵ griega³⁶ o portuguesa,³⁷ señalan la obligatoriedad del voto. Sin embargo, esta dimensión institucional obligatoria, excepcional en el ámbito europeo, sí se encuentra presente en la casi totalidad de los ordenamientos iberoamericanos, como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Venezuela, México, entre otros, cuyo artículo 36 del texto constitucional señala que es obligación del ciudadano “votar en las elecciones populares en los términos que establezca la ley”.

³⁴ Artículo 60.1 “(...) El voto en las elecciones es obligatorio en los estados federados donde su ley así lo prevea (...)”.

³⁵ Artículo 62 “(...) El voto será obligatorio”.

³⁶ Artículo 51.5 “(...) El ejercicio del derecho de voto será obligatorio (...)”

³⁷ Artículo 49.2 “(...) El ejercicio del derecho de sufragio constituye un deber cívico (...)”.

En nuestra opinión, el entendimiento del derecho de voto como una obligación supone la limitación de otros derechos o libertades que el propio ciudadano posee. Estos otros derechos pueden llevar al titular del derecho de sufragio a abstenerse de votar en un proceso electoral, bien porque lo crea irrelevante,³⁸ innecesario o simplemente porque no haya adoptado una decisión sobre ninguna de las candidaturas propuestas. Es cierto que el ejercicio del derecho de sufragio representa una actuación imprescindible para la consolidación y permanencia del Estado democrático, que afecta a la esencia misma de la soberanía popular, pero no lo es menos que la penalización de la renuncia al ejercicio del mismo estableciendo la obligatoriedad del voto supondría en palabras de Aragón “un entendimiento utilitario de los derechos fundamentales que puede conducir, paradójicamente a la excesiva limitación o incluso en algunos supuestos a la desaparición del derecho (...) con el argumento de que de esa manera se garantiza mejor la función que el propio derecho realiza”.³⁹ Asimismo, reiteramos, supone también el desconocimiento de otros derechos que también se consideran fundamentales en el propio Estado, como la libertad ideológica, que puede consistir precisamente no en la expresión como es habitual de una opción ideológica o religiosa, sino en la ausencia de la misma en un momento puntual y por parte de un ciudadano en concreto.

En conclusión, si bien puede calificarse el derecho de sufragio como derecho y deber, esta última faceta debe entenderse en el sentido de que su incumplimiento, en forma por ejemplo de abstención, como forma válida también de manifestación o expresión política,

³⁸ En el caso español, las elecciones al Parlamento Europeo tienen un alto nivel de abstención, dado que el ciudadano aun no se ha concienciado de la importancia para su propio país de este órgano supranacional y por ende tiende a no asistir a las urnas.

³⁹ “Democracia y representación...”, *Corts.*, p. 49.

no conlleva una consecuencia perjudicial para su titular. Así lo ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo español de 20 de diciembre de 1990, que después de reconocer que el derecho de sufragio tiene también un aspecto de obligación ciudadana “sobre cuyo ejercicio descansa la entera arquitectura del sistema democrático” y, en tal sentido, resulta genéricamente inexcusable aún cuando pueda ser excusado a título individual”, termina admitiendo la renuncia a su ejercicio.

Las campañas institucionales a favor del ejercicio del sufragio pueden considerarse más adecuadas y menos lesivas de derechos fundamentales que la consagración en los textos constitucionales de un deber jurídico u obligación.

Características del sufragio

La consagración del derecho de sufragio en los textos constitucionales no supone la conversión del Estado en un Estado democrático. Es necesario para ello que se garantice, asimismo, la pureza del mismo y aunque pueda considerarse reiterativo que se trate de un sufragio formalmente democrático.

Universal

En la actualidad en toda Europa y en todos los países de Iberoamérica con excepción de Cuba, el derecho de sufragio que aparece en los textos constitucionales y que se desarrolla en las leyes electorales de los Estados,⁴⁰ es un sufragio universal, del que gozan sin distinción alguna todos los ciudadanos que reúnan los requisitos establecidos en las leyes para ello. La universalidad del sufragio no es sino el resultado de un largo proceso histórico cuya fase final ha sido el paso del sufragio universal masculino al sufragio universal en toda

⁴⁰ Artículo 23.1, Constitución española y artículo 2, Cofipe.

la extensión de la expresión, incluyendo a todos los ciudadanos con independencia de su sexo.⁴¹

Libre

También debe ser un sufragio libre, sin presiones ni coacciones en el momento de formación de la voluntad, ni en la emisión del mismo por el ciudadano. En este sentido deben extremarse todas las garantías existentes en el derecho comparado para que no se produzca la manipulación del mismo en ningún momento de su formación y/o emisión. Cabe destacar en el ordenamiento jurídico español como medidas tendentes a garantizar esta característica del sufragio, la prohibición de cualquier tipo de publicidad electoral por parte de los integrantes de la mesa electoral, el denominado periodo de reflexión de 24 horas previas a la votación para que el ciudadano sin presión propagandística alguna pueda decidir el sentido de su voto o la prohibición de publicar y difundir sondeos electorales por los medios de comunicación cinco días antes de la votación.

La reciente reforma electoral mexicana incide en cuestiones de esta índole, ampliándose las competencias del Instituto Federal Electoral, por ejemplo, en materia del uso de los medios de comunicación e intentando garantizar las características de universalidad y libertad del derecho de sufragio que, en épocas anteriores, habían sido duramente criticadas incluso ante organismos internacionales.⁴²

⁴¹ Recuérdese que en los orígenes del derecho de sufragio éste era un sufragio censitario, restringido únicamente a aquellas personas que tuviesen ciertos requisitos económicos o capacidades intelectuales determinadas (sufragio de capacidades).

⁴² La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió el 14 de febrero de 1992 una denuncia acerca de la supresión de los derechos políticos de los mexicanos y al sufragio universal y libre en la integración del poder legislativo. En la denuncia se indicaba que en las elecciones de 18 de agosto de 1991, la autoridad elec-

Directo

El sufragio también debe ser directo, entendiendo por tal la elección del votante directamente a sus representantes, a diferencia de antiguos sistemas de elección indirecta en la que el elector designaba a compromisarios, quienes a su vez designaban a los representantes finales.

Sin embargo, esta característica del sufragio creemos que no puede entenderse en el sentido de considerar que dado que el ciudadano tiene el derecho a elegir directamente a su representante también puede cesarle o revocar su mandato.

Uno de los principios más comunes del constitucionalismo de nuestro tiempo es el de la interdicción del mandato imperativo, presente en el texto constitucional español en el artículo 67.2.

Dicho precepto, no es una novedad en el entorno comparado y es simplemente la consecuencia producida con ocasión del paso del sufragio censitario al sufragio universal y a la soberanía nacional.

Pero, ¿qué significa realmente la prohibición del mandato imperativo? En términos muy generales la interdicción del mandato imperativo va a suponer la imposibilidad de dar instrucciones al representante por los representados y la irrevocabilidad de aquel por éstos.

En los Parlamentos medievales, los representantes se encontraban vinculados a sus representados directamente a través de los denominados cuadernos de instrucciones que contemplaban, incluso, la posibilidad de revocación del mandato de representación por parte de los representados.

Pero a partir de los siglos XVII y XVIII, la función representativa se revela incompatible con el mandato imperativo ya que los repre-

total impidió ejercer el derecho al voto a millones de mexicanos (entre 3,102,917 y 5,907,107) que se inscribieron en la lista nominal de electores y solicitaron en tiempo y forma la acreditación oficial respectiva.

sentantes necesitaron una libertad absoluta de actuación. Unido esto a la universalización del sufragio, la entrada en escena de los partidos políticos y la idea de la soberanía nacional, tienen como consecuencia que los diputados pasen a representar al conjunto de la nación,⁴³ y no a una corporación o parte de la misma, al tiempo que dejan de estar sujetos a instrucción alguna imposibilitando así la revocación de su mandato antes del periodo de finalización del mismo. Es la sustitución del mandato imperativo por el mandato representativo “vigente” en la actualidad.

Sin embargo, en algunas Constituciones estatales mexicanas encontramos la facultad otorgada a los ciudadanos de revocar el mandato, es decir, privar de su cargo a un candidato procedente de una elección popular. En concreto, se encuentra previsto en las Constituciones de Chihuahua, Zacatecas y de manera más desdibujada en las de Yucatán y Sinaloa; si bien, las legislaciones electorales correspondientes a estos estados, no establecen los procedimientos adecuados para que esa revocación del mandato se lleve a cabo de manera efectiva.

Por tanto, creo que puede concluirse que, de manera general, no cabe la revocación del mandato de los representantes por sus representados, si bien la interdicción del mandato imperativo se pone en duda en la actualidad no por la actuación del representado o elector, sino por la de los propios partidos políticos, que en algunas ocasiones han llegado a privar a sus representantes de su cargo bajo la alegación de que el escaño correspondía al partido y no al candidato; cuestión definitivamente aclarada por el Tribunal Constitucional español en las sentencias 5 y 10/1983.

Tal y como afirmaba Leibholz, “ya no son los Parlamentos legisladores aquellas instituciones representativas en las que los

⁴³ “Los representantes nombrados por los departamentos no serán representantes de un departamento en particular, sino de la nación entera y no se le podrá dar ningún mandato” Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y Constitución francesa de 1791.

diputados, sin otra coacción que la de su conciencia y el prestigio propios, seguros de la confianza de sus electores, tomaban sus decisiones políticas y acordaban sus leyes con los ojos puestos en el interés general del pueblo; (...) sino que la democracia representativa parlamentaria ha convertido a los Parlamentos en centros en los que los diputados, llegan a sentirse en un laberinto de compromisos”.

En la misma línea Nicolás Pérez Serrano manifestaba cómo el diputado se ha quedado sin personalidad *por mor* del protagonismo de los partidos y que los parlamentarios representan ya no al distrito que los eligió, ni a la nación de que son órgano, sino al partido en que militan y que ejerce sobre ellos “una autoridad castrense severísima”.

Llegados a este punto es conveniente preguntarse hasta qué punto cabe predicar la existencia de una relación de mandato imperativo entre el Representante y el propio Partido Político. A pesar de que la relación entre ambos sea muy estrecha, el escaño pertenece al diputado, que es el representante del pueblo, y no al partido político a través del cual logra ocupar un lugar en la cámara de representación nacional.

Secreto

El Sufragio debe ser Secreto. Deben garantizarse todos los medios necesarios para evitar la publicidad del voto, que podría atentar contra la libertad ideológica del votante y también contra la libertad del sufragio. En este sentido son sumamente importantes las cabinas electorales (o mamparas utilizando la terminología mexicana) que deben estar presentes en cada colegio electoral para garantizar que los votantes, resguardados de indiscretas miradas ajenas, puedan decidir el sentido de su sufragio. También ha incidido en este punto en concreto la reforma electoral operada en México que ha sustituido el término “procurará” por “garantizará” refiriéndose a la instalación de mamparas en cada casilla (artículo 239.6 Cofipe).

Igual

Por último, en relación con las características del sufragio, éste debe ser Igual. Se formula tradicionalmente con la expresión “un hombre un voto” y significa que todos los votos tienen igual valor e incidirán de igual modo en la conformación de la cámara representativa. Sería incompatible con el Estado democrático y de derecho el voto plural de determinadas categorías de ciudadanos como por ejemplo, los padres de familia.

La delimitación de las circunscripciones electorales de manera que se mantenga una relación entre el número de electores y el número de escaños en litigio o los sistemas de corrección de los sistemas electorales que pueden determinar que por debajo de determinado umbral de votos recibidos no se obtiene representación, son medidas que pueden y deben garantizar esta igualdad y no producir distorsiones en la misma.

Pese a su importancia, ni la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni tampoco el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales hacen referencia a la misma, si bien la doctrina y las autoridades competentes han combatido durante muchos años la denominada “gerrymandering” para acabar con la manipulación de las circunscripciones electorales y composición socioeconómica de las mismas orientada a anular o deformar el voto.

Tanto en México como en España la garantía de la igualdad en el sufragio, creemos que se encuentra en unos márgenes aceptables, sobre todo en el ámbito de la elección al Congreso. No ocurre lo mismo en relación con el Senado mexicano, en el que todas las entidades federativas tienen igual número de senadores con independencia de su población. Creemos que sería bueno que este procedimiento de elección y representación tuviera ciertos mecanismos correctivos, como los previstos en el caso español para la designación del Senado. Así, el artículo 69 de la Constitución

española establece que en cada provincia (circunscripción electoral) se elegirán 4 senadores por provincia, 3 para las Islas Mayores, 1 para las Islas Menores y 2 para Ceuta y Melilla. Pero además, de esta representación inicial mínima obtenida por sufragio universal, las Comunidades Autónomas designarán un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. A través de este procedimiento el constituyente español garantizó una representación inicial mínima a cada provincia y posteriormente aumenta sus representantes con base en la población de la Comunidad Autónoma en la que se encuentra integrada.

B. TITULARIDAD DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO

Nacionalidad

Difícilmente podríamos encontrar algún derecho que en la tradición del constitucionalismo que estuviese más directamente vinculado a la ciudadanía, que los derechos políticos y más en concreto el derecho de sufragio. En términos generales, los derechos políticos corresponden únicamente a los nacionales del país de que se trate, entendiéndose que sólo estos son los auténticos legitimados para participar en la gestión de los asuntos públicos.

El binomio nacionalidad-derechos políticos se encuentra avalado desde los propios textos internacionales, ya que éstos, a excepción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que otorga la titularidad del derecho de participación política a las personas,⁴⁴ reconocen como titulares de los derechos políticos a los ciudadanos.⁴⁵

⁴⁴ Artículo 21. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴⁵ En esta línea, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 23 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Lo mismo ocurre en los textos nacionales de los Estados, con la excepción de Uruguay en cuya constitución se reconoce el derecho de voto a los extranjeros con al menos 15 años de residencia en el país.⁴⁶ En el caso español, el artículo 23.1 CE, atribuye el derecho de sufragio activo a los ciudadanos, disposición que habrá de interpretarse de manera conjunta con lo previsto en el artículo 13.2, en el que se señala que sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, con la excepción del derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales, que atendiendo a criterios de reciprocidad se atribuyen también a los extranjeros residentes en España.⁴⁷ Excepción que se encuentra en todos los países de la Unión Europea y otros como Argentina o Bolivia.

Como vemos, existe una gran diferencia con lo previsto en este sentido en el ordenamiento mexicano. La propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no sólo otorga la titularidad del derecho de sufragio únicamente a los ciudadanos, entendiendo por tales aquellos que siendo mexicanos hayan cumplido también 18 años y tengan un modo honesto de vivir; sino que prohíbe cualquier participación de los extranjeros en asuntos políticos (artículo 33).⁴⁸

En nuestra opinión, debe respetarse la naturaleza intrínseca de los derechos políticos, su conexión tradicional con la ciudadanía y, por tanto, su contenido esencial consistente en que sólo aquellos

⁴⁶ “Tienen derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años por lo menos, en la República.” Constitución de la República de Uruguay, artículo 78.

⁴⁷ Esta excepción también se aplica en el caso de las elecciones a los órganos de la Comunidad Europea.

⁴⁸ Recuérdese el gran revuelo causado por las declaraciones del ex presidente del Gobierno español, José M^a Aznar a favor de uno de los candidatos de la campaña electoral en 2006.

que tienen interés en participar en los asuntos públicos (es decir, los ciudadanos de un país) puedan hacerlo. Sin embargo, siempre hemos defendido, y este caso no es diferente, que debe realizarse una interpretación dinámica de las normas en función de la evolución de la sociedad. Por ello, dado que vivimos en una sociedad multicultural y multirracial, creemos que debe abogarse por permitir que participen en los asuntos públicos aquellos residentes en un territorio, que independientemente de su nacionalidad, demuestren su vinculación y arraigo con el mismo y por tanto su interés e incluso necesidad en participar en la gestión de los asuntos públicos, puesto que ésta les va a terminar afectando en cualquier caso. Ésta es la razón de que, tal y como hemos mencionado anteriormente, un gran número de países y la totalidad de los que integran la Unión Europea, concedan la titularidad del derecho de sufragio activo e incluso pasivo a los residentes en las elecciones municipales.

Pero, ¿qué ocurre con aquellos nacionales que por diversas circunstancias residen en el extranjero? Pese a no encontrarse en su país siguen siendo nacionales del mismo y por tanto ciudadanos de pleno derecho, cuyos derechos no tienen que sufrir más restricción que las estrictamente ligadas al hecho de su residencia en el extranjero, por lo que creemos que el derecho de voto no tiene que verse afectado.

La Ley Orgánica del Régimen Electoral Español, en su artículo 75⁴⁹ establece un procedimiento de votación por correo para los

⁴⁹ “1. Las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral envían de oficio a los inscritos en el censo de residentes ausentes que vivan en el extranjero un certificado idéntico al previsto en el artículo 72 y las papeletas y sobres de votación, así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la Junta Electoral Provincial. Con estos documentos adjuntan una nota explicativa. (...)”

3. Estos electores ejercerán su derecho de voto conforme al procedimiento previsto en el párrafo tercero del artículo 73 y envían el sobre dirigido a la Junta electoral competente para su escrutinio, por correo certificado y no más tarde del día anterior al de la elección. (...)”

residentes ausentes, que previamente se hayan inscrito en el censo de residentes ausentes. No se trata de una votación personándose en el lugar de la votación, sino de un sistema de voto por correo que hace efectivo el derecho de sufragio activo de los nacionales residentes en el extranjero y que creemos es más garantista que los sistemas de voto por representación, que sí podría afectar el carácter personal e intransferible que debe tener el sufragio.

Hasta la reforma del Cofipe en 2005, no se permite el voto a los mexicanos residentes en el extranjero para el supuesto de las elecciones presidenciales. Ya en el año 1996, se procedió a modificar el artículo 36.III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señalaba que los ciudadanos debían votar en las elecciones populares “en el distrito electoral que corresponda”, sustituyéndolo por la obligación de la votación “en los términos previstos en la ley”. Se deja así al legislador la decisión de conceder el derecho de voto a los ciudadanos mexicanos residentes en el extranjero; decisión que como hemos señalado no se adoptó hasta 2005.

En nuestra opinión y pese a que ya hemos señalado que los derechos políticos, como el resto de derechos, no son ilimitados, la negativa a conceder el derecho de sufragio a los ciudadanos por el mero hecho de su residencia en el extranjero creemos que sería una limitación desproporcionada del derecho en cuestión. Supondría además la contravención de una obligación constitucional, ya que en el caso español no sólo se produce el reconocimiento generalizado de la titularidad de los derechos políticos por los nacionales españoles, sino que también se exige que la ley reconozca y el Estado facilite “el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España” (artículo 68.5 CE). Si lo determinante para el ejercicio y la titularidad de los derechos políticos es la condición de ciudadano, entendida como ser humano que participa y disfruta de las decisiones de la comunidad, el

privarle del derecho de sufragio, supone suspender el ejercicio de un derecho por el mero hecho de residir temporalmente o no en otro país.⁵⁰ Es cierto que durante el tiempo que el ciudadano permanezca en el extranjero no está sometido a las decisiones de los poderes en cuya elección desea participar; pero no lo es menos que dejando al margen el hecho de que esta residencia pueda ser meramente transitoria o que mantenga vínculos personales o socioeconómicos estrechos con el país de origen, la nacionalidad le habilita para participar en los asuntos públicos del Estado del que procede⁵¹ sin más limitaciones ni excepciones.⁵²

⁵⁰ “Si, como se ha venido reiterando, la democracia demanda que participen en la toma de las decisiones los destinatarios de las mismas, no nos parece que se pueda considerar destinatario de una decisión a una persona que, si bien conserva el vínculo de la nacionalidad con un determinado ordenamiento, puede ocurrir que nunca haya sido residente en el ámbito geográfico de aplicación de sus normas, o haya dejado de serlo muchos años atrás, como sucede con aquellos nacionales que han nacido en un país al que emigraron sus progenitores o cuando llevan muchos años residiendo en el extranjero.

En términos de proximidad del destinatario de las normas al órgano de creación de las mismas, es mucho mayor la inmediatez de un extranjero residente durante años en España, donde entre otras cosas paga sus tributos, que la de un español que haya estado ausente de su país, durante todo o una parte importante de su vida. En definitiva, nos parece que resulta difícil de mantener una vinculación política con un determinado ordenamiento cuando se ha producido de hecho una desvinculación socioeconómica, cultural y personal.” Presno Linera, M. Ángel, “La titularidad del derecho de participación política”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, p. 15.

⁵¹ En la misma línea González Oropeza cuando afirma que “la negativa a implantar el derecho del voto de los extranjeros constituye una denegación del derecho de sufragio que establece la Constitución y de hecho constituye una violación a la ley, pues en los hechos se les despoja de su nacionalidad y ciudadanía plenas (...)” “Participación ciudadana como complemento del gobierno representativo”, p. 46.

⁵² Una opinión contraria mantiene Díez Picazo cuando afirma que “en un momento histórico en que, como se ha visto se está produciendo una disociación entre los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, puede resultar exagerado afirmar que los nacionales españoles, por el mero hecho de serlo, deben gozar de plenos derechos políticos aun cuando carecen de arraigo en España” *Sistema de Derechos Fundamentales*, p. 385.

Mayoría de edad

Otro requisito que junto con la nacionalidad se muestra imprescindible para la titularidad del derecho de sufragio, es el de la edad o mayoría de edad. Dada la naturaleza del derecho en cuestión, se revela imprescindible que el sujeto que lo ejerce haya adquirido una madurez intelectual suficiente para comprender el alcance del derecho que ejerce.

Sin embargo, en distintas épocas y en distintos países las legislaciones han ido variando la determinación de la que podría denominarse “edad de madurez electoral”, que en los ordenamientos español y mexicano se ha establecido en 18 años de edad, haciendo coincidir la mayoría de edad general con la mayoría de edad electoral.⁵³

Los menores de edad no pueden ejercer este derecho, pese al acuerdo doctrinal unánime respecto a considerarlos como titulares del mismo. No tienen capacidad jurídica plena, sino limitada ya que carecen de capacidad de obrar hasta la adquisición de la madurez intelectual desde un punto de vista electoral. Una madurez electoral que se alcanzará a la edad que determine el legislador correspondiente, tal y como hemos comentado *supra*.

El pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles

La última de las condiciones requeridas en la mayor parte de los ordenamientos para la titularidad y ejercicio de los derechos políticos es precisamente que el ciudadano mayor de edad no haya sido privado de sus derechos civiles y políticos.

⁵³ Con la atribución de la mayoría de edad a los 18 años, ambos ordenamientos se encuentran en la línea establecida en la mayor parte de los países. No obstante, en la actualidad algunos países han otorgado el derecho a voto a una edad más temprana, como los 15 (Irán), 16 (Chipre o Cuba); o más tardía, como por ejemplo Japón o Camerún, elevándola a los 20 años.

Así, la totalidad de las legislaciones electorales contemplan como excepción al derecho de sufragio el caso de las personas que padecen una incapacidad declarada judicialmente a causa de una enfermedad mental, o que se encuentre internada en un establecimiento psiquiátrico, dado que en ese supuesto el sujeto no es libre en sus decisiones y podría, por tanto, sufrir presiones e injerencias en la emisión del sufragio.⁵⁴

Más discutible es la cuestión de la privación del derecho de sufragio para los condenados a pena privativa de libertad. Esta excepción ha sido revisada en algunos países entre los que se encuentra España. Tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el legislador español elimina de manera acertada,⁵⁵ la privación del derecho de sufragio activo como consecuencia de una sanción penal;⁵⁶ y lo hace mucho tiempo antes de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirme en el caso *Hirst contra Reino Unido* (6 de octubre de 2005) que la privación del derecho de sufragio activo a los reclusos condenados con carácter general y sin tener en cuenta circunstancias como la gravedad del delito o la duración de la condena, es desproporcionado y por tanto viola el artículo 3 del Protocolo Adicional número 3 del Convenio.

⁵⁴ “Artículo 3º.1. Carecen de derecho de sufragio: a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento. B) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. C) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.” LOREG.

⁵⁵ La constitucionalidad de esta privación del derecho de sufragio activo había sido cuestionada por López Guerra en “El derecho de participación del artículo 23.2 de la Constitución española” en *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, pp. 1177 y 1178, 1993.

⁵⁶ Con anterioridad a esta reforma en el Código Penal español se preveía la privación del derecho de sufragio activo como consecuencia de una inhabilitación absoluta, especial o suspensión (antiguos artículos 35.2, 37 y 39).

En la actualidad, la normativa electoral y penal española sólo prevén la privación del derecho de sufragio pasivo con motivo de una inhabilitación especial (artículo 39.2 LOREG), salvando por tanto la auténtica naturaleza y esencia del derecho de sufragio que se veía seriamente comprometida ante la privación de su vertiente activa por motivo de una condena penal. El privado de libertad, únicamente está privado de aquellos derechos que expresamente son imposibles de desarrollar por motivo de su reclusión (libertad de circulación o residencia, por ejemplo), pero no del resto. Nada impide al condenado la autodeterminación de su opción política y el único problema que puede plantearse es el de su ejercicio efectivo en el colegio electoral. Por ello, teniendo en cuenta que el ordenamiento español permite el ejercicio del derecho de sufragio por correo, es ésta sin duda la solución más adecuada para resolver esta cuestión, salvo que el régimen penitenciario que se aplique al condenado le permita, por la situación penitenciaria en que se encuentre, votar personalmente.

Más difícil sería la resolución práctica del ejercicio del derecho de voto de los condenados en aquellos Estados en que como México no consideran la votación por correo, sino únicamente la votación por personación, por entender que de lo contrario no estaríamos ante un sufragio personal, tal y como exige el artículo 4.2 del Cofipe. Sin embargo, el carácter personal del voto creemos que no puede entenderse como sinónimo de personación directa en el lugar en el que se efectúa la votación; sino como la determinación real del mismo por parte de su titular. Esta cuestión se encuentra sin lugar a dudas garantizada en aquellos países como España, que en la actualidad prevén sistemas de votación por correo y, por tanto, no afecta el contenido esencial del derecho de sufragio activo.

IV. DERECHO DE ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS

Tal y como puede derivarse de las páginas anteriores, la participación del ciudadano en la vida política va a concebirse como un principio básico de la organización de un Estado democrático de derecho.

Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional español cuando afirma que el derecho a participar en los asuntos públicos como elector y elegible, tal y como se reconoce en el artículo 23 apartados 1º y 2º de la Constitución española aparece “en virtud del carácter democrático del Estado, como elemento básico de todo el sistema constitucional” (Sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 26/90) como “piedra angular del sistema democrático” (STC 27/90, f.j.3º).

Los artículos 23.2 de la Constitución española y 35.II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconocen el derecho de acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad y con los requisitos que establecen las leyes. Con este derecho, se convierte al ciudadano en sujeto de la vida política, elevando a la categoría de derecho fundamental un derecho que “no presupone al hombre individual libre en el estado extraestatal de libertad, sino al ciudadano que vive en el Estado, al citoyen”.⁵⁷

Sin embargo, en este derecho de acceso a funciones y cargos públicos hemos de diferenciar claramente dos vertientes. Una primera referida a los cargos públicos pertenecientes a una cámara representativa, y la segunda relativa a los cargos públicos funcionariales, vertiente ésta cuyo análisis no va a tratarse en este artículo por exceder al objeto del mismo.

Al igual que en el supuesto de derecho de sufragio activo, los textos constitucionales mexicano y español se remiten directamente

⁵⁷ Carl Schmit, 1982, p. 174.

a la ley para la delimitación del contenido y perfiles concretos del derecho. Las leyes, y en su caso los reglamentos, serán los que definan qué ha de entenderse por cargo público representativo y cuál es el “estatus del mismo”.

La ley, como veremos, determinará en consecuencia las condiciones de acceso a los cargos públicos, fijando —entre otras— las condiciones de elegibilidad, ejercicio, permanencia y cese. Podrá incluso delimitar negativamente el derecho, pero sin afectar su contenido esencial, calificado por el propio Tribunal Constitucional español como “límite genérico a la regulación legal ordinaria de los derechos fundamentales” STC 24/90, f.j.7º.

En conclusión, y pese a que las normas *normarum* del ordenamiento no suelen definir en qué consiste el derecho de acceso a cargos y funciones públicas, sí le reconoce un contenido esencial que no es equivalente al derecho de acceso a cargos públicos de forma generalizada, sino que lo que las constituciones garantizan en general es el acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad y una vez cumplidos los requisitos y procedimientos establecidos por las leyes.⁵⁸

A. TITULARIDAD DEL DERECHO

Consideraciones generales

El artículo 35.II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que son titulares del derecho de sufragio pasivo⁵⁹

⁵⁸ “El derecho de acceso no es un derecho indiscriminado y su satisfacción requiere por tanto el cumplimiento de los requisitos determinados por las leyes” STC 24/90 (caso, Elecciones de Murcia) f.j.3º.

⁵⁹ Aunque en una primera lectura puede considerarse que coinciden los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo; sin embargo se establecen peculiaridades para este último para el cargo de diputado, como por ejemplo el aumento de la edad necesaria para ello.

los ciudadanos. Sin embargo, nada dice la Constitución española en su artículo 23 párrafo 2º acerca de la titularidad del derecho que en él se reconoce, sino que es necesario que nos remitamos a otro precepto del texto constitucional, el artículo 13.2.

Dicho artículo establece que “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”, es el fruto de la primera reforma que sufre nuestro texto constitucional⁶⁰ y permite el disfrute de un derecho político a personas físicas nacionales y no nacionales, suponiendo esto último una novedad sumamente importante en el entorno europeo.

Ya Carl Schmitt afirmaba que estos derechos, refiriéndose a los derechos de participación política, “naturalmente no son para extranjeros porque entonces cesaría la unidad y comunidad política y desaparecería la posibilidad de distinguir entre amigos y enemigos”.

Analicemos más detenidamente la cuestión de la titularidad en los próximos apartados.

Los extranjeros como titulares del derecho de acceso a cargos públicos

“La Constitución española es obra de españoles pero no sólo para españoles.”
(STC 99/85)

El artículo 13 apartado primero de la Constitución española determina que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que

⁶⁰ Artículo modificado (para introducir las palabras << y pasivo >>) por la Reforma aprobada por las Cortes Generales y sancionada por el Rey el 27 – VIII-1992.

garantiza el Título I de la CE, pero en los “términos que establezcan los Tratados y la ley”; y a continuación, antes de ser reformado en 1992, matizaba que en el caso del artículo 23 solamente serían titulares del mismo los españoles “salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o por ley para el derecho del sufragio activo”. Por tanto y en esta primera redacción del apartado 2º del artículo 13, quedaría excluida la titularidad del derecho de acceso a funciones y cargos públicos para los extranjeros.⁶¹ Cualquier norma que previera lo contrario sería totalmente inconstitucional.

Sin embargo, el artículo 13.2 del texto constitucional español (sin precedentes en la historia constitucional española) suponía una apertura en lo que respecta a la atribución de derechos políticos a los extranjeros, ya que les concedía al menos, la posibilidad del ejercicio del derecho de sufragio activo en las elecciones locales. Rompe así la Norma Fundamental española con la consideración de que los derechos políticos, en concreto el derecho de sufragio estaba intrínsecamente vinculado a la ciudadanía.

La Teoría de la consustancialidad entre sufragio y nacionalidad tiene su origen en la Revolución Francesa. Tal y como ya hemos señalado en las primeras páginas de este texto, se consideraba que el acceso a las urnas estaba reservado únicamente a los nacionales, que eran quienes realmente tenían interés en los asuntos del Estado.

En este contexto pues, no podemos reprochar a la Constitución española falta de generosidad a la hora de tratar los derechos de los extranjeros en España, ya que la situación a nivel comparado no había evolucionado más. Así se reconoce en los Votos Particulares de los magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García

⁶¹ Antes de la modificación del artículo 13 apartado segundo, la STC 112/91 había declarado que “no cabe pues, ni por Tratado ni por ley, atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en cualquiera de los procedimientos electorales”.

Mon a la sentencia del Tribunal Constitucional español 115/87, en la que se declaraba que nuestro país “se encontraba entre los que más lejos han llegado en la garantía constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros”.

Sin embargo, a raíz de la modificación por el Tratado de Maastricht de algunos de los preceptos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), en concreto del artículo 8.B apartado 1 (resultante del artículo 8.B. 10, del Tratado de la Unión Europea), la previsión española se quedaba corta y el precepto comunitario va a entrar en contradicción con el artículo 13.2 de la Constitución Española.

En el marco de la Comunidad Europea, se había ido caminando lentamente hacia el reconocimiento de ese *tertium genus* que supone la categoría de —Ciudadano Miembro de la Unión Europea—, intentando superar las desigualdades existentes entre los ciudadanos residentes en los Estados Miembros de la Unión Europea. En este *iter* en el que en el artículo 8A del TCE se reconoce la libre circulación de personas y la noción de “espacio sin fronteras interiores”, sería un contrasentido no reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales de los Estados miembros donde residan. Como dice Satrústegui: la aplicación estricta del requisito de la nacionalidad marginaría a un importante grupo social que, sin embargo, contribuye con su trabajo e impuestos al desarrollo de la comunidad donde reside.

Así, el artículo 8.B apartado 1 establece lo siguiente:

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

El Estado español se encontraba entonces con el problema de la ratificación de un Tratado con algunos preceptos que contravenían su Norma Fundamental, en concreto el artículo 13.2 CE. Ante

esta situación únicamente cabía seguir la vía prevista por la propia Constitución en su artículo 95 párrafo 2º que dispone que “el Gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden recurrir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no contradicción entre un Tratado y la Constitución Española”.

A tal efecto, el Tribunal Constitucional emite su Declaración de 1 de julio de 1992 en la que afirma la imposibilidad de realizar una interpretación integradora del artículo 13.2 CE y el artículo 8B.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Por tanto, el Tratado mencionado no podría ser objeto de ratificación sin la previa reforma del artículo 13.2, que añadiría a éste el término “**pasivo**”, quedando el artículo como sigue: “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 por ley para el derecho de sufragio activo y **pasivo** en las elecciones municipales”.

Tras esta modificación, ya no son los ciudadanos españoles los únicos titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales, sino que también gozarán de los mismos los extranjeros en los términos que establezcan los tratados y las leyes. Sin embargo, el legislador podrá introducir para el ejercicio de estos derechos por los extranjeros algunos requisitos distintos a los exigidos a los nacionales, siempre y cuando no se trate de requisitos discriminatorios, ni de condiciones que desnaturalicen el derecho fundamental en cuestión.

Ahora bien, esta Declaración, que supone una reforma constitucional, ha recibido numerosas críticas por su **innecesariedad** según algunos autores, pero sobre todo porque de ella se desprende que la Constitución española, únicamente admite las dos categorías clásicas de titulares de derechos fundamentales: nacionales y extranjeros, sin admitir constitucionalmente ese *tertium genus* que supone el ser ciudadano de la Unión Europea.

Con la reforma de la Constitución, los ciudadanos de la Unión Europea residentes en España no son tales, sino extranjeros y votan en calidad de ello. Esta conclusión podría resultar contraria, en opinión de algunos autores, al fin último del TUE, porque si con la ciudadanía de la Unión lo que se pretende es la igualdad en el trato nacional entre los ciudadanos de los distintos Estados comunitarios; éstos podrían asimilarse a la categoría de ciudadanos nacionales y más cuando como el propio Tribunal Constitucional reconoce en su Declaración, la Constitución no define quiénes son realmente españoles.

En conclusión, en el ordenamiento español, los titulares del derecho del artículo 23.2 CE son los españoles y los extranjeros lo son sólo en las elecciones municipales y en los términos que establezcan los tratados y la ley.

En el caso mexicano, tal y como hemos mencionado con anterioridad, está expresamente prohibida en la propia norma fundamental la participación de los extranjeros en la vida política mexicana, por lo que sólo serán titulares de este derecho de sufragio los mexicanos de nacimiento, quedando por tanto relegados a ciudadanos de segundo orden —en nuestra opinión—, aquellos que sean mexicanos por adopción.⁶²

Las personas jurídicas como titulares del acceso a cargos públicos

Las personas jurídicas pueden ser titulares de alguno de los derechos reconocidos en los textos constitucionales; sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, la Constitución española únicamente se

⁶² Con anterioridad a la reforma de la Constitución del año 1994 se exigía que para ser Presidente de la Nación, se fuera mexicano de nacimiento de padre y madre mexicano. En la actualidad, basta con que uno sólo de los progenitores sea mexicano.

refiere a los ciudadanos españoles, pero en cualquier caso personas físicas, no jurídicas; y lo mismo ocurre con el artículo 35.II de la Constitución mexicana.

Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional español desde el primer momento “el derecho a participar se otorga a los ciudadanos en cuanto tales y por consiguiente a las personas individuales. No es un derecho que pueda reconocerse genéricamente a las personas jurídicas” (STC 51/84 f.j.4º).

Sin embargo, el problema surge con la STC 32/85, en concreto con la afirmación de que “tales derechos (refiriéndose a los derechos del artículo 23) los ostentan sólo las personas físicas o jurídicas”. En nuestra opinión y pese a posiciones como la de Manuel Pulido Quecedo que mantiene que la titularidad de este derecho corresponde a los nacionales, bien personas físicas o jurídicas, la afirmación de esta sentencia no modifica la doctrina constitucional sobre el tema, la consideramos un “lapsus del Tribunal Constitucional español”,⁶³ ya que no se ha vuelto a hacer mención a esa “discutible titularidad” en ninguna de las sentencias posteriores en las que el Tribunal se ha podido pronunciar respecto al tema; careciendo por otra parte de sentido que acceda a un cargo representativo una persona jurídica. Creemos que sería lógico pensar que la sentencia mencionada cuando habla de titularidad de personas jurídicas, en realidad se está refiriendo a legitimación de las personas jurídicas para defender el derecho.

Nosotros nos inclinamos por seguir la línea general marcada por el Tribunal Constitucional español, que excluye de la titularidad del derecho de sufragio pasivo a los partidos y sindicatos, si bien les concede legitimidad para reaccionar ante una eventual conculcación del derecho. Se reconoce además que los partidos políticos ejercen funciones de trascendental importancia, son el cauce de ejercicio de la participación política y por ello se le atribuyen facultades

⁶³ Enric Fossas Espalader, *El derecho de acceso a los cargos públicos*, p. 93.

como la presentación de candidaturas y la defensa de las mismas. Pero, es necesario reiterar que el derecho a participar corresponde al ciudadano y no a los partidos políticos.

Es en este punto, donde cabe cuestionarse la legitimidad de la prohibición de candidaturas independientes en el ordenamiento mexicano. Como estamos viendo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como una obligación y un derecho de los ciudadanos mexicanos, el votar y ser votado. También señala cuáles son los requisitos que los ciudadanos deben reunir para acceder a los cargos públicos representativos y en ningún momento señala como tal, la postulación por parte de los partidos políticos. Sin embargo, la ley reglamentaria, es decir, el Cofipe, señala en el artículo 218.1 que corresponde exclusivamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular.

En nuestra opinión, estamos ante un caso claro de desarrollo legislativo de un precepto constitucional de forma no favorable a la interpretación del mismo. La Constitución mexicana no prohíbe la existencia de candidaturas independientes, sino que lo hace la legislación de desarrollo que perfecciona un derecho de configuración legal, como es el derecho de acceso a cargos públicos representativos.⁶⁴

Esta problemática llegó incluso hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que resolvió el 6 de agosto de 2008 la

⁶⁴ En este mismo sentido, Armendáriz Fernández, “En base a lo ya analizado podemos concluir que la actual Constitución mexicana nunca ha prohibido las candidaturas independientes. Fue la legislación ordinaria reformada la que desconoció esta opción democrática que ya existía, pues al tratarse de una limitante que restringe un derecho constitucional, ésta debe tener fundamento en otra norma constitucional de manera expresa y no sólo provenir de una ley secundaria de inferior jerarquía. Por consecuencia, al no existir límite o intervención, la prohibición establecida en la ley ordinaria resulta de dudosa constitucionalidad”. “Derecho al sufragio en la legislación electoral mexicana” en Cuadernos Electrónicos, Derechos Humanos y Democracia, núm. 4, p. 136.

demanda del señor Castañeda Gutman que intentó presentarse como candidato independiente en el proceso electoral para la elección de Presidente de la República en julio de 2006. En la misma, la Corte argumenta que los Estados Unidos Mexicanos han fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a “necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas, sociales. La necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en las que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones. Todas ellas responden a un interés público imperativo (...)”.⁶⁵

Por tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tras reiterar que el derecho a ser elegido consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos no impone un sistema electoral determinado,⁶⁶ concluye que la prohibición de las candidaturas independientes del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales mexicano, es una medida legal, proporcionada y que responde a un interés público. También es una solución necesaria en una sociedad democrática como la mexicana, que necesita fortalecer el sistema de partidos políticos y organizar eficazmente los procesos electorales para garantizar la convocatoria de elecciones libres por sufragio universal e igual, tal y como prevé la Convención Americana. En conclusión, la Corte considera

⁶⁵ Caso Castañeda Gutman *versus* Estados Unidos Mexicanos, párrafo 202.

⁶⁶ En esta misma línea las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de marzo de 1987, caso Mathieu-Mohin y Clerfayt *versus* Bélgica.

que tanto los sistemas electorales contruidos únicamente con base en los partidos políticos, como aquellos otros que admiten la presencia de candidaturas independientes pueden ser compatibles con el derecho a ser elegido garantizado en el artículo 23 de la Convención Americana.

En nuestra opinión, y pese a entender que las circunstancias históricas, sociales e incluso políticas pueden aconsejar reforzar la función de los partidos políticos en la sociedad mexicana; creemos que la admisión de candidaturas independientes con algunos requisitos, como por ejemplo el que éstas se encuentren avaladas por un grupo determinado de ciudadanos inscritos en el censo electoral correspondiente, fortalecería el sistema democrático mexicano y enriquecería el proceso electoral.⁶⁷

La normativa electoral española (artículo 44.1 LOREG), permite que puedan presentar candidatos o listas de candidatos no sólo los partidos políticos, sino también las federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que hayan reunido la firma del 1 por 100 de los inscritos en el censo electoral de la circunscripción.⁶⁸ Sin duda alguna, consideramos que aquellos sistemas electorales que combinan la participación en la contienda electoral de los partidos políticos y de candidaturas independientes, enriquecen el proceso electoral y hacen más efectivo el mandato presente en los artículos 23 de la Constitución española, 35 de la Constitución Política de los

⁶⁷ De la misma opinión es Armendáriz Fernández, cuando afirma “Además, si en México aspiramos a elevar el nivel de democracia hacia una más deliberativa y participativa, deberá reformarse la ley ordinaria y permitir nuevamente las candidaturas independientes. Legislando, desde luego, para evitar un exceso de éstas que puedan desvirtuar el proceso electoral, y cuidando que sólo se permitan las aspiraciones ciudadanas que expresen seriedad”. “Derecho al sufragio en la legislación electoral mexicana”, p. 136.

⁶⁸ Requisitos semejantes se exigen en aquellos países que como Chile, Ecuador, Honduras, Perú o Venezuela permiten el registro de candidaturas independientes con la condición de que vengan avaladas por un porcentaje determinado de ciudadanos inscritos o empadronados.

Estados Unidos Mexicanos y 23 de la Convención Americana de atribuir la titularidad de los derechos políticos a los ciudadanos y no a los partidos políticos.⁶⁹

Mayoría de edad

Al igual que en el caso del derecho de sufragio activo, la normativa electoral establece una determinada edad como requisito para la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Lo habitual es que la “edad de madurez electoral” requerida para votar y ser votado sea la misma, y así ocurre en el caso español. Sin embargo, no sucede lo mismo en el caso mexicano, que exige tener 21 años cumplidos en el día de la elección para el caso de diputado y 25 en el caso de senador (artículos 55 y 58 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Probablemente el aumentar la mayoría de edad para el ejercicio de cargo representativo responda a la necesidad de asegurar que el ejercicio de la vida política de la nación mexicana se encuentre en manos de personas que además de ser mayores de edad, hayan adquirido ya una experiencia vital suficiente que le permita adoptar decisiones políticas con un grado de madurez superior al que se presume a un ciudadano de 18 años. Lo que sin duda llama la atención es la diferencia establecida entre el cargo de diputado y de senador y que en nuestra opinión es difícil de justificar, salvo que se fundamente en la mayor complejidad de las decisiones que deben asumir los senadores, frente a las que se adoptan en el Congreso, cuestión bastante discutible.

⁶⁹ “Como ya se ha señalado, el artículo 23 de la Convención Americana se refiere a los derechos de los ciudadanos y reconoce derechos que se ejercen por cada individuo en particular” Párrafo 154. Caso Castañeda Gutman *versus* Estados Unidos Mexicanos, 6 de agosto de 2008.

B. REQUISITOS PARA EL ACCESO Y EJERCICIO AL CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO

Ya hemos mencionado el derecho de sufragio pasivo como un derecho de configuración legal. La consecuencia inmediata de esta afirmación es que la Constitución consagra no el derecho del ciudadano a acceder a los cargos públicos, en este caso representativos, sin más; sino que lo que se garantiza es el derecho del ciudadano a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Distinguiremos por tanto en este derecho, entre los requisitos de acceso al cargo y los requisitos para el ejercicio del mismo. Por razones de unidad los trataremos conjuntamente en el mismo apartado, aunque somos conscientes de que estos últimos no afectan la titularidad del derecho; se cumplan o no, como veremos en las páginas siguientes, el sujeto ya ha accedido al cargo.

Inelegibilidad

En el supuesto de acceso a cargos públicos representativos, estos requisitos legales vienen establecidos en la LOREG, en el caso español y en el Cofipe, en el caso mexicano, que especifican las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores.

Por tanto, los titulares del derecho de sufragio pasivo a los que nos hemos referido con anterioridad, para ejercitar el mismo deberán ser ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de “edad electoral”, y no ser sujetos a ninguna de las causas de inelegibilidad establecidas en la Constitución o en la normativa electoral de desarrollo.

Lo que intentan estas causas de inelegibilidad es garantizar que el proceso electoral se desarrolle en condiciones de igualdad y, por tanto, que ninguno de los candidatos que concurran al mismo puedan ejercer por razón del cargo que ocupan o profesión que

desarrollan una coacción directa o indirecta sobre el elector. Los votantes no deben sentirse presionados por la relevancia profesional del candidato, para así garantizar otra de las características del sufragio, el que éste se conforme y ejerza de forma libre.

La Constitución española a la hora de determinar las causas de inelegibilidad se remite a la ley electoral, que será la que en su artículo 6 determine el marco general, no obstante, le impone unos criterios mínimos. No podrán ser elegibles por razón del cargo que ocupan, a tenor del artículo 70 de la Constitución española:

- Los componentes del Tribunal Constitucional.
- Los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, excepto los miembros del gobierno.
- El Defensor del Pueblo.
- Los magistrados, jueces y fiscales en activo.
- Los militares profesionales y los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.
- Los miembros de las Juntas Electorales.

A estos supuestos constitucionalmente establecidos, debemos añadir los recogidos en el artículo 6 de la LOREG, que determina las personas inelegibles con carácter absoluto, y entre los que deben destacarse los miembros de la Familia Real española o el Fiscal General del Estado, entre otras; y aquellas que lo son por causas penales, como los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el periodo que dure la pena.

Sin embargo, la enumeración exhaustiva de las causas de inelegibilidad que realiza el artículo 6 LOREG, no tiene ni mucho menos el carácter de *numerus clausus*, ya que a los supuestos previstos en la LOREG, han de añadirse aquellos que se deriven de ciertas penas del Código Penal, y las previsiones específicas para las distintas modalidades de elecciones existentes en el ordenamiento jurídico español.

En el caso mexicano, podemos encontrar cierta analogía con lo señalado respecto al ordenamiento español, ya que es la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos quien señala algunas de las causas de inelegibilidad (artículo 55, principalmente) por razón del ejercicio profesional del ciudadano:

- Estar en servicio activo en el Ejército Federal, o tener mando en la policía o gendarmería del distrito de la elección.
- Ser Secretario o Subsecretario de Estado.
- Ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Los Gobernadores de los Estados.
- Los Secretarios de Gobierno de los Estados.
- Los Magistrados y Jueces Federales o del Estado.
- Los Ministros de Culto.
- Los Diputados y Senadores para el periodo inmediato.

Tal y como señalamos en las páginas iniciales de este artículo, una de las causas de inelegibilidad que en la actualidad puede ser más discutible es sin lugar a dudas la condición de ministro de cualquier culto o sacerdote. En nuestra opinión, únicamente puede justificarse esta inelegibilidad, si la realidad social mexicana en la actualidad muestra efectivamente que los sacerdotes siguen manteniendo el tradicional poder moral o político que han ejercido en el pasado. Probablemente esta causa de inelegibilidad tuviera su razón de ser en el momento de promulgación de la Constitución mexicana en 1917, pero en la actualidad su permanencia en el texto constitucional me parece más que discutible, sobre todo si tenemos en cuenta que estamos hablando de elecciones a nivel del Congreso de la Unión o la Cámara de Senadores.

A todas las causas contempladas en la Constitución Política, hay que añadir también —como en el caso español— las previstas en el artículo 7 del Cofipe, que hacen referencia a la inelegibilidad de aquellos ciudadanos relacionados con el Tribunal Electoral del

Poder Judicial de la Federación (magistrado, secretario) o con el Instituto Federal Electoral.

Debe precisarse que en algunos de los supuestos mencionados, tanto en el caso español como en el mexicano, esta condición de inelegibilidad desaparece tras la separación del cargo, como es lógico si atendemos a la auténtica naturaleza de estas condiciones de inelegibilidad, que lo que intentan evitar es que la profesión que en esos momentos se está desempeñando sea un obstáculo para la emisión libre del sufragio por parte del votante.

Requisitos para el ejercicio del cargo

Una vez examinados los requisitos para el acceso al cargo público representativo en el apartado anterior, hemos de continuar nuestro estudio analizando la segunda cuestión; la perfección o ejercicio efectivo del cargo.

El cargo público representativo en el que no recaiga causa alguna de inelegibilidad, para el efectivo desempeño de su cargo tampoco debe estar incurso en ninguna de las causas de incompatibilidad, que vienen recogidas de forma detallada en los artículos 155 a 160 de la LOREG y artículo 79 del Cofipe.

Pese a que muchas de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad coinciden, no tienen la misma naturaleza. Si las primeras tienen su campo en el proceso electoral, evitando por ejemplo que el cargo que ocupa una determinada persona intimide al elector; las segundas tienen como finalidad que el cargo público representativo desarrolle su función sin interferencia alguna. Como manifiesta el Tribunal Constitucional español en la sentencia 178 /1989, “el fundamento de la incompatibilidad de los órganos constitucionales de relevancia constitucional pretende garantizar la separación de funciones (...) o incluso la imparcialidad del órgano en cuestión”.

Así, las causas de incompatibilidad lo son principalmente por motivos “funcionariales” o retributivos. Por ejemplo, diputados y senadores deberán ejercer su cargo en régimen de dedicación absoluta, con muy escasas excepciones. Pero además, para el pleno ejercicio del cargo los reglamentos de las principales Cámaras representativas exigen a diputados y senadores la presentación de la correspondiente credencial expedida por la autoridad electoral, que acredite su condición de electo en el correspondiente proceso electoral.

C. CONTENIDO Y ÁMBITO PROTEGIDO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO

El contenido esencial del derecho de sufragio pasivo consiste tal y como manifiesta el Tribunal Constitucional español en la sentencia 27/90,⁷⁰ en “asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes”.

Pero, el derecho a ser elegible no agota su contenido en el acceso al cargo o función pública de que se trate, sino “que implica también necesariamente el derecho a **mantenerse** en ellos y **desempeñarlos**, de acuerdo con lo previsto en la ley que, como es evidente, no podrá regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que vacíe de contenido la función que han de desempeñar”. STC 32/85, f.j. 3º.

Por ende, formará parte del contenido esencial del derecho de sufragio pasivo: el derecho a ser elegible, incluyéndose aquí el derecho a la presentación de candidaturas y el derecho a ser proclamado electo; y el derecho a mantenerse en el cargo y a desempeñarlo, todo

⁷⁰ Ya antes el Tribunal Constitucional español en la sentencia 71/89 había declarado que el derecho de sufragio pasivo “tiene como contenido esencial, asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, hayan elegido como sus representantes satisfaciendo, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos”. Fj. 4º.

ello de conformidad con lo que establezcan las leyes y reglamentos. Los derechos y deberes que estas normas atribuyen quedan integrados en el contenido del derecho de sufragio pasivo, posibilitando a los cargos representativos el recurrir en amparo si alguno de esos derechos es afectado por algún acto del poder público.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas anteriores, hemos mostrado de qué manera los derechos de participación política —tanto en el ordenamiento mexicano como en el español—, constituyen los auténticos pilares de un Estado democrático. El mantenimiento del mismo requerirá de una evolución y actualización de los derechos que lo conforman, tanto desde el punto de vista de las garantías de éstos como de su interpretación favorable.

La reciente reforma electoral mexicana ha supuesto un paso adelante en la consolidación y protección de los derechos político-electorales en el ordenamiento mexicano, pero en nuestra opinión aún es necesario que se avance en algunos puntos para el cumplimiento efectivo del mandato constitucional contemplado en el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que otorga a todos los ciudadanos mexicanos el derecho/deber de votar y ser votados.

Dos son los aspectos que pueden ser mejorados en la actual regulación del derecho de sufragio en el ordenamiento mexicano: el estricto entendimiento del binomio nacionalidad y titularidad de derechos políticos y el monopolio exclusivo de los partidos políticos en la contienda electoral.

Con respecto al primero, son titulares del derecho de sufragio activo, tal y como hemos visto, únicamente los nacionales mexicanos que cumplan los requisitos señalados por la Constitución y las leyes. Sin querer desvirtuar la tradicional conexión de esta clase de derechos con la ciudadanía, creemos aconsejable una nueva interpretación del mismo motivada por la internacionalización de la vida de los

Estados, que ha afectado también al campo de los derechos. Desde esta nueva óptica, creemos que se enriquecería el proceso de adopción de decisiones políticas, si en éste participasen aquellos ciudadanos extranjeros o mexicanos “por adopción” (en el supuesto del derecho de sufragio pasivo), que acreditasen tener una vinculación estable con el país en cuestión y para una determinada clase de elecciones, como por ejemplo las municipales, al igual que ocurre en Europa o en otros países de América, como Argentina o Bolivia.

En cuanto al monopolio de los partidos políticos a la hora de hacer efectivo el derecho constitucional a ser votado, puesto que sólo a través de éstos pueden registrarse los candidatos, creemos, pese a lo manifestado en el caso Castañeda Gutman por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se está limitando injustificadamente el derecho de los ciudadanos a acceder a cargos públicos representativos. La función vital desempeñada por los partidos políticos en todos los Estados democráticos, no se ve empañada por permitir la existencia de candidaturas independientes. El proceso electoral puede canalizarse de manera ordenada no sólo a través de los partidos políticos, sino también resulta aconsejable a través de candidaturas independientes que reúnan determinados requisitos establecidos por la ley, con el fin de evitar una “avalancha de candidatos” que podría dificultar el resultado final de una contienda electoral.

En cualquier caso, la normalidad democrática de México es hoy un logro conseguido que creemos puede perfeccionarse, enriquecerse y consolidarse con las propuestas sugeridas en los párrafos anteriores y, en todo caso, con la acción conjunta del Estado, los ciudadanos y los partidos políticos.

Por otra parte, las autoridades electorales, a las que no hemos hecho mención aquí por exceder al tema tratado, tienen la oportunidad y la responsabilidad tras las últimas reformas operadas, de garantizar la vigencia efectiva de los derechos político-electorales aquí mencionados.

VI. FUENTES CONSULTADAS

- Aragón Reyes, M., “Democracia y Representación. Dimensiones Subjetiva y Objetiva del Derecho de Sufragio”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 9, 2000.
- Arruego Rodríguez, G., *Representación política y derecho fundamental*, Madrid, CEPC, 2005.
- Bastida Freijedo, F., “La soberanía borrosa: la democracia”, *Fundamentos*, núm. 1, 1998.
- , “Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, 1987.
- Caamaño Domínguez, F., *El derecho de sufragio pasivo*. Aranzadi, 2000.
- Carbonell Sánchez, M., “Democracia y representación en México: algunas cuestiones pendientes”, Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral, coord. Orozco Rodríguez, vol. I, México, UNAM, 1999.
- Castillo González, L., “Retos jurisdiccionales del proceso electoral federal de 2005-2006”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 245, México, 2006.
- Cruz Villalón, P., “Dos cuestiones sobre la titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, CEPC, 1992.
- Deop Madinabeitia, X., “Los derechos políticos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. I, coord. Terol Becerra et al., Aranzadi, 2006.
- Diez-Picazo Giménez, Luis Ma., *Sistema de Derechos fundamentales*, 2ª edición, Civitas, 2005.
- Esparza Martínez, B., “Un problema en el Estado de derecho y democrático pendiente a resolver en México: la legalidad y

- constitucionalidad de la democracia interna de los partidos políticos”, *Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. II, coord. Terol Becerra *et al.*, Aranzadi, 2006.
- Fossas Espadaler, E., *El derecho de acceso a los cargos públicos*. Tecnos, 1993.
- Galván Rivera, F., *Derecho Procesal Electoral mexicano*, México, Porrúa, 2006.
- Gil Sevilla, D., “El voto en el extranjero: un acercamiento al modelo mexicano”, *Revista IIDH*, núm. 42, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.
- González Oropeza, M., “Hacia una nueva ley de partidos políticos en México”, *Tendencias contemporáneas del derecho electoral en el mundo*, México, 1993.
- Kelsen, H., *Esencia y Valor de la democracia*, Labor, 1977.
- López Guerra, L., “El derecho de participación del artículo 23.2 de la Constitución española”, *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, 1993.
- Martínez, María A., “La representación política y la calidad de la democracia”, *Revista mexicana de sociología*, núm. 4, México, 2004.
- Oñate Rubalcaba, Pablo, “Participación política, partidos y nuevos movimientos sociales”, *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, núm. 194, México, 2005.
- Pulido Quecedo, M., *El acceso a cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, 1992.
- Presno Linera, M.A., “Las garantías del derecho de participación política a través del sufragio activo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 52, 2001.
- , “La titularidad del derecho de participación política”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 104, 2002.

**Análisis comparado México-España
de los derechos político-electorales**

es el cuaderno núm. 10 de la serie
Temas selectos de Derecho Electoral.

Se imprimió en julio de 2010
en la Coordinación de Comunicación Social,
del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Carlota Armero núm. 5000, colonia CTM Culhuacán,
Del. Coyoacán, México, D.F., 04480.

Su tiraje fue de 1,500 ejemplares