



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319

Salvador
n. 1 Setembro 2015

LOS DERECHOS POLÍTICOS EN ESPAÑA Y BRASIL: UNA APROXIMACIÓN EN PERSPECTIVA COMPARADA¹

Ingo Wolfgang Sarlet²

David Almagro Castro³

RESUMEN

El presente artículo aborda la regulación constitucional y el desarrollo legislativo complementario de los derechos políticos en los ordenamientos español y brasileño conceptuados jurisprudencial y doctrinalmente como pilar básico de la legitimación del Estado democrático de Derecho. Partiendo de tal centralidad sistemática este artículo persigue tres objetivos interrelacionados: abordar la fundamentación y la relación de interdependencia entre los derechos políticos y los principios democráticos y de soberanía popular; repensar la idoneidad de los parámetros referenciales de la titularidad de derechos políticos y, finalmente, analizar la praxis jurisprudencial y los mecanismos de participación política poniendo de manifiesto la incoherencia sistemática entre el modelo de democracia participativa diseñado constitucionalmente y las restricciones impuestas tanto constitucional cuanto legislativamente.

Palabras clave: Democracia. Derechos políticos. Nacionalidad. Ciudadanía. Participación.

ABSTRACT

The current paper undertakes a research over political rights having both, the constitutional and its legal complementary regulation, the Spanish and Brazilian systems as key references besides considering them, in a jurisprudentially and doctrinally way, as founding pillars of the democratic estate. Taking its systematic centrality as the starting point, this paper pursues three related goals: to make an analytical approach on the political rights founding theoretical principles: the democratic and people's sovereignty; rethink its entitlement's suitability founding parameters and, finally, analyze both the jurisprudential praxis and the current mechanics on political participation emphasizing the systemic incoherency between the participative democratic system constitutionally designed and the restrictions imposed by the constitution and the legal regulation.

¹ Artículo original publicado na Revista Estudios Constitucionales, n. 1, ano 2013, editada pelo Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

² Cordinador Programa Pos-Grado The PUCRS. iwsanlet@gmail.com.

³ Pos-Doctorando en Derecho en PUCRS. davalmagrocastro@gmail.com.

Keywords: Democracy. Political rights. Nationality. Citizenship. Political participation.

INTRODUCCIÓN

Los derechos políticos son considerados pieza angular del Estado democrático. Solo en el marco institucional de una democracia constitucional pueden alcanzar plenitud de sentido y eficacia. Y a este *status quo* responde su categorización en los ordenamientos jurídicos español y brasileño en una doble proyección: como derechos fundamentales y como piezas centrales de la legitimación del régimen democrático. Tomando como panorama referencial el anteriormente descrito el presente artículo se dividirá en dos bloques interrelacionados entre sí. Un primer punto en el que se establecerá la relación causal y de interdependencia de los principios democráticos y de soberanía popular como fundamento de los derechos políticos. Complementariamente se realizará un recorrido sobre el “estado del arte” en la doctrina, debe advertirse que sin ánimo conclusivo, sobre la categorización de los derechos políticos como dimensión autónoma o bien como integrantes de una categoría mixta de derechos fundamentales

Un cambio de enfoque, con carácter predominantemente analítico, se propondrá en los puntos segundo y tercero. Reseñados los referenciales axiológicos y teleológicos de los derechos políticos se dará paso a un estudio de carácter *deconstructivo* del derecho positivo vigente en materia de derechos políticos. Serán objeto de crítica los parámetros referenciales de la titularidad de los derechos políticos, la nacionalidad y la ciudadanía, en el marco de las actuales sociedades post-modernas y la consiguiente exclusión de los extranjeros como posibles titulares de derechos políticos, realidad difícilmente justificable en función de las mutaciones socio-políticas habidas con indudables reflejos jurídicos hoy día minusvaloradas por la doctrina científica.

Ya en el último punto serán analizados en perspectiva comparada los mecanismos de participación política actualmente existentes desde una doble perspectiva: su configuración constitucional y desarrollo legislativo complementario. La participación política es parámetro referencial de la democrática participativa tal y como fue afirmada en los artículos 9.2 y 1 de las constituciones española y brasileña. Norma de carácter teleológico, su configuración constitucional y desarrollo legislativo pondrá de manifiesto severas restricciones y disfunciones respecto al ideal de democracia participativa reconocido por ambos cuerpos constitucionales, afectando a la propia legitimidad del Estado democrático de derecho sustentado sobre los principios democrático y de soberanía popular.

1 LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE SOBERANÍA POPULAR COMO FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Los derechos fundamentales son proyección material en el Estado constitucional del principio democrático, entendidos en palabras de Gómes

como “*forma de vida, como forma de racionalización del proceso político y como forma de legitimación del poder*. El principio democrático constitucionalmente consagrado es más que un método o técnica de elección de los gobernantes por los gobernados, pues, como principio normativo, considerado en sus diversos aspectos políticos, económicos, sociales y culturales él aspira a tornarse impulso dirigente de una sociedad.”⁴

Estos principios se reflejan en el contenido de los derechos fundamentales en una doble dimensión: a) individual, a través del reconocimiento del derecho de igualdad y de un espacio de libertad individual y b) colectiva a través de los derechos políticos, garantes del derecho de participación política libre e igualitaria de todos los ciudadanos en la conformación y legitimación de los órganos de poder estatales.⁵ En consecuencia, puede afirmarse la siguiente idea: la positivación y garantía de los derechos políticos es *conditio sine qua non* de la operatividad del principio democrático al tiempo que parámetro de legitimidad del mismo.⁶ A sensu contrario, cabe afirmar que allí donde no haya derechos políticos reconocidos y garantizados no habrá democracia.

La finalidad que convierte a los derechos políticos en parámetro de legitimidad del principio democrático es el atribuir al *ciudadano* la capacidad jurídica de intervenir en la gestión de los asuntos públicos⁷ (de acuerdo con la clásica expresión *status activae civitatis* de G. Jellinek).⁸ Y es que, a medida que las democracias constitucionales inspiradas en el principio democrático como legitimación del ejercicio del poder han ido imponiéndose como régimen político, los derechos políticos han ido ganando presencia en el cuerpo de

⁴ GÓMES (2012), p. 288.

⁵ “[...] Los derechos políticos están intrínsecamente relacionados con la estructura básica del Estado democrático. Tales derechos, garantizadores del permanente ingreso del poder popular en el Estado, son los responsables por la efectivización de dos compromisos fundamentales del Estado constitucional, cuales son, el compromiso con la democracia y el compromiso con la limitación del poder político.” ROMANELLI (2005), p. 137. En sentido similar, Cf. GÓMES (2012), p. 290.

⁶ SARLET (2011), p.61.

⁷ “Sin perjuicio de la mayor extensión que los Derechos políticos puedan alcanzar en los ordenamientos contemporáneos, originariamente dicha expresión alude a aquellos derechos individuales que materializando e individualizando el principio de soberanía popular, habilitan al ciudadano a ejercer aquellas facultades que le corresponden como parte integrante del pueblo, titular último de la soberanía.” AGUIAR DE LUQUE (2005), p.451.

⁸ ALEXY sintetiza la significación del *status activae civitatis* de Jellinek en los siguientes términos: “Aquello que el deber y la obligación impuestos al individuo representan para el status pasivo, que la facultad representa para el status negativo y que el derecho a algo representa para el status positivo es representado para el status activo o status de la ciudadanía activa por el concepto de competencia. Para que el individuo adquiera ese status, a él “deben ser otorgadas capacidades que estén más allá de su libertad natural”, como por ejemplo el derecho de votar. [...] Según Jellinek, del estado activo deben hacer parte tan solo las competencias que tengan por objeto una “participación en el Estado”, que tiene por objetivo la “formación de la voluntad estatal.”, ALEXY (2011), p.268. En sentido similar, SARLET dice así: “En la medida en que los derechos políticos son considerados como derechos de participación (en el sentido de una posición activa del individuo) en la actividad estatal y en la conducción del interés público, acostumbran - ... - ser encuadrados en el status civitatis de Jellinek o en el ámbito de las libertades- participación de los franceses.”, SARLET (2011), p. 176. MIRANDA identifica los derechos políticos con los derechos pertenecientes al *status activae civitatis* con presencia en el texto constitucional portugués de 1976: “Finalmente, hay derechos de la persona frente al Estado o en el Estado, derechos de participación en la vida pública y en la dirección de los asuntos públicos del país[...]. Se identifican con el *status activae civitatis* de Jellinek[...].”, MIRANDA (2008), p. 109.

los textos constitucionales.⁹ Cuestión diferente, como será puesto de manifiesto más adelante, es saber si estos constituyen una dimensión específica e independiente del resto de categorías que conforman la teoría general de los derechos fundamentales.

El marco institucional donde los derechos políticos adquieren pleno sentido no es otro que la democracia constitucional. Como organización política en la cual el poder pertenece al pueblo el ejercicio del mismo precisa de la participación efectiva de aquel.¹⁰ Y el instrumento jurídico adecuado para ello son los derechos políticos. En la democracia constitucional los derechos políticos cumplen, pues, una función que los convierte en fundamentales: materializar el principio de soberanía popular y por extensión realizar el principio democrático a través, principalmente, del derecho de sufragio activo.¹¹ Un derecho de sufragio activo que si bien es el más elemental de los derechos políticos propios de todo sistema democrático no agota el contenido de los mismos.¹² Las demandas participativas de la ciudadanía en las diversas esferas de la sociedad pos-moderna - política, económica, social y cultural - han tenido reflejo en la esfera constitucional mediante la ampliación del contenido de los derechos políticos.¹³

Apriorísticamente, hoy día sigue siendo ilustrativa del contenido general de los derechos políticos la clásica expresión de G. Jellinek como

⁹ La CF 1988 se hizo eco de la creciente relevancia de una adecuada sistemática de los derechos políticos para la legitimación del sistema democrático optando por atribuirles un capítulo propio, el IV, bajo el título “Dos direitos políticos”.

¹⁰ “Como no existe identidad entre gobernantes y gobernados y como no es posible legitimar un dominio con base en simples doctrinas fundamentadoras es el principio democrático el que permite organizar el dominio político según el programa de autodeterminación y autogobierno: el poder político es constituido, legitimado y controlado por ciudadanos (pueblo), igualmente legitimados para participar en el proceso de organización de la forma de Estado y de gobierno.” GÓMES (2012), p.290.

¹¹ “El derecho de sufragio es la forma en que las constituciones han dado una respuesta práctica al problema que se plantea J.J. Rousseau en el *Contrato Social* de <<cómo hallar una forma de asociación que proteja y defienda mediante toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes>> PÉREZ ROYO (2010) .p. 370. En sentido similar, SÁNCHEZ concretiza el ejercicio de la soberanía popular en los siguientes términos: “Esta se ejerce principalmente a través del derecho de sufragio, en cuyo caso el pueblo se concreta en una colectividad más restringida, cual es el cuerpo electoral.”, SÁNCHEZ (1979), p. 179. LEMBO y CAGGIANO afirman coincidentemente lo siguiente: “En efecto, el *derecho de sufragio* es erigido, hoy, uno de los derechos más eminentes – *directamente relacionados al hombre político* – exactamente por atribuirle, quiera activamente, quiera pasivamente, *la participación en el polo epicéntrico de las decisiones políticas*.” LEMBO y CAGGIANO (2010), p.866.

¹² Sobre la amplitud de los derechos políticos en la CF 1988, LEMBO y CAGGIANO afirman: “A la par de prestigiar la vocación para el voto, propia del pueblo brasileño, la Constitución de 1988, concebida como la *constitución ciudadana*, corresponde a un avance en la mejora de la democracia y, consecuentemente, integra el tratamiento privilegiado de los derechos políticos. Plasmado sobre los principios vectores, estructurantes del modelo democrático acogido por los constituyentes, y enrolados en el artículo 1º de este texto, el nuevo y avanzado documento constitucional busca garantizar la *participación política* por intermedio de los instrumentos catalogados en su artículo 14, y, de entre ellos, el de mayor relevancia, el *sufragio universal, conformado por el voto directo, secreto y con valor igual para todos* – *el derecho de sufragio* (artículo 14, caput).” LEMBO y CAGGIANO (2010), p. 866.

¹³ En este sentido, el art. 9.2 CE dispone: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.” Sobre el contenido del art. 9.2 CE 1978, cf. SÁNCHEZ (1979), pp. 171 y ss.

configuradores de un *status activae civitatis*:¹⁴ es decir, aquel conjunto de derechos que permiten al ciudadano el manifestar de forma directa la voluntad estatal o bien contribuir a la manifestación de la misma.¹⁵ Una aproximación inicial al contenido de los derechos políticos sería pues aquella que permitiría la participación política del ciudadano en una triple vertiente: a) de forma directa (principalmente mediante las figuras jurídicas del referendo, el plebiscito y la iniciativa legislativa popular); b) de forma indirecta, mediante la elección de los representantes que conformarán la voluntad de los órganos representativos del Estado; c) mediante la directa incorporación del ciudadano a los poderes estatales o bien a la función pública. El conjunto de tales derechos de participación posibilita la materialización del principio que les sirve de fundamento: el principio de soberanía popular.¹⁶

Como se adelantó anteriormente, la ampliación de las diversas esferas de actividad de la persona humana y la interdependencia funcional entre las mismas en la sociedad pos-moderna con amplio reflejo en los textos constitucionales¹⁷ ha incrementado la complejidad de la estructura normativa de los derechos fundamentales. Hoy día la distinción clásica de los derechos fundamentales como derechos de libertad o resistencia y derechos de prestación se revela insuficiente para regular eficazmente las complejas relaciones de las personas entre sí y con el aparato estatal. Y este problema afecta igualmente a los derechos políticos. Ontológicamente no hay dudas: los derechos políticos son derechos fundamentales. Sin embargo, no parece existir consenso entre la doctrina sobre su configuración como dimensión autónoma de derechos fundamentales.

Los derechos políticos, *indudablemente*, contienen elementos propios de los derechos de libertad.¹⁸ La titularidad de los derechos políticos otorga una doble esfera de libertad: positiva, mediante la cual y a

¹⁴ PÉREZ interpreta el *status activae civitatis* de Jellinek en los siguientes términos: “Para George Jellinek los derechos políticos, integrados en el *status activae civitatis*, son aquellos que permiten al ciudadano participar en la formación de la voluntad del Estado como miembro de la comunidad política, a través del ejercicio – que es, a la vez, derecho y deber – de determinadas funciones públicas. Se trata de derechos que hallan su fundamento en el principio de soberanía popular, a cuyo desarrollo y concreción se dirigen.”, PÉREZ (1993), p. 181. Sobre la vigencia de la teoría de los status de Jellinek, ALEXY dice así: “A despecho de sus innumerables oscuridades y algunas deficiencias, la teoría de los status de Jellinek es el ejemplo más formidable de construcción teórica analítica en el ámbito de los derechos fundamentales. Los conceptos centrales de esa teoría – los cuatro status – son abstracciones sobre posiciones de carácter elemental. Eso fundamenta tanto sus puntos fuertes cuanto sus puntos débiles. Sus puntos débiles son las no siempre claras relaciones entre las posiciones elementales y el status y las tampoco siempre claras relaciones entre diferentes posiciones elementales entre sí.” ALEXY (2011), pp.269-270. Para un estudio crítico del *status activae* vid. por todos ALEXY (2011), pp. 267-269.

¹⁵ AGUIAR DE LUQUE (2005), p. 456.

¹⁶ Cf. PÉREZ (1993), p. 181.

¹⁷ Vid. art. 9.2 CE 1978 y art. 5º, § 1º CF 1988.

¹⁸ AGUIAR DE LUQUE (2005), p.461.

través principalmente del ejercicio del derecho de sufragio activo el ciudadano contribuye a la conformación de la voluntad de los órganos estatales; y negativa, ya que el *agere licere* del que es titular cuenta igualmente con una dimensión negativa, materializada en la imposibilidad por parte de los poderes públicos de ejercer coacción alguna sobre el ciudadano forzando su participación.¹⁹ Sin embargo, la dimensión subjetiva²⁰ de los derechos políticos como conjunto de facultades jurídicas atribuidas a sus titulares no agota su contenido.²¹ Por su trascendencia en la materialización del principio democrático - estructurante del Estado democrático²²-, los derechos políticos tienen igualmente una dimensión objetiva que trasciende al individuo para centrarse en la dimensión colectiva y social.²³

En este sentido, Francisco Balaguer afirma que “La agrupación de los derechos en categorías siempre resulta más propedéutica que rigurosa, pero tanto desde una perspectiva histórica como conceptual es posible encuadrar a los derechos de reunión, asociación, participación y petición en un grupo con un elemento definidor: constituyen un cauce para la paulatina participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. De esta forma, estos derechos individuales tienen una nítida proyección social e inciden, de mayor o menor forma, sobre la comunidad política.”²⁴

¹⁹ Cf. con AGUIAR DE LUQUE y GONZÁLEZ (1996), p.652.

²⁰ Sobre el contenido de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, PÉREZ afirma: En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social.” PÉREZ (1993), p. 25.

²¹ BASTIDA *et al.* aluden a la doble dimensión de los derechos fundamentales en los siguientes términos: “En todo derecho fundamental puede diferenciarse una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva; es decir, [...], junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público, aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido que se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento; este efecto de irradiación afecta las tres funciones del Estado: se extiende a la conformación material de prescripciones de Derecho por parte del legislador o normador, con lo que éstas toman en sí el contenido objetivo de los derechos fundamentales; a la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones, y a la interpretación y aplicación de prescripciones por parte del juez.” BASTIDA *et al.* (2005), p. 50.

²² SÁNCHEZ atribuye a la participación *conditio sine qua non* de la existencia de un Estado democrático en los siguientes términos: “Por el contrario, la expresión Estado democrático [...] tiene un carácter eminentemente político. Alude precisamente a los fundamentos y al modo de gestión del poder público para resaltar, por un lado, la legitimación de todo poder en la voluntad popular y, por otro, la obligación de ejercer ese poder teniendo en cuenta la voluntad popular manifestada. Desde este punto de vista, lo importante es que la organización de los poderes públicos y el proceso de elaboración de sus decisiones garanticen la adecuación de la decisión final a la voluntad del pueblo. En este sentido el principio de participación se reconduce a la fórmula del Estado democrático. Será la intervención de los ciudadanos, de una u otra forma, en el proceso de determinación de las decisiones colectivas, lo que constituya al Estado en democrático.” SÁNCHEZ (1979), p. 178.

²³ “Los Derechos políticos constituyen así una pieza básica para la definición del régimen constitucional como sistema político democrático y esta dimensión objetiva acarrea unas consecuencias interpretativas que no pueden pasar desapercibidas. Dicho en otros términos, aunque evidentemente detrás del sistema democrático late también un determinado entendimiento de la dignidad humana (la participación política en un valor en sí misma, ha escrito Habermas), los Derechos políticos no son exclusivamente unos derechos reconocidos por el ordenamiento a favor del individuo para su plena realización como ser humano y que tienen a este como único destinatario/beneficiario, sino que contribuyen de modo determinante a la configuración del sistema político en su conjunto” AGUIAR DE LUQUE (2005), p. 462.

²⁴ BALAGUER (2011), p.234.

En la doctrina brasileña, el profesor da Silva, al referirse a diversos mecanismos de participación que conforman los derechos políticos les atribuye la naturaleza de derechos colectivos.²⁵ Da Cunha Junior les atribuye igualmente condición mixta de derechos positivos y negativos en los siguientes términos: “Las normas concernientes a los derechos políticos positivos establecen las condiciones para el ejercicio de la ciudadanía política, comprendiendo, como núcleo fundamental, las prerrogativas de votar y ser votado. Ya las normas atinentes a los derechos políticos negativos cuidan de limitar el ejercicio de la ciudadanía, disciplinando las hipótesis de inelegibilidades y pérdida y suspensión de derechos políticos.”²⁶

Ingo Sarlet considera que los derechos políticos, en su condición de derechos de participación de los ciudadanos en la vida política, tienen naturaleza mixta de derechos de defensa²⁷ y derechos a prestaciones.²⁸ El logro de una eficacia material de los derechos políticos precisa concretizar la dimensión objetiva de estos reconociendo la existencia de derechos fundamentales a la protección mediante organización y procedimiento.²⁹ A través de aquellos el Estado tiene la obligación – a través del legislador orgánico - de crear procedimientos que garanticen

²⁵ DA SILVA (2005), p. 195.

²⁶ DA CUNHA JUNIOR (2012) p.809.

²⁷ ALEXY define los derechos de defensa en los siguientes términos: “Los derechos de los ciudadanos, contra el Estado, a acciones estatales negativas (derechos de defensa) pueden ser divididos en tres grupos. El primer grupo está compuesto por derechos a que el Estado no impida o no dificulte determinadas acciones del titular del derecho; el segundo grupo, de derechos a que el Estado no afecte determinadas *características* o *situaciones* del titular del derecho; el tercer grupo, de derechos a que el Estado no elimine determinadas *posiciones jurídicas* del titular del derecho.”, ALEXY (2011), p. 196. Sobre la amplitud de la protección, ALEXY dice así: “Derechos a protección pueden tener los mas diferentes objetos. [...] No es apenas la vida y la salud los bienes susceptibles de ser protegidos, sino todo aquello que sea digno de protección a partir del punto de vista de los derechos fundamentales: por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad. No menos diversas son las posibles formas de protección. Ellas abarcan, por ejemplo, la protección por medio de normas de derecho penal, por medio de normas de responsabilidad civil, por medio de normas de derecho procesal, por medio de actos administrativos y por medio de acciones fácticas.” ALEXY (2011), p. 450.

²⁸ “Los derechos que el ciudadano tiene, contra el Estado, a acciones estatales positivas pueden ser divididos en dos grupos: aquel cuyo objeto es una acción fáctica y aquel cuyo objeto es una acción normativa. [...] Cuando se habla de “derechos a prestaciones” se hace referencia, en general, a acciones positivas fácticas. Tales derechos, referidos a prestaciones fácticas que, en esencia, pueden ser realizadas también por particulares, deben ser designados como derechos a prestaciones en sentido estricto. Pero, más allá de derechos a prestaciones fácticas, se puede hablar también de prestaciones normativas. En ese caso, también los derechos a acciones positivas normativas adquieren el carácter de derechos a prestaciones. Ellos deben ser designados como derechos a prestaciones en sentido amplio.” ALEXY (2011), pp. 201-202.

²⁹ ALEXY define y concreta la categoría procedimientos en los siguientes términos: “Procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado. [...] Las normas de organización y procedimiento deben crearse de forma que el resultado sea, con suficiente probabilidad y en medida adecuada, conforme a los derechos fundamentales.” ALEXY (2011), p. 473. Por derechos a procedimientos entiende ALEXY: “Derechos a procedimientos pueden ser tanto derechos a creación de determinadas normas procedimentales cuanto derechos a una determinada “interpretación y aplicación concreta” de normas procedimentales. El derecho a procedimientos como derecho a protección jurídica efectiva, en este caso, tiene por destinatario los tribunales. De otra parte, los derechos a procedimientos que tienen por objeto la creación de normas procedimentales, por ser derechos al establecimiento de normas, tienen como destinatario el legislador.” ALEXY (2011), p. 474.

la participación real y efectiva de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal.^{30 31}

Con independencia de la clasificación que se quiera adoptar, como categoría autónoma o como categoría mixta entre los derechos de defensa y prestacionales, los derechos políticos resultan esenciales en el ordenamiento jurídico del Estado constitucional al garantizar a los ciudadanos ¿y solo a ellos? un espacio de libertad individual y un derecho de participación individual – pero con trascendencia colectiva- en la conformación de los órganos estatales de acuerdo a las exigencias propias de los principios esenciales que configuran la democracia constitucional: el principio democrático y la soberanía popular.³² De su reconocimiento y eficacia dependerá en buena medida la legitimación del Estado democrático de derecho.³³

2 TITULARIDAD DE LOS DERECHOS POLITICOS: LOS REQUISITOS PREVIOS DE LA NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA EN LAS CE DE 1978 Y CF DE 1988

72

En el constitucionalismo democrático español y brasileño los parámetros de la titularidad de los derechos políticos son la *nacionalidad* y *ciudadanía*.³⁴ Herencia decimonónica³⁵ basada en la atribución de la soberanía a un ente colectivo – la Nación-, la nacionalidad³⁶ es el vínculo jurídico-político

³⁰ SARLET (2011) pp. 176-177.

³¹ En tal sentido, ejemplo paradigmático de derecho a procedimientos y organización es la obligación que sobre el legislador pesa de desarrollar los institutos, garantías y procedimientos adecuados al ejercicio del derecho de sufragio activo mediante la legislación electoral. Complementariamente estos derechos a organización y procedimiento pueden ser aplicados a aquellos otros derechos fundamentales que tienen por finalidad la participación en el proceso de formación de la voluntad legislativamente relevante, como por ejemplo el derecho de libertad ideológica, de reunión y asociación. Cf. con ALEXU, (2011), pp.498-499.

³² Sobre el principio de soberanía popular y su virtualidad práctica en la CE 1978, SÁNCHEZ se expresa en los siguientes términos: “La soberanía popular es hoy un principio tan generalizado como inoperante, puesto que las limitaciones constitucionales a las formas de expresión de la voluntad popular son en la práctica las que determinan o definen el contenido del propio precepto. Sin embargo, son precisamente los esquemas organizativos los que deben interpretarse a la luz del principio de la soberanía popular y no a la inversa, por el carácter informador de éste.” SÁNCHEZ (1979), pp. 178-179.

³³ “Si considerados en el vértice de las libertades públicas los derechos políticos aparecen como instrumentos de articulación interna del orden democrático del Estado de derecho, considerados desde el punto de vista de los ciudadanos representan una progresiva ampliación de su conciencia y actividad política. En suma, a través del ejercicio de estos derechos se posibilita, en el plano objetivo, la garantía de legitimación democrática del poder, al tiempo que, en el subjetivo, se condicionan y delimitan las experiencias más decisivas en la vida social de los ciudadanos.” PÉREZ (1993), pp.182-183.

³⁴ Para un estudio histórico detallado del surgimiento y evolución de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, vid. ALÁEZ (2005), pp. 29-71.

³⁵ “La Revolución Francesa aporta un contenido político a la noción de nacionalidad, es decir, conformando la ciudadanía a partir del nacional.” RODRÍGUEZ-DRINCOURT (1999), p.103.

³⁶ DA CUNHA JUNIOR define la nacionalidad en los siguientes términos: “Nacionalidad es el vínculo de naturaleza jurídico-política que, por nacimiento o naturalización asocia a un individuo a un determinado Estado, pasando en consecuencia a integrar el pueblo de ese Estado, habilitándolo para disfrutar de todas la prerrogativas y privilegios concernientes a la condición de nacional.” DA CUNHA JUNIOR (2012), p.792. En términos similares, DE MORAES se refiere a la nacionalidad de la siguiente forma: “Nacionalidad es el vínculo jurídico político que liga un individuo a

que sigue condicionando en gran medida, cuando no totalmente, el disfrute de los derechos de participación a la pertenencia del individuo al colectivo nacional soberano.³⁷ Y a este *estado de la ciencia* no son ajenas ni la CE de 1978 ni la CF de 1988.

En el caso español, el artículo 13.2 CE dice así

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.

Balaguer define la trascendencia de la nacionalidad para el reconocimiento de los derechos políticos en los siguientes términos: “La nacionalidad, en consecuencia, se erige también en condición para poder ser titular sin ninguna excepción de los derechos establecidos por el ordenamiento y para poder ejercitarlos en condiciones de absoluta igualdad. [...] Netamente, los derechos que pueden verse afectados son, sobre todo, los de participación política y acceso a los cargos y funciones públicas[...].”³⁸

Ser nacional es *conditio sine qua non* para el disfrute en condiciones de plenitud de los derechos políticos. Pero no es condición suficiente. Aparte de ser nacional, es preciso ostentar la condición de ciudadano. Da Cunha Junior establece la relación causal entre los conceptos nacional y ciudadano al decir que “No se confunde nacional con ciudadano. Nacional, ya se dijo, es el individuo que compone el pueblo de un Estado, por nacimiento o naturalización. Ciudadano es el nacional en el gozo de derechos políticos; esto es, es el nacional alistado en la justicia electoral, apto para ejercer el derecho de votar y ser votado. Así, ni todo nacional es ciudadano, pero todo ciudadano es nacional.”³⁹

El derecho de participación política, epicentro de los derechos políticos situado topográficamente en el art. 23 CE ⁴⁰ es, según la redacción dada por

un cierto y determinado Estado, haciendo de este individuo un componente del pueblo, de la dimensión personal de este Estado, capacitándolo para exigir su protección y sujetándolo al cumplimiento de deberes impuestos.” DE MORAES (2012), p. 217.

³⁷ ALAEZ (2005), pp. 70-71.

³⁸ BALAGUER (2011), p.76.

³⁹ DA CUNHA JUNIOR (2012), p. 791.

⁴⁰ El derecho de participación política, regulado en el artículo 23, forma parte del Título I de la CE (capítulo I, sección II), y es definido constitucionalmente en los siguientes términos: “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”. El TC, en su STC 5/83, de 4 de febrero, FJ4 definió la titularidad del derecho de participación en los siguientes términos: “[...] el derecho a participar corresponde a los ciudadanos y no a los partidos [...]”. En sentido similar, STC 51/84, de 25 de abril, FJ4, que dice así: los derechos constitucionales, reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, que otorga a los ciudadanos un derecho a participar en los asuntos públicos, que se ejercita directamente por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas y por sufragio universal. Tienen razón la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo cuando señalan que éste es un derecho que se otorga a los Ciudadanos en cuanto tales y, por consiguiente.

el constituyente, un derecho *exclusivamente* atribuido a los ciudadanos. Es más, en palabras de Pérez “Es el único derecho exclusivamente ciudadano que existe en la Constitución. Más todavía: es el derecho constitutivo de la ciudadanía”.⁴¹

No obstante, la CE de 1978 admite dos salvedades, ambas con origen en la sujeción de España a instancias jurídicas comunitarias.⁴² Una primera producto de la adhesión de España a la Unión Europea (mediante la ratificación del Tratado de la Unión Europea de 1992) que otorga la titularidad del derecho de sufragio en su doble vertiente – activa y pasiva – a los extranjeros comunitarios en las elecciones municipales. Y una segunda basada en el principio jurídico de la *reciprocidad*, consistente en la ratificación de tratados internacionales que otorguen alternativamente a ciudadanos españoles y extranjeros no comunitarios el derecho de participación en las elecciones municipales en sus lugares de residencia.⁴³

Por último, en relación a la titularidad del derecho de participación política es un derecho reconocido exclusivamente a las personas físicas. El Tribunal Constitucional Español (en adelante, TC) fijó claramente los criterios hermenéuticos sobre la titularidad del derecho atribuyéndolo *exclusivamente* a las personas físicas. No son titulares pues las personas jurídicas, entre las cuales cabe destacar los sindicatos y sobre todo los partidos políticos.⁴⁴

En el constitucionalismo brasileño y de manera análoga al español hay igualmente una estrecha conexión teleológica entre los derechos de la nacionalidad (art. 12 y 13 CF) y los derechos políticos (art. 14-16 CF), si bien se incluye a los partidos políticos (art. 17CF). Pero igualmente hay particularidades que por su relevancia sistémica merecen un doble *excursus*. El constituyente brasileño, a diferencia del español, otorgó una mayor densidad constitucional a los derechos políticos en un doble sentido: sistemáticamente, les atribuyó un capítulo propio, el IV, titulado “Dos direitos políticos” reconociendo por tanto la importancia de una adecuada configuración por su condición de normas de legitimación del sistema democrático. El art. 14, además de los institutos, condiciones y garantías propias de un adecuado

a las personas individuales, no es un derecho que pueda reconocerse genéricamente a las personas Jurídicas.”

⁴¹ PÉREZ (2010) p. 371. En sentido similar, BALAGUER opina: [...] Es el único derecho que la Constitución atribuye única y exclusivamente a los españoles, esto es, que por expresa previsión constitucional no puede ser reconocido a los extranjeros, al tratarse de un derecho a través del cual se eligen los órganos que ejercen competencias de soberanía (DTC 1/1992).” BALAGUER (2011), p. 262.

⁴² En este sentido, el art. 10.2 CE 1978 impone la obligatoriedad de que los derechos y libertades fundamentales sean interpretados de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales suscritos por España sobre las mismas materias.

⁴³ Para un estudio en profundidad del principio de reciprocidad en la CE 1978, vid. AJA y MOYA (2005), p. 71-81.

⁴⁴ En este sentido, el TC afirmó en su Sentencia 63/1987, de 20 de mayo, FJ.5 lo siguiente: “Este derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, lo ostentan sólo, según el dictado del propio precepto constitucional, «los ciudadanos», y así ha venido a reconocerlo una muy reiterada doctrina de este Tribunal, de conformidad con la cual no son titulares de la situación jurídica así garantizada otras personas o entes, como los sindicatos o los mismos partidos políticos (SSTC 53/1982, de 22 de julio; 5/1983, de 4 de febrero; 23/1983, de 25 de marzo, y 51/1984, de 25 de abril).

ejercicio de la dimensión activa individual y colectiva de los derechos políticos recoge - de forma novedosa en relación al constituyente español - diversos supuestos específicos de inelegibilidades e incompatibilidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo (art. 14 §4⁴⁵, §5⁴⁶, §6⁴⁷, §7⁴⁸, §8)^{49 50}.

Mención especial merece el § 9⁵¹ cuyo texto literal dice así

§9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

El § 9º tiene una especial relevancia por imponer mandato directo al legislador en materia de derecho sufragio pasivo, mandato que no es otro que el de desarrollar ley complementar⁵² con un doble objetivo: ampliar las

⁴⁵ Sobre las inelegibilidades del art. 14§ 4 vid. STF ADI 1.057-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-4-1994, Plenário, DJ de 6-4-2001.). En sentido similar, vid. STF ADI 4.298-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 7-10-2009, Plenário, DJE de 27-11-2009.

⁴⁶ Sobre las condiciones de elegibilidad del art. 14§5 vid. STF RE 637.485, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 1-8-2012, Plenário, Informativo 673, com repercussão geral./ vid. STF ADI 1.805-MC, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 26-3-1998, Plenário, DJ de 14-11-2003.

⁴⁷ Sobre las condiciones de elegibilidad del art. 14§ 6, vid. STF RE 345.822, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 18-11-2003, Segunda Turma, DJ de 12-12-2003.

⁴⁸ Sobre las condiciones de inelegibilidad del art 14§ 7 vid. STF RE 568.596, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 1º-10-2008, Plenário, DJE de 21-11-2008, com repercussão geral/ vid. STF RE 543.117-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-2008, Segunda Turma, DJE de 22-8-2008

⁴⁹ Sobre las condiciones de elegibilidad del art. 14§ 8 vid. STF RE 279.469, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 16-3-2011, Plenário, DJE de 20-6-2011.

⁵⁰ El dispositivo constitucional del art. 14 explicita las siguientes inelegibilidades: **§ 4º** São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. **§ 5º** - O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. **§ 6º** - Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. **§ 7º** - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. **§ 8º** - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: **I** - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; **II** - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

⁵¹ Sobre las causas de inelegibilidad del art. 14§ 9 vid. STF ADC 29; ADC 30 e ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16-2-2012, Plenário, DJE de 29-6-2012/ Sobre las consecuencias de la pérdida de la condición de elegibilidad vid. STF AC 2.763-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 16-12-2010, DJE de 1º-2-2011.

⁵² El leítmotiv de la Lei complementar nº 135/2010, de 4 de junio, conocida como “Lei da Ficha Limpa” es apuntado por REIS de la siguiente forma: “El 10 de diciembre de 2007, el Movimiento de Combate a la Corrupción Electoral (MCCE) decidió activar la Campaña Ficha Limpia con la finalidad de dar respuesta a la creciente demanda social por aumentar el rigor en los criterios para la definición de candidaturas y la determinación constitucional contenida en el art. 14, §9 de la Constitución Federal que exigía del Congreso Nacional la adopción de ese encargo. [...] El proyecto de ley a ser presentado tenía por fundamento la siguiente premisa: no es recomendable la candidatura de personas contra las cuales

hipótesis de inelegibilidad⁵³ y sus plazos para así proteger determinados principios consustanciales al ejercicio del derecho de sufragio pasivo: la probidad administrativa y la moralidad en el ejercicio del mandato.⁵⁴

Complementariamente, el constituyente brasileño fue consciente, al igual que el español, de la trascendencia que los partidos políticos tienen en la materialización del derecho de participación de los ciudadanos y consecuentemente en la configuración de la voluntad popular.⁵⁵ Por ello le atribuyó un Capítulo propio, el V, a continuación del correspondiente a los derechos políticos, en el cual regula constitucionalmente las libertades de creación, fusión y extinción así como la autonomía partidaria.⁵⁶

Ser titular de derechos políticos requiere, en un primer momento, ostentar la condición de nacional brasileño.⁵⁷ Pero, como ya se apuntó antes, no es condición suficiente para el disfrute de los mismos. Y no lo es por que los términos nacional y ciudadano no son análogos ni semántica ni jurídicamente. Mientras uno, la nacionalidad, expresa el vínculo jurídico-político del individuo con el Estado, el otro, la ciudadanía, otorga el disfrute de los

pesen condenaciones criminales emitidas por ciertos ámbitos del Poder Judicial.”, por REIS (2010), p. 23. En sentido similar, DE ABREU dice así: “Nadie podrá, honesta y sinceramente, dudar del objetivo de la ley, que es impedir la candidatura de los que hubieran sido judicialmente reconocidos como corruptos y por ello inaptos para representar cualquier segmento de la ciudadanía.” DE ABREU (2010), p. 17. El texto integral de la “Lei da Ficha Limpa”, modificadora de la Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm (acceso en 12/10/12). Sobre las novedades de la “Lei da Ficha Limpa” en materia de inelegibilidades y otras relacionadas, disponible en <http://www.fichalimpa.org.br/index.php/main/novidades> (acceso en 12/10/12)

⁵³ Sobre la figura de la inelegibilidad LEMBO y CAGGIANO opinan: “Ciertamente es, no obstante, que la idea de inelegibilidad penetra en el escenario político y jurídico con el perfil de evidente excepcionalidad, ya que implica una restricción, oscureciendo, temporalmente, el espectro de elegibilidad, erigida en “libertad pública fundamental”. Y, atento a ese peculiar perfil restrictivo de la figura de la inelegibilidad, nuestro Texto Político estampa las líneas maestras a comandar el área, preordenando las limitaciones por las exigencias de: alfabetización (artículo 14, §4º), domicilio electoral (artículo 14, §3, IV), filiación partidista (artículo 14, §3º, V). Y más, atribuyó al legislador complementar (artículo 14, §9) la tarea de detallar las diversas hipótesis de la categoría de las inelegibilidades, protección, o sea, un elenco definido a partir de un sentido ético, de tutela de la honestidad y autenticidad de la consulta electoral, volcada en cohibir la interferencia del poder económico y de la máquina estatal en la formación de la voluntad colectiva. (Lei complementar federal nº 64, de 18 de mayo de 1990).” LEMBO y CAGGIANO (2010), p. 868. LÓPEZ define la inelegibilidad en los siguientes términos: “[...] el elemento nuclear de la inelegibilidad, en regla, tiene como finalidad básica preservar la libertad de voto y la legitimidad y normalidad de las elecciones contra la influencia del poder económico o el abuso del ejercicio de función, además de objetivar la protección de la probidad administrativa y la moralidad para el ejercicio del mandato, considerada la vida pregressa del candidato.” LÓPEZ (2012), p. 143. Para un análisis detallado de las novedades en materia de inelegibilidad contempladas en la Lei Complementar nº 135/2010 vid. REIS (2010), p. 24-54.

⁵⁴ FURTADO atribuye a la Lei complementar las siguientes características: “La Lei Complementar nº 135, de 2010, representa una relevante mudanza de paradigmas en el derecho electoral patrio, asegurando la plena vigencia de lo dispuesto en el § 9º del art. 14 de la Constitución Federal e instituyendo importantes conquistas para el saneamiento de las costumbres políticas del país, protegiendo la moralidad y la probidad administrativa en el ejercicio de mandatos, considerando la vida anterior del candidato.” FURTADO (2010), p. 55.

⁵⁵ El art. 6 de la CE 1978 dice así: Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

⁵⁶ SARLET (2011), p. 175.

⁵⁷ El art. 12 CF de 1988 establece las formas de adquisición de la nacionalidad, diferenciando entre el nacimiento y la naturalización.

derechos políticos.⁵⁸ En conclusión, solo el nacional que además ostente la condición de ciudadano será titular de los derechos políticos.⁵⁹

No obstante ser esta la regla general, la CF estableció una salvedad en relación a la titularidad exclusiva de los derechos políticos a los ciudadanos brasileños. El art. 12 §1º dice así

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serao atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

Análogamente al caso español, el principio básico que rige la adquisición de derechos políticos por extranjeros en Brasil – en este caso, exclusivo de los portugueses – es el principio de reciprocidad arriba citado. La generalidad del texto constitucional fue concretizada mediante la firma del “Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta” firmado entre ambos países y en vigor desde septiembre de 2001.⁶⁰ El “Estatuto de Igualdad entre portugueses e brasileiros” - arts. 12 a 17 – regula los requisitos para optar a la titularidad de los derechos políticos. Su artículo inicial – art. 12 – proclama la igualdad en derechos y deberes de los beneficiarios de aquel con las salvedades que serán vistas. Ciñéndonos en nuestro análisis a los derechos políticos, el Estatuto determina el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) la residencia habitual por tiempo mínimo de 3 años, capacidad civil y petición expresa por el interesado ante el Ministerio de Justicia brasileño (art.17.1); b) disfrutar del pleno uso de los derechos políticos en el Estado del que el peticionario sea nacional (art.17.2). Paralelamente, la concesión de los derechos po-

⁵⁸ Cf. SARLET (2011), p.176. En sentido similar Cf. DA CUNHA JUNIOR (2012), p.792. Sobre la adquisición plena de la ciudadanía, LEMBO y CAGGIANO dicen lo siguiente: “La ciudadanía, con todo, incorpora un recorrido bastantes extenso hasta alcanzar su grado máximo. En los moldes de la Constitución de 1988 se inaugura esta trayectoria cuando se completan los 16 años y, facultativamente, se puede tener acceso al cuerpo electoral, la puerta de entrada (artículo 14, § 1º, II, c). A partir de los 18 años, el individuo, ya ciudadano, pasa a integrar obligatoriamente el electorado y está apto para postular a Vereança (artículo 14§ 1º, I c/ c artículo 14§ 3º, VI, d). A los 21 años, es abierto el acceso a los puestos de Diputado Federal, Diputado Estatal o de Distrito, Alcalde, Vice-Alcalde y juez de paz (artículo 14, § 3º, VI, c). Con 30 años, la Constitución autoriza la disputa para el mandato de Gobernador y Vice-Gobernador de Estado y del Distrito Federal (artículo 14§ 3º, VI, b). Y, por extensión, la ciudadanía plena es alcanzada a los 35 años de edad, momento en que se abre la posibilidad de concurrir a la Presidencia y Vice-Presidencia de la República (artículo 14, §3º, VI, a). LEMBO y CAGGIANO (2010), p. 867.

⁵⁹ SILVA niega la identificación entre los términos ciudadano y nacional de la siguiente manera: “Otra identificación que no será admitida es entre nacional y ciudadano. Si los atributos referentes a la nacionalidad son consecuencia del nacimiento, esta circunstancia, *per se et se*, no impondrá el reconocimiento de la capacidad electoral activa, que corresponde al concepto de ciudadanía en sentido estricto. Por consiguiente, se puede inferir que todo ciudadano es un nacional, pero no todo nacional puede ser considerado ciudadano, porque hay un número expresivo de personas que, a pesar de ser consideradas nacionales, no poseen capacidad electoral activa, quiera porque todavía no la adquirieron en virtud de no haber alcanzado el límite de edad mínima para el ejercicio del derecho a voto, quiera por que se encuentren provisionalmente impedidos de ejercerlo, como sucede, por ejemplo, con los reclutados, individuos que están sujetos al régimen de servicio militar obligatorio (§ 2º, art. 14, da Constituição) SILVA (2009), p. 772.

⁶⁰ El texto íntegro del Tratado se encuentra disponible en <http://www.acss.min-saude.pt/Portals/0/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20n.83.2000%20Tratado%20de%20Amizade%20entre%20Portugal%20e%20Brasil.pdf> (fecha de consulta: 09/10/2012)

líticos en el lugar de residencia comporta la suspensión de los propios en el Estado de nacionalidad (art. 17.3). En relación a las salvedades, el art. 14 del Estatuto exceptúa la titularidad de aquellos derechos políticos que esten expresamente reservados a los nacionales de origen, siendo claro ejemplo de ello el art. 12 § 3 CF.

En el final del apartado precedente se abrió una interrogante en relación a la atribución de los derechos políticos *exclusivamente* a los ciudadanos, dejando entrever la duda sobre si la exclusión de los extranjeros, cuya fundamentación teórica jurídico-política es deudora del Estado nacional del s.XIX seguiría siendo válida hoy día.

La negativa de atribuir la titularidad de derechos políticos a los extranjeros ¿se justifica? mediante el siguiente *silogismo* jurídico: dado que los derechos políticos representan la concreción y materialización del principio de soberanía popular, tan solo aquellos que formen parte del ente “pueblo” podrán ser titulares de tales derechos.⁶¹ El Estado constitucional moderno de corte liberal concebido en el s. XIX se apoyaba en la creación de un doble vínculo entre él y los nacionales que ocupaban su territorio: a) el de sujeto, en el sentido de aceptar la coacción como elemento diferencial del Estado y; b) el de ciudadano, como agente activo que participa de la conformación de la voluntad de aquel. Los conceptos de ciudadanía y nacionalidad pasaron a ser paradigmas del reconocimiento y titularidad plena de los derechos fundamentales incluyendo los políticos. Se estableció en consecuencia *una diferenciación cualitativa de los denominados ciudadanos* respecto de los extranjeros.⁶²

Sin ánimo alguno de agotar el tema, merecedor de un análisis más profundo que el que por motivos de concreción debe hacerse en este artículo, ha de ponerse en duda que esta construcción jurídica – la nacionalidad y ciudadanía como *conditio sine qua non* de la titularidad de derechos políticos – sea hoy día sustentable en función de las transformaciones sociales habidas en las últimas décadas motivadas en gran medida por el surgimiento de la globalización y los consecuentes flujos migratorios humanos, transformaciones con indubitada influencia en la *morfología* del Estado nacional *clásico*⁶³ y la producción del derecho frecuentemente negadas por la comunidad científica.⁶⁴ Aguiar de Luque se replantea la conveniencia

⁶¹ Cf. con AGUIAR DE LUQUE (2005), p.464.

⁶² Cf. con SOLANES (2007), p. 68.

⁶³ *Id.* BAUMAN (1999), pp. 63-84.

⁶⁴ En este sentido, DE SOUSA dice así: “[...] Continuamos analizando los procesos de transformación social de fines del siglo XX recurriendo a cuadros conceptuales desentrelados en el siglo XIX y adecuados a los procesos sociales entonces en curso. En segundo lugar, el Estado-Nación continua predominando en cuanto unidad de análisis y soporte lógico de investigación, lo que nos impide captar científicamente la lógica propia y la autonomía creciente, tanto de las estructuras y los procesos locales típicos de unidades de análisis más pequeñas (la lógica infra-estatal) cuanto de los movimientos globales, al nivel de sistema mundial (la lógica supra-estatal). DE SOUSA (2010), p.116.

de seguir manteniendo el actual paradigma jurídico de titularidad de los derechos políticos en los siguientes términos “No haría falta, sin embargo, detenerse en tal obviedad, tradicionalmente admitida por la doctrina constitucional y la Teoría del Estado, sino fuera porque esa concepción que hace de la secuencia Soberanía-Pueblo-Nacionalidad-Ciudadanía el fundamento de la dicotomía Nacional/Extranjero, comienza a ponerse en cuestión por algunos sectores al menos en el terreno de la reflexión política y, en épocas recientes, a resquebrajarse también en algunos aspectos del derecho positivo.”⁶⁵

Los derechos políticos, de origen revolucionario, fueron configurados como *derechos de minorías* en el Estado liberal decimonónico.⁶⁶ Solo los ciudadanos varones propietarios eran titulares de derechos políticos. Y esta situación de exclusión sólo se irá quebrando consecuencia de intensas luchas políticas durante los s. XIX y XX. Primeramente serán reconocidos los derechos de reunión y asociación en la segunda mitad del s.XIX. Contrariamente, el derecho de sufragio solo dejará de tener naturaleza censitaria para pasar a ser universal, con carácter general, con el advenimiento del constitucionalismo de post-guerra y la consecuente transformación del Estado liberal en democrático.⁶⁷ Este *status quo* de exclusión del extranjero tiene reflejo igualmente en la normativa comunitaria actual. El artículo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos admite la posibilidad de que los Estados establezcan restricciones a la actividad política de los extranjeros.⁶⁸ Excluyendo a los países nórdicos (Suecia, Finlandia y Noruega) y Suiza, la tendencia comunitaria es la limitación de la participación política de los extranjeros no comunitarios a las elecciones locales y, como se apuntó anteriormente, mediante el principio de reciprocidad. El por qué de esta exclusión es apuntada por Aja y Moya quienes argumentan que “la causa estriba en que el derecho de sufragio permite una participación mucho más directa en las decisiones que afectan a la comunidad y cuestiona además la construcción teórica del Estado liberal-democrático, la soberanía nacional o popular.”⁶⁹

⁶⁵ AGUIAR DE LUQUE (2005), p. 465.

⁶⁶ “La gran Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que inició el proceso de la Revolución francesa, fundamentó la distinción moderna entre ciudadano y persona, basada en la igualdad de los derechos civiles y la diferenciación de los derechos políticos; mientras al extranjero se le aplican las mismas leyes penales y se le permite contratar y adquirir bienes, se le excluye de los derechos políticos. Hombre y ciudadano se distinguen porque la mayoría de los derechos se atribuyen a todos los hombres, pero los derechos políticos del artículo 6(participación en la elaboración de la ley y acceso a cargos públicos) solo al ciudadano” AJA y MOYA (2005), p.66.

⁶⁷ AJA y MOYA (2005), p.66.

⁶⁸ Artículo 16 CEDH. Restricciones a la actividad política de los extranjeros. Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

⁶⁹ AJA y MOYA (2005), p.68.

La situación descrita en el párrafo anterior en la Convención Americana de Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José) ratificada por Brasil. Los derechos políticos, regulados en el artículo 23, son reconocidos a los ciudadanos. A sensu contrario, resultan excluidos los extranjeros.

Como se apuntó anteriormente, en sociedades en profunda transformación como las actuales, *sociedades líquidas*⁷⁰ tomando prestada la feliz expresión de Bauman, resulta cuanto menos forzado mantener la configuración jurídica actual de la ciudadanía como categoría dicotómica en relación a la titularidad de los derechos políticos. Uno de los grandes cambios experimentados en las últimas décadas es la *transformación morfológica del Estado*. En efecto, este ya no responde a su concepción *mítica* de ente unitario, *monocultural* y excluyente. Por ello, se precisa repensar los parámetros jurídicos configuradores de la titularidad de los derechos políticos en términos de *inclusión* y transformación del estatuto jurídico de los extranjeros incluyendo a estos como posibles titulares de derechos políticos.

Los instrumentos jurídicos vigentes aquí analizados reproducen un concepto de ciudadanía como parámetro de titularidad de derechos políticos que no responde a las profundas transformaciones sociales de las últimas décadas.⁷¹ Transformaciones que por su incidencia social deben abrir nuevos cauces jurídicos a la inclusión de los extranjeros como titulares de derechos políticos. De la homogeneidad social de origen materializada en la nacionalidad se ha de pasar a un paradigma de ciudadanía que prime la homogeneidad jurídica del componente humano de una comunidad política, es decir, la universalidad de derechos y el avance en la igualdad de oportunidades.⁷²

Si la democracia se basa en la capacidad de la sociedad de auto-gobernarse reflexivamente, no cabe mantener por más tiempo modelos jurídicos excluyentes como los aquí analizados. Avanzar en el logro de una *democracia sustantiva* implica, en palabras de Nava “aproximarnos a una noción de ciudadanía inclusiva vinculada a la capacidad de los sujetos y de la sociedad organizada para defender eficazmente sus derechos en el espacio público y frente al poder político.”⁷³

⁷⁰ Vid. BAUMAN (2001), pp.193-231.

⁷¹ “[...] La ciudadanía es un último privilegio de status, un factor de exclusión y discriminación, una frontera a la democracia y una figura obsoleta desde la perspectiva cosmopolita; a menos que se amplíe lo suficiente para garantizar una homogeneidad o universalidad de derechos, en lo que algunos llaman precisamente como <<ciudadanía cosmopolita>>, emancipadora e integradora de la sociedad mundial” NAVA, (2011), pp. 4-5.

⁷² NAVA (2011), p.5

⁷³ NAVA (2011), p.4

3 LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LAS CE DE 1978 Y CF DE 1988

Es lugar común en la doctrina el afirmar que los derechos fundamentales precisan, para su plenitud de eficacia, de la intervención del legislador orgánico. Este vínculo, no exento de cierta paradoja, tiene una doble vertiente: negativa, constituyendo los derechos fundamentales un *límite irresistible* para los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones y al propio tiempo positiva, por ser los derechos fundamentales parámetro esencial en la configuración del conjunto del ordenamiento jurídico expresado en la obligación por los poderes públicos de promover las condiciones adecuadas que garanticen el mayor grado posible de eficacia de aquellos.⁷⁴

Al legislador democrático le corresponde, pues, la función de configuración de los mecanismos legales de ejercicio y garantía de los derechos fundamentales.⁷⁵ Ha de decirse que esta función no es simétrica entre las diversas dimensiones de derecho fundamentales.⁷⁶ Y entre aquellos que precisan de un *mayor activismo* por parte del legislador se encuentran los derechos políticos, categorizados semánticamente por la propia jurisprudencia constitucional como derechos “de configuración legal”.⁷⁷

La CE de 1978 regula la participación política en el art. 23 en los siguientes términos:

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

⁷⁴ Cf. con DIEZ-PICAZO (2008), p. 128. En sentido similar, cf. con BALAGUER (2011), pp.60-62.

⁷⁵ La importancia del legislador en materia de ejercicio de derechos fundamentales es puesta de manifiesto por REQUEJO en los siguientes términos: “Prácticamente todos los derechos fundamentales – salvo aquellos que, como el de la inviolabilidad del domicilio o la libertad de conciencia, se traducen en la mera exigencia de pasividad por parte del poder público– precisan, en mayor o menor medida, de la intervención legislativa, siquiera sea solo a los efectos de regular las condiciones de su ejercicio.” REQUEJO (2011), p.73.

⁷⁶ Sobre las diversas dimensiones de derechos fundamentales, cf. SARLET (2011), pp. 45-52.

⁷⁷ En este sentido, DIEZ-PICAZO dice así: “Conviene subrayar que se trata siempre de derechos fundamentales – y, por tanto, de derechos de rango constitucional-, no de meros derechos creados por el legislador. Así, esta noción no hace referencia al rango o al origen de ciertos derechos, sino al hecho de que ciertos derechos, aun estando reconocidos por la Constitución, están necesitados de un complemento legislativo que termine de diseñar su contenido y, por consiguiente, les permita alcanzar plena efectividad”, DIEZ-PICAZO (2008), p.127. En sentido similar, REQUEJO afirma lo siguiente: “Con todo, la expresión << derechos de configuración legal>> suele reservarse a aquellos derechos que no sólo necesitan del legislador para que éste arbitre los términos de su ejercicio (y lo haga, además, con notable discrecionalidad), sino – antes aún – para que los conforme a su contenido. Conformación que, no obstante, y en último término, ha de coheretarse en todo caso con el obligado respeto al contenido esencial del derecho en cuestión [...]”.REQUEJO (2011), p.74 *Id.* STC 23/1982, de 13 de mayo; 30/1985, de 1 de marzo; 15/1990, de 1 de febrero, 178/1987, de 11 de noviembre.

Una primera lectura permite apreciar el contenido genérico del derecho fundamental de participación política: el *derecho de sufragio activo* del epígrafe 1º y el *derecho de acceso a los cargos y funciones públicas* del epígrafe 2º. Igualmente es fácilmente contrastable la naturaleza de derecho de configuración legal anteriormente puntualizada en el mandato que el constituyente dirige al legislador mediante la expresión “con los requisitos que señalen las leyes”.

La configuración jurídica del derecho de participación política ha sido objeto de desigual valoración por parte de la doctrina.⁷⁸ En palabras de Santamaría “el derecho que este artículo regula no es, por tanto, un derecho de libertad pública más, sino la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado.”⁷⁹ Por su parte, el TC lo caracteriza como proyección del principio democrático regulado en el art. 1.1 y 9.2 CE al tiempo que materialización del principio de soberanía popular.⁸⁰

El epígrafe primero del art. 23 CE garantiza el derecho de los *ciudadanos* a participar en los *asuntos públicos* estableciendo con carácter general las dos modalidades participativas homólogas de las dos modelos principales de organización política: la participación directa propia de la democracia directa y la *participación* representativa como elemento nuclear de la democracia representativa.

Dado que el concepto constitucional de ciudadano ya fue analizado en el apartado III y para evitar tautologías se comenzará el análisis exegético del artículo 23.1 CE por el concepto de *asuntos públicos*. La fijación del contenido, límites y garantías jurídicas del concepto *asuntos públicos* ha sido y es objeto de intenso debate doctrinal⁸¹ intensificado como consecuencia de la interpretación restrictiva que de tal concepto realizó el TC quien, en su Sentencia 51/1984, de 25 de abril, FJ 2 dijo así

Por ello, no se trata como es manifiesto, de un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues, para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento o una especial competencia si se trata de órganos públicos o una especial legitimación si

⁷⁸ SANTAMARÍA expresa sus dudas sobre la corrección técnica del art. 23 en los siguientes términos: “El derecho que este artículo regula no es, por tanto, un derecho o libertad pública más, sino la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado. Es precisamente esta característica la que permite formular dudas sobre la corrección técnica de este apartado; esto es, en qué medida es exacta la subjetivación, la reducción a un puro derecho público subjetivo de parámetros básicos y estructurales” SANTAMARÍA (2001), p. 293.

⁷⁹ SANTAMARÍA (2001), p. 93.

⁸⁰ El TC así lo entendió en su Sentencia 71/1989, de 20 de abril: “[...] encaman la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 de la Constitución.”

⁸¹ Vid. IBÁÑEZ (2007), pp.73-74.

se trata de entidades o sujetos de Derecho privado que la Ley puede, en tal caso, organizar [...].

Posteriormente, el TC reforzará su línea jurisprudencial restrictiva con ocasión de la Sentencia 119/1995, de 17 de julio, en los siguientes términos:

[...] el hecho de que el art. 23.1 CE garantice un derecho cuyo ejercicio requiere la intervención del legislador no puede significar obviamente que cualquier forma de participación en asuntos de interés social, económico, profesional etc prevista en la Ley pase a integrarse en el ámbito constitucionalmente protegido por el mencionado precepto. La forma de razonar debe ser más bien la contraria: sólo cuando estamos en el ámbito de la participación política a que se refiere el art. 23.1 C.E. la violación de una concreta forma de participación legalmente prevista puede traducirse en una violación del derecho fundamental. [...] el art. 23.1 C.E. no garantiza «un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento o una especial competencia si se trata de órganos públicos o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de Derecho privado que la Ley puede en tal caso. organizar» (STC 51/1984, de 25 de abril, fundamento jurídico 2.1).

En consecuencia, la participación será derecho fundamental y contará con las garantías propias del régimen de los derechos fundamentales ya vistos en el apartado I cuando sea *participación política*, participación que corresponde a los ciudadanos (*uti cives*) como titulares subjetivos de tal derecho y cuyo contenido objetivo está ceñido a los asuntos públicos, es decir, a aquellos que requieren de un *especial llamamiento* (el ejercicio de la soberanía popular mediante el sufragio universal) y de acuerdo a las modalidades determinadas en el propio artículo (directa o por medio de representantes). Quedan fuera del contenido de la participación política entendida como derecho fundamental las demás modalidades de participación del art. 9.2CE.

Una vez desentrañado sucintamente el concepto de *asuntos públicos*, delimitador del contenido de la participación política como derecho fundamental, corresponde realizar un sucinto análisis de las diversas modalidades participativas contempladas en el artículo 23.1CE. La primera modalidad de participación ciudadana citada es la participación directa, cuyo contenido como derecho fundamental ha sido fijado jurisprudencialmente por el TC. Los mecanismos de participación directa que forman parte del 23.1CE serán

únicamente el Concejo Abierto⁸² (art. 140CE), los referendos en todas sus modalidades incluyendo el de tipo consultivo⁸³ (art. 92CE) las consultas populares locales (art. 149.1.32 CE) y, en última instancia, la iniciativa legislativa popular.⁸⁴ La *ratio decidendi* del TC se basa en que tales mecanismos han de ser expresión de formas de participación política en los cuales se realice un llamamiento directo al titular de la soberanía popular.⁸⁵

Los elementos esenciales de la ILP y el referendo se encuentran regulados en el texto constitucional en los art. 87.3 y 92 CE respectivamente. Sin ánimo conclusivo alguno se entiende adecuado realizar un análisis del contenido constitucional de tales mecanismos participativos. Comenzando por la ILP, el art. 87.3 dice así

Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

84

El párrafo comienza haciendo una remisión al legislador orgánico para que regule las diversas formas de ejercicio y los requisitos de la misma.⁸⁶ A renglón seguido establece un límite cuantitativo a la activación de dicho mecanismo ya que este requerirá, en todo caso, no menos de 500.000 firmas. Concluye el mandato constitucional excluyendo la ILP de materias que el constituyente entiende de especial sensibilidad y que requerirá en todo caso de la actuación de los representantes públicos: leyes orgánicas, leyes en materia tributaria e internacionales así como la prerrogativa de gracia. De la configuración constitucional se extrae una conclusión obvia: la ILP como instrumento de democracia directa tiene un carácter subsidiario como instrumento de iniciación del procedimiento legislativo por su regulación extremadamente restrictiva. Biglinio afirma que “Causa del mismo fue la desconfianza que los constituyentes manifestaron ante las instituciones de participación directa, en general, y ante la iniciativa legislativa popular en particular, por el temor de que, en una democracia aún no consolidada, fuesen manipuladas por grupos minoritarios en perjuicio de unos partidos políticos aún en proceso de fortalecimiento.”⁸⁷

Diferente reconocimiento tiene la institución del referéndum como instrumento de democracia directa en nuestro sistema constitucional. En este sentido,

⁸² Vid. STC 76/1994, de 14 de abril, FJ 2 y 3.

⁸³ Vid. STC 63/1987, de 20 de mayo, FJ 5.

⁸⁴ Vid. STC 119/1995, de 22 de agosto, FJ 3.

⁸⁵ Vid. STC 119/95, de 22 de agosto, FJ 3.

⁸⁶ Vid. Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, de la iniciativa legislativa popular modificada por Ley orgánica 4/2006, de 26 de mayo. Un estudio detallado de esta última puede verse en ARANDA (2006), pp. 187-218.

⁸⁷ BIGLINIO (1987), p. 97.

Pérez opina que “Realmente cuando se plantea el problema de la relación entre la democracia directa y la representativa es en el referéndum en lo que se piensa de manera inmediata y casi exclusiva.”⁸⁸ Su regulación constitucional es la siguiente:

1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.
2. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.
3. Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.

De las diversas modalidades de referéndum contempladas en el texto constitucional⁸⁹ el de naturaleza consultiva *iba* a representar un modelo alternativo a la indubitada prevalencia de la democracia representativa en el Estado constitucional español.⁹⁰ Pero, una vez más, la preocupación por otorgar un papel central a los partidos políticos y la necesidad de consolidar el mecanismo parlamentario relegarán al referéndum a una posición de mecanismo subsidiario y excepcional de participación ciudadana.⁹¹ Y ello se refleja en la configuración constitucional definitiva del artículo. La fórmula <<decisiones políticas de especial trascendencia>> imprime marcada ambigüedad a la funcionalidad del referéndum consultivo. En efecto, su objeto alude a decisiones gubernamentales lo cual excluye en principio consultas legislativas, decisiones que además han de tener notoria trascendencia y carácter básico. Su *obligatoriedad* es en principio política por tener naturaleza jurídica consultiva. En definitiva, la trascendencia del referéndum como medio de participación ciudadana dependerá de la voluntad de los órganos de dirección política (Gobierno, Congreso de los Diputados y Rey) en dos momentos diferentes: uno inicial, ya que la iniciativa referendaria es prerrogativa de estos; y otro final, en el cual *podrán* dotarse de virtualidad jurídica los resultados alcanzados en la consulta popular.⁹²

La segunda de las modalidades participativas del art. 23.1 CE es la participación por medio de representantes que, de acuerdo a los parámetros

⁸⁸ PÉREZ (2010), p. 505.

⁸⁹ *Id.* AGUIAR DE LUQUE (2011), p. 155.

⁹⁰ Cf. PÉREZ (2010), p.504.

⁹¹ *Id.* STC 76/1994, 14 de abril, FJ 3 y STC 103/2008, 10 de octubre, FJ 2.

⁹² Cf. con AGUIAR DE LUQUE (2001), p.151 y PÉREZ (2010), p.504.

axiológicos de cualquier Estado democrático, debe contar *apriorísticamente* con tres requisitos: libertad, periodicidad y universalidad en el sufragio.

El concepto de representante será fijado jurisprudencialmente por el TC en su Sentencia 10/1983 de 23 de Marzo, FJ2 en los siguientes términos:

Es obvio que el sentido democrático que en nuestra Constitución (art. 1.2) reviste el principio de origen popular del poder obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos solo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular. Es obvio, sin embargo, que pese a esta identidad de legitimación de todos los titulares de cargos y funciones públicas solo se denominan representantes aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos.

86

En el modelo constitucional español prevalece, sin lugar a dudas, la noción de democracia representativa sobre los cauces participativos de democracia directa. A este *status quo* contribuyó decisivamente la jurisprudencia constitucional en diversos pronunciamientos. Buena muestra de ello fue la STC 76/94, de 14 de abril, FJ3

[...] Nuestra Constitución en su art. 1.3 proclama la Monarquía parlamentaria como forma de gobierno o forma política del Estado español y, acorde con esa premisa, diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa.

Posteriormente, el TC fijará nuevos criterios aún más restrictivos en relación a los mecanismos de democracia directa en su Sentencia 119/95, de 17 de julio, FJ3

[...] la participación directa que en los asuntos públicos ha de corresponder a los ciudadanos es la que se alcanza a través de las consultas populares previstas en la propia Constitución (arts. 92. 149.1.32. 151.1.152.2.167.3 Y 168.3)>> (STC 63/1987. Fundamento jurídico 5.º y ATC 399/1990 fundamento jurídico 2.º). Todos los preceptos enumerados se refieren a distintas modalidades de referéndum y en última instancia a lo que tradicionalmente se vienen considerando como formas de democracia directa. es decir, a aquellos supuestos en los que la toma de decisiones políticas se realiza mediante un

llamamiento directo al titular de la soberanía. Dentro de ellas habría que encuadrar también el denominado régimen de concejo abierto al que se refiere el art. 140 C.E. y asimismo este Tribunal ha vinculado con el art. 23.1 C.E. la iniciativa legislativa popular que establece el art. 87.3 C.E. (STC 76/1994 Y ATC 570/1989 y 140/1992). Y aún si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación directa los supuestos habrían de ser en todo caso excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa»

En definitiva, de la redacción del art. 23.1 CE podría deducirse que el constituyente español tenía en mente la configuración un modelo democrático mixto donde las instituciones de democracia representativa y directa mantuvieran un cierto equilibrio práctico. Pero del análisis de la jurisprudencia constitucional aquí realizado no cabe sino extraer la conclusión contraria ya anticipada: la democracia representativa prima indudablemente sobre los mecanismos configuradores de la democracia directa tanto por la configuración jurídica restrictiva que el constituyente les dio a referéndum⁹³ e ILP⁹⁴ cuanto por el análisis hermenéutico del art. 23.1 CE llevado a cabo por el TC. No puede concluirse este análisis sin hacer mención a la existencia de posiciones doctrinales contrarias a la restricción de los elementos de participación directa basadas en el siguiente razonamiento: si el derecho de participación directa en los asuntos públicos es un derecho fundamental, la interpretación de este debe ser favorable a su ejercicio y no restrictiva del mismo.⁹⁵ En sentido similar se expresa Ibáñez para quien “Esta conclusión del Tribunal Constitucional no nos parece correcta: de la primacía de la democracia representativa no deriva necesariamente la necesidad de restringir los supuestos de democracia directa. Dicho de otro modo, el reconocimiento de un amplio número de institutos de democracia directa no pone en peligro la democracia representativa, siempre que tales institutos se utilicen de modo esporádico.”⁹⁶

En el modelo constitucional brasileño los mecanismos de participación popular se encuentran regulados en el art. 14 CF en los siguientes términos:

A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito;

⁹³ *Id.* art. 92 CE. Para un análisis de los requisitos y límites del referéndum, vid. PÉREZ (2010), p. 503-505.

⁹⁴ *Id.* art. 87CE. Un análisis detallado de la ILP puede verse en CUESTA, (2008), p. 209 y ss.

⁹⁵ AGUIAR DE LUQUE (2000), p. 87.

⁹⁶ IBÁÑEZ (2007), p.110.

- II - referendo;
- III - iniciativa popular.

Sobre la trascendencia material del art. 14 CF en el sostenimiento del sistema democrático, Bonavides afirma lo siguiente: “El art. 14 de la Constitución de 1988 constituye parte de la espina dorsal de nuestro sistema de organización política, que se asienta sobre dos dimensiones: una representativa, la única de funcionamiento normal desde la promulgación de la ley Mayor, hace cerca de una década; otra, democrática directa; ambas positivamente previstas y expresas en el art. 1º del Estatuto Fundamental de la República Federativa de Brasil.”⁹⁷

El constituyente brasileño dotó a la ciudadanía, con las particularidades que serán puestas de manifiesto posteriormente, de diversos mecanismos participativos a través de los cuales materializar la soberanía popular consagrada como principio fundamental en el art. 1 parágrafo único CF.⁹⁸ En consecuencia, el art. 14 CF regula mecanismos participativos propios tanto de la democracia representativa (el sufragio) así como de la democracia participativa (el plebiscito, el referendo y la iniciativa popular) de acuerdo a la naturaleza de democracia participativa del Estado brasileño consagrado como principio estructurante del mismo.⁹⁹ Sobre la *relación simbiótica* entre democracia representativa y participativa, Espindola afirma lo siguiente “A su vez, la democracia participativa no niega ni debilita la democracia representativa. Ella la complementa y legitima. Se realiza por diversos instrumentos de manifestación semidirecta de la voluntad popular, en la producción de decisiones políticas generales en pro de la comunidad, a través de mecanismos decisorios como son, e.g, la iniciativa popular de leyes, de enmiendas constitucionales populares, el referendo, el plebiscito, la revocación de mandatos, el veto legislativo popular, entre los más conocidos y utilizados instrumentos de su práctica, registrados en la historia del constitucionalismo.”¹⁰⁰

En palabras de Romanelli “[...] constituyen la condición de la existencia y del funcionamiento de la democracia en Brasil”. La reserva de ley que opera en materia de derechos fundamentales es igualmente contrastable por la remisión que el constituyente hace al legislador mediante la expresión “nos termos da lei”.¹⁰¹ El derecho de sufragio es entendido como expresión material

⁹⁷ BONAVIDES (2008), p. 117.

⁹⁸ *Id.* art. 1, parágrafo 1 CF de 1988. BONAVIDES sobre el contenido del art. 1º CF afirma: “La norma [...] de ese art.1º, incorporo, por consiguiente, a nuestra democracia los medios de una participación popular concebida en su más vasto tenor de legitimidad.” BONAVIDES (2008), p. 126.

⁹⁹ Cf. DE MELO (2001), pp. 93-95. Sobre la trascendencia de la democracia participativa para la materialización efectiva de la soberanía popular, BONAVIDES afirma: “La llave constitucional de nuestro futuro reside, pues, en la democracia participativa, que hace soberano al ciudadano-pueblo, el ciudadano gobernante, el ciudadano nación, el ciudadano titular efectivo de un poder invariablemente superior y, no raramente, supremo y decisivo.” BONAVIDES (2008), p.34.

¹⁰⁰ ESPINDOLA (2011), p. 341.

¹⁰¹ ROMANELLI (2005), p. 239. “Cuando el legislador constituyente se refiere a “aos termos da lei” para el ejercicio

del principio democrático mediante el cual la ciudadanía ostenta la titularidad del derecho a elegir a los representantes públicos que actuarán mediante el mandato representativo por periodos determinados en la ley (vertiente activa) así como el derecho a acceder a los cargos públicos (vertiente pasiva).¹⁰² El reconocimiento y la garantía de este derecho posibilita a la ciudadanía adecuar la voluntad general a la voluntad estatal condicionando el funcionamiento del Estado. De acuerdo a la lógica inherente al Estado democrático el sufragio se ejercerá en condiciones de igualdad, garantizando el carácter secreto del mismo que impida coacciones indeseadas y con carácter directo.

La vertiente representativa de la democracia brasileña se cristaliza a través del voto, considerado como derecho político en sí y no como medio de materialización de un derecho.¹⁰³ A través de él los ciudadanos podrán manifestar periódicamente sus preferencias en relación a la conformación de los cuerpos legislativos incidiendo, de esta forma, en la conformación de los órganos representativos de la voluntad general. La transcendencia del voto para el sostenimiento del sistema político democrático brasileño se materializa en la configuración de este como clausula pétrea en el art. 60, § 4º, prohibiendo toda propuesta de enmienda constitucional tendente a abolir el voto con las características configuradoras que le son esenciales: directo, secreto, universal y periódico.

Pero el contenido jurídico del sufragio universal no se agota en la elección de los representantes. El sufragio universal es configurado por el constituyente brasileño en un sentido más ambicioso que el de otorgar meramente el derecho de voto para la elección de los representantes al posibilitar nuevas dimensiones participativas como el plebiscito, el referendo y la iniciativa legislativa popular a la ciudadanía. A diferencia del modelo español, el constituyente brasileño otorga *a priori* una mayor importancia a los instrumentos de participación directa en la materialización de la soberanía popular al reconocer como expresión de la misma al plebiscito, no reconocido como tal en aquel.

Un apunte introductorio debe hacerse. Consecuencia de la reserva legal del art. 14 *caput*, el régimen jurídico del referendo y el plebiscito se encuentran regulados en la Lei 9.709, de 18 de Noviembre de 1998. Respetando la ordenación sistemática dada por el constituyente se comenzará el análisis de los mecanismos de participación directa por el plebiscito.

de la soberanía popular mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, no está impidiendo que, desde luego, tales derechos sean ejercidos, sino tan solo previendo que una ley ordinaria podrá ser editada para restringirles la eficacia, estableciendo requisitos, condiciones y circunstancias específicas para su aplicación. Aun cuando no hubiera ley, la aplicabilidad es directa e inmediata, dentro de los límites establecidos por la propia Constitución” DE MELO (2001), p. 98.

¹⁰² Cf. con MENDES (2011), p. 743.

¹⁰³ Para ROMANELLI la atribución de la categoría de derecho al voto por la CF de 1988 es equivocada por cuanto el voto es simplemente mera condición de ejercicio de un derecho. ROMANELLI (2005), p. 335. En sentido similar, SILVA afirma: “Sufragio no equivale a voto y tampoco se identifica con escrutinio. Claramente, sufragio es el derecho, voto es el ejercicio [...]” SILVA (2009), p.783.

El plebiscito es definido por el art. 2º de la citada ley como “consultas formuladas al pueblo para que delibere sobre materia de acentuada relevancia de naturaleza constitucional, legal y administrativa.”

El art. 49, XV de la CF de 1988¹⁰⁴ atribuye la competencia exclusiva para convocar el plebiscito al Congreso Nacional. De la redacción dada por el constituyente puede extraerse la conclusión de que, en principio, no hay restricción constitucional alguna a que el Congreso Nacional convoque a la ciudadanía a expresar su voluntad a través de la consulta popular¹⁰⁵. Esta amplia libertad de convocatoria es obligatoria en tres circunstancias: cuando su objeto afecte a la configuración territorial de un Estado (art. 18, § 3º), al ser materia que afecte a la configuración de los municipios¹⁰⁶ (art. 18, § 4); y un último contemplado en el artículo 2º de las disposiciones constitucionales transitorias que tuvo por objeto someter a plebiscito la forma y sistema de gobierno de Brasil. No obstante, esa amplitud material no se traduce en una utilización recurrente y efectiva del plebiscito como mecanismo de participación ciudadana directa.¹⁰⁷

Sobre la naturaleza del plebiscito¹⁰⁸, Romanelli considera que “Es uno de los modos de ejercicio de la soberanía popular, en los términos del art. 14 de la CF. Se trata de una de las formas por las cuales el pueblo ejerce el poder de modo directo, haciendo prevalecer su voluntad dentro de los límites de la Constitución y de modo independiente y disociado de la voluntad de los representantes.”¹⁰⁹

La regulación constitucional del referendo es ciertamente deficitaria al hallarse simplemente mencionada en el art.49 CF.¹¹⁰ A diferencia del plebiscito,

¹⁰⁴ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XV. autorizar referendo e convocar plebiscito.

¹⁰⁵ Cf. con ROMANELLI (2005), p. 349; Cf. LORA (2000), p.167.

¹⁰⁶ El STF (ADI 1.373-MC, Rel. Min. Francisco Rezek, julgamento em 30-11-1995, Plenário, DJ de 31-5-1996) se pronunció sobre los efectos del plebiscito en los siguientes términos: “La realización de plebiscito, [...], no genera consecuencias irreversibles en el proceso de institución del municipio [...]”

¹⁰⁷ “El plebiscito, como instituto que contribuye a la legitimación, podría ser mejor aprovechado. Ofrece las ventajas de dirigirse a temas concretos y puede ser de gran utilidad para definir cuestiones tan complejas como las decisiones económicas y sociales que se reflejen en el nivel y calidad de vida de las personas. Los grandes proyectos sociales y económicos, que actualmente son colocados en práctica y decididos en muchas ocasiones a espaldas a los intereses reales del pueblo brasileño. Préstamos internacionales y hechos concretos, de esta categoría, bien podría ser objeto de previa consulta.” LORA (2000), p. 167.

¹⁰⁸ LEMBO y CAGGIANO relativizan la idoneidad del plebiscito de la siguiente forma: “Los regímenes autoritarios y totalitarios, comúnmente, se sirven del plebiscito para enmascarar y mistificar sus verdaderas intenciones. El “sí” y el “no” indican situaciones subjetivamente antagónicas e inducen al elector a ofrecer la opción más acorde con los designios del régimen.” LEMBO y CAGGIANO (2010) p. 878.

¹⁰⁹ ROMANELLI (2005), p.350.

¹¹⁰ Sobre la presencia del referendo en la CF, LEMBO y CAGGIANO afirman lo siguiente: “Nuestra Constitución ciudadana, de 1988, no inauguró este peculiar instrumento de intervención directa de la ciudadanía en el polo de producción de las decisiones políticas. Lo estableció y lo hizo de forma pionera, ofreciéndole *contenido de manifestación del cuerpo electoral sobre textos normativos*. Esa línea es identificada, otrosi, em el tratamiento otorgado por la Lei Federal n.9.709/98 que lo preconiza como *consulta a la población acerca de norma- sea producida por el Legislativo, sea por el Ejecutivo* (art.2º) LEMBO y CAGGIANO (2010), p. 880.

la CF de 1988 otorga la competencia exclusiva al Congreso Nacional omitiendo la regulación de las materias y las ocasiones en que cabrá la participación ciudadana directa mediante este medio participativo. Igualmente el texto constitucional no regula la obligatoriedad de este mecanismo en determinados supuestos de especial relevancia. Ante semejante laguna constitucional es obligatorio visitar el texto de la Lei 9.709 para entender el régimen jurídico del referéndum. Comenzando por el objeto, el art. 2º lo define como “consulta popular al pueblo para que delibere sobre materias de acentuada importancia de carácter legislativo o administrativo”. El *momento procesal* es definido en el § 2º del mismo artículo: con posterioridad a la promulgación de la ley o la edición del acto administrativo.

Sobre el referéndum, Romanelli llega a la siguiente conclusión: “El referendo es derecho político originario por que permite que los ciudadanos imponer su voluntad al Estado y limitar su funcionamiento. Los ciudadanos manifiestan su voluntad al Estado cuando participan de referéndums porque, o endosan una ley y autorizan a que ella produzca efectos o la rechazan, evitando que los genere. Así, en lo que se refiere al acto normativo objeto de referéndum, la voluntad de los ciudadanos se sobrepone a la de los poderes Legislativo y Ejecutivo y por tanto, los condiciona.”¹¹¹

Cierra el art. 14 CF la iniciativa popular (inciso III). El art 61 CF¹¹² atribuye la ILP a los ciudadanos en la forma y casos previstos en la misma. En relación a las materias objeto de iniciativa legislativa popular del silencio legislativo se entiende no hay restricción alguna salvo aquellas que, como el propio art. 61, § 1º, incisos I y II, la CF establezca como competencia exclusiva de algún órgano. Podrán ser objeto de ILP todas aquellas materias que sean competencias privativas de la Unión y el Congreso Nacional reguladas en los art. 22 a 48 así como las establecidas en el art. 68, § 1º CF no susceptibles de delegación por el Congreso al Presidente de la República.

Las condiciones de ejercicio por esta se encuentran reguladas en el § 2º en los siguientes términos:

A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmaras Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

¹¹¹ ROMANELLI (2005), p. 360.

¹¹² A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador- Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

La ILP es regulada constitucionalmente con carácter ciertamente restrictivo ya que tan solo es susceptible de ser planteada ante la Cámara de Diputados. Una primera consecuencia a extraer es la imposibilidad de ser la iniciativa legislativa popular un modo alternativo de legislar, restricción coherente con la propia regulación constitucional del art. 44 que otorga la titularidad del Poder Legislativo al Congreso Nacional.¹¹³ Como requisitos complementarios, el proyecto de ley a someter a la Cámara de Diputados deberá superar la barrera electoral del 1% del electorado nacional, ser materia con repercusión nacional mediante la distribución por un mínimo de 5 Estados y superar un requisito numérico fijado en un mínimo de 3 décimos de los electores de cada uno de esos Estados. Nuevas restricciones cuantitativas que, como se verá posteriormente, suponen gravosas restricciones a este mecanismo de participación.

La Lei 9.709/98 completa la regulación constitucional configurando en los artículos 13 y 14 el régimen de ejercicio, límites y garantías. Tras definir en términos similares a la CF la figura de la iniciativa en el art. 13¹¹⁴, el § 1º establece un primer límite: la unidad de materia al caber tratar tan solo un asunto por proyecto. Subsecuentemente, el § 2º establece una garantía: la imposibilidad de rechazar el proyecto de ley por vicios de forma, que, caso de existir, tendrán que ser subsanados por la Cámara de Diputados. Concluye la regulación el art. 14 encomendando las cuestiones relativas a tramitación a la propia Cámara en función de las normas de su Reglamento Interno.

Analizada la regulación constitucional y el desarrollo legislativo de los diversos mecanismos de participación directa corresponde en las siguientes líneas realizar unas observaciones sobre su eficacia real. Es oportuno recordar que tales mecanismos tienen por finalidad materializar el principio de soberanía popular contenido en el art. 1 CF. Comenzando por el referéndum y el plebiscito, la atribución de la competencia exclusiva al Congreso Nacional para su convocatoria limita gravemente su virtualidad práctica como mecanismo de participación. En este sentido, de Melo opina que “Lamentablemente, la redacción del artículo 3 de la Ley 9.709/98 no deja mucha duda de que es el Congreso Nacional, con carácter exclusivo, quien ejercerá esa competencia, contrariando la finalidad del propio instituto que es el aumento de la participación directa en el poder. Es decir, son los electores los que deberían ejercer ese juicio, que sería expresado por un determinado número de firmas que demostraría la relevancia o no de la materia para la población.”¹¹⁵

¹¹³ ROMANELLI (2005), p. 365.

¹¹⁴ A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

¹¹⁵ DE MELO (2001), p. 133.

Paradójicamente, el referéndum y el plebiscito, instrumentos llamados a fortalecer la democracia participativa, consagran una contradicción manifiesta con el principio representativo al corresponder la convocatoria exclusiva de aquellos a los miembros del Congreso Nacional. La contradicción radica en exigir a aquellos que ostentan la legitimidad representativa el autocuestionamiento de la misma mediante la convocatoria de tales medios.¹¹⁶

Otro perjuicio derivado de la atribución de la competencia exclusiva al Congreso Nacional es la imposibilidad por la ciudadanía de decidir cuándo procede convocar tales mecanismos y consecuentemente, como apunta Romanelli da Silva “influnciarse el resultado de la votación.”¹¹⁷

La ILP es un mecanismo de participación con una virtualidad práctica igualmente limitada. La ciudadanía, a través de aquel, puede *obligar* al Poder Legislativo a incorporar a la agenda legislativa sobre los asuntos que le son planteados por aquella. Sin embargo, tal imposición adolece de una triple limitación: a) los representantes pueden introducir cambios sustanciales al proyecto original en el supuesto de aceptar la tramitación de la iniciativa propuesta por el electorado; b) no hay posibilidad de introducir enmiendas al texto aprobado por aquellos; c) no cabe la posibilidad de referéndum sobre proyecto de ley tramitado como ILP. Si bien puede obligarse al Parlamento a considerar el sentir de la ciudadanía, poco más aporta el mecanismo de la ILP en este sentido al carecer la ciudadanía de mecanismos de control y respuesta a la voluntad de los representantes.¹¹⁸

Complementariamente, los *requisitos cuantitativos* de la ILP empobrecen aun más su consideración como mecanismo de participación ciudadana al establecer severos límites. Tomando como referencia el censo electoral correspondiente a las elecciones presidenciales de 2010, un 1% del electorado nacional equivale a 1.358.044 electores¹¹⁹, una cifra ciertamente mayor

¹¹⁶ ESPINDOLA (2011), p. 342.

¹¹⁷ ROMANELLI (2005), p.356

¹¹⁸ Sobre la funcionalidad práctica de la ILP, LEMBO y CAGGIANO afirman diversos factores restrictivos de esta en los siguientes términos: “Imaginaron los idealizadores del nuevo instituto que, con su inserción en el mundo constitucional patrio, pudiese ocurrir un distanciamiento de la eventual concepción elitista de la legislación, abriendo la posibilidad a todos los sectores sociales para contribuir en el campo legislativo, defendiendo intereses específicos. Ocurre que, contemporáneamente, hay una tendencia a la *delegificazione*. Esto es, se presenta un fenómeno de progresiva reducción del área de presencia propiamente legislativa y, por voluntad del legislador, un incremento de las áreas disciplinadas por la Administración. Hay, todavía, contrariamente al desarrollo de la iniciativa popular, situaciones inherentes a la sociedad contemporánea, donde el inmediatismo se coloca en confrontación con el moroso proceso legislativo y, más incluso, el exceso de informaciones que conducen a las personas a la despolitización. Más aún, el fenómeno de judicialización de la política o de politización de la justicia conlleva la toma por el Poder Judicial de un nuevo status, ofreciéndose este en la categoría de nuevo polo productor de la norma jurídica, siempre con la meta de preservar y concretizar la democracia plasmada en la Constitución.” LEMBO y CAGGIANO (2010), p. 881

¹¹⁹ El número de electores que conforman el cuerpo electoral brasileño está disponible en: <http://eleicoes.uol.com.br/2010/ultimas-noticias/2010/07/20/eleitorado-brasileiro-cresceu-85-em-relacao-a-ultima-eleicao.jhtm>. (fecha de consulta: 26/06/2012)

en comparación a la precisa para la elección de un diputado federal que dispone de la capacidad para presentar proyectos de ley.¹²⁰

Cabe pues afirmar que el constituyente brasileño, de manera análoga al español, optó por privilegiar desmedidamente la democracia representativa y sus principales protagonistas, los partidos políticos, convirtiéndolos en protagonistas casi exclusivos del juego democrático y relegando a un segundo plano los mecanismos de participación directa ciudadana al reducir su aplicabilidad práctica notablemente.¹²¹

Si la ciudadanía es por expreso reconocimiento de la CF de 1988 fundamento del Estado democrático de Derecho brasileño¹²² no puede calificarse sino de *contradictoria* con tal principio constitucional la regulación constitucional y desarrollo legislativo actualmente vigente en materia de participación ciudadana directa. En línea con tal principio constitucional cuya finalidad no es otra que otorgar al pueblo mecanismos de auto regulación normativa a través de la participación directa no cabe otra actitud que introducir reformas constitucionales y legislativas a través de las cuales privilegiar realmente los instrumentos de participación directa.¹²³ Una mayor participación en la toma de decisiones que afecten al funcionamiento del Estado democrático ha de comportar paralelamente un mayor desarrollo de la ciudadanía y un fortalecimiento de las instituciones que conforman el modelo de democracia participativa consagrado en el art. 1 de la CF de 1988.¹²⁴

¹²⁰ “[...] De difícil operacionalización y aniquilado por otras fórmulas aptas para producir nuevo derecho, de acción más rápida y de mayor potencial político de integración en el ordenamiento, el instituto de la iniciativa popular aún no alcanzó su finalidad de elevar al ciudadano a legislador, por intermediación de la oportunidad con que le otorga de poder tener intervención directa en la fase de iniciativa legislativa.” LEMBO y CAGGIANO, (2010), p. 881.

¹²¹ Frente al dominio injustificable e inoperante de la democracia representativa, FREITAS propone la Neodemocracia, propuesta cuya originalidad y validez resume en los siguientes términos: “Neodemocracia, en qué sentido es nueva? La novedad está en considerar la democracia directa de forma preferente, esto es, todo lo que pudiera ser puesto en debate y decidido por la propia sociedad es preferible como ideal regulador. En la imposibilidad que resulta de la democracia representativa funcionar plenamente, en una inversión histórica altamente transformadora. Es nueva, porque no ignora pautas macroeconómicas complejas, pero confía que, por ejemplo, los gastos prioritarios en inversiones tengan mayores opciones si hubiese participación decisiva amplia, con mayor provecho del obtenido si las materias fuesen reservadas exclusivamente a voluntaristas de ocasión. Nueva, en el sentido de apostar en la racionalidad social (a pesar de los innegables riesgos de manipulación), acompañada de reeducación para decidir sobre las prioridades de envergadura, desde el primer momento. Nueva, finalmente por que da importancia la toma de decisiones colectiva, por cuanto las grandes cuestiones (tales como la carga tributaria, por ejemplo) no son retiradas del escrutinio del pueblo, de forma que serán corregidas las irrationalidades crónicas, los desfases temporales tornando las políticas realmente públicas.” FREITAS (2011), p. 12

¹²² *Id.* art. 1 CF de 1988.

¹²³ Una propuesta acertada es la planteada por ESPINDOLA que aboga por la reforma derogatoria del inciso XV del art. 49 CF así como la inclusión en esta de nueva fórmula electoral menos gravosa en relación al porcentaje electoral requerido para la ILP de ley ordinaria. Tal fórmula electoral debe tomar en consideración el total de la población brasileña para plebiscitos y referendos nacionales y debería hacer referencia a un requisito cuantitativo fijo equilibrado, que impide la práctica abusiva así como la imposibilidad de accionar el mecanismo. En relación al referéndum, el autor aboga por la vinculatoriedad del mismo frente a su actual carácter consultivo. ESPINDOLA (2011), p. 350

¹²⁴ “En efecto, se muestra crítico el adoptar una nueva agenda democrática, apta a consolidar – con sentido de inno-

4 CONCLUSIÓN

Los derechos políticos son *normas de fin* en la legitimación del Estado democrático de Derecho. Su centralidad sistemática les otorga la condición de derechos fundamentales en ambos textos constitucionales. En el ordenamiento jurídico español, los derechos políticos se encuentran regulados en el Título I, Capítulo II, Sección I siendo su núcleo central el artículo 23. Paralelamente, el constituyente brasileño los situó de manera análoga en el Título II “Dos direitos e garantías fundamentais” atribuyéndoles, a diferencia del constituyente español un capítulo específico, el IV, bajo el título “Dos direitos políticos”. Sin embargo, su centralidad sistemática no viene siendo acompañada de numerosos estudios innovadores en relación a sus parámetros conformadores. No es excesivamente arriesgado afirmar que hoy día en un tema secundario para la doctrina científica en España y Brasil. Se echa en falta la existencia de una mayor atención doctrinal que tenga por objetivo, más allá de su carácter descriptivo, repensar el papel de los derechos políticos en el contexto de la post-modernidad y las consecuencias que ello tiene en los Estados ¿democráticos? de derecho.

En efecto, la nacionalidad y la ciudadanía como parámetros referenciales de la titularidad de derechos políticos responden a un modelo de Estado nacional de corte decimonónico claramente superado hoy día. Las transformaciones sociales operadas en las últimas décadas consecuencia de la globalización y los movimientos migratorios subsecuentes precisan de una respuesta jurídica innovadora coherente con un concepto de democracia inclusiva que se replantee el estatuto jurídico de los extranjeros como posibles titulares de derechos políticos. Tanto la regulación constitucional vigente como los mecanismos legislativos complementarios responden a un modelo de democracia excluyente y negadora tanto de los derechos políticos de los extranjeros cuanto de las demandas de mayor y más eficaz participación por parte de la ciudadanía.

El actual modelo de democracia representativa imperante en ambos Estados democráticos viene mostrándose claramente insuficiente para satisfacer las demandas ciudadanas de mayor y más eficaz participación en las decisiones comunitarias. La consolidación de los partidos políticos como elementos centrales del juego democrático conllevó paralelamente, como se ha comprobado, el empobrecimiento de los mecanismos de participación directa

vación estructural e sin pusilanimidad – en proceso jurídicamente organizado, la libertad digna, solidaria y cooperante, opuesta as demagogias de costumbre, con la opción preferente reguladora por la democracia directa. Por tres motivos centrales. Primero, porque la democracia representativa no queda perjudicada en esa propuesta, ni siquiera debilitada, sino, al contrario, tiende a ser renovada y fortalecida por la participación activa de la ciudadanía. Segundo, porque la democracia representativa, como todo indica, sola, no llevará a término una reforma política seria, tarea que demanda la presión vigorosa del poder participativo. Tercero, porque el poder precisa ser reeducado de manera responsable y la responsabilidad se muestra inversamente proporcional a la delegación exacerbada.” FREITAS (2011), p. 12.

ciudadana. Queda así en entredicho el modelo de democracia participativa reconocido en ambos textos constitucionales (artículos 9.2 CE de 1978 y 1 CF de 1988). Es, pues, momento de que la doctrina científica se replantee la temática de los derechos políticos con un triple objetivo: a) dar respuesta jurídica adecuada a las transformaciones sociales con innegable repercusión en el actual modelo de Estado democrático de derecho; b) fortalecer el modelo de democracia participativa constitucionalmente analizado en este trabajo; c) para, de esta forma, resituar los derechos políticos como *normas de fin* del Estado democrático de derecho en ambos países. La razón es tan sencilla como trascendental: fortalecer la legitimidad del Estado democrático de derecho. Un Estado de, por y para la *ciudadanía del siglo XXI*.

5 REFERENCIAS

AGUIAR DE LUQUE, Luis y GONZALEZ ANAYA, M^a Dolores (1996). “Artículo 23.1- El derecho a participar en los asuntos públicos”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (coord. Villaamil, Oscar Alzaga). (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas) pp. 649-663.

AGUIAR DE LUQUE, Luis (2005). “Los Derechos Políticos; aproximación a su estudio”, en *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional: (libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*. (Madrid, Tirant lo Blanch) pp. 449-477.

AGUIAR DE LUQUE, Luis (2011). “Referéndum”, en ARAGON REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, Cesar. *Temas básicos de derecho constitucional Derechos fundamentales y su protección*. (Pamplona, Thomson Reuters) pp.148-155.

ALAEZ CORRAL, Benito (2005). “Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional” en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, (N.º.6), pp 29-76.

ALEXY, Robert (2011): *Teoria dos direitos fundamentais* (Traducc. Virgilio AFONSO DA SILVA, São Paulo, Malheiro Editores).

ÁLVAREZ-RODRÍGUEZ-DRINCOURT, Juan (1999). “La Nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros” en *Revista Estudios Políticos (Nueva Época)*, (N.º. 103), pp.171-185.

ARANDA ALVAREZ, Elviro (2006). “La nueva ley de la iniciativa legislativa popular” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, (N.º. 78), pp. 187-218.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (2011): *Manual de Derecho Constitucional*. (Madrid, Tecnos) Volumen II.

BASTIDA, Francisco J. *et. al* (2005): *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978* (Madrid, Tecnos)

BAUMAN, Zigmunt (2001): *Modernidade Liquida* (Traducc. Plínio DENTZIEN, Rio de Janeiro, Zahar)

BIGLINIO CAMPOS, Paloma (1987). “La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, (Nº. 19) pp. 75-130.

BONAVIDES, Paulo (2008): *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* (São Paulo, Malheiros Editores)

CUESTA LOPEZ, Víctor M. (2008): *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional* (Navarra, Aranzadi-Thomson Civitas)

DA CUNHA JUNIOR, Dirley (2012): *Curso de Direito Constitucional* (Salvador, Jus PODIUM)

DA SILVA, José A. (2005): *Curso de Direito Constitucional Positivo* (São Paulo, Malheiro Editores)

DALLARI, Dalmo de Abreu (2010): “A gramática da ficha suja” en Reis, Marlon Jacinto *et al. Ficha Limpa – LC nº 135/2010*. (São Paulo, Edipro,) pp. 15-17.

DE MELO, Monica (2001): *Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular. Mecanismos Constitucionais de Participação Popular* (Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor).

DE MORAES, Alexandre (2012): *Curso de Direito Constitucional*. (São Paulo, Atlas)

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2010): *Pela Mao de Alice*. (São Paulo, Cortez).

DIEZ-PICAZO, Luis María (2008): *Sistema de Derechos Fundamentales*. (Madrid, Thomson-Civitas)

ESPINDOLA, Ruy Samuel (2011): “Autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro)” en *Revista de Direito Constitucional e Internacional* (Nº. 75) pp. 335-355.

FREITAS, Juarez (2011): “Direito constitucional à democracia” en FREITAS, Juarez y TEIXEIRA, Anderson. *Direito a democracia. Ensaio Transdisciplinares*. (São Paulo, Grupo Conceito) pp.11-40.

FURTADO COELHO, Marcus Vinicius (2010): “A mudança de paradigmas decorrente da lei complementar nº 135” en Reis, Marlon Jacinto *et al. Ficha Limpa – LC nº 135/2010* (São Paulo, Edipro) pp. 56-66.

GARRORENA MORALES, Ángel (2011): “Estado democrático” en ARAGÓN REYES, M. y AGUADO RENEDO, C. *Temas básicos de derecho constitucional. Derechos Fundamentales y su protección* (Pamplona, Thomson Reuters) pp. 125-131.

GOMES CANOTILHO, Jose Joaquin (2012): *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Coimbra, Almedina)

IBAÑEZ MACIAS, Antonio (2007): *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local* (Madrid, Difusión jurídica y temas de actualidad).

LEMBO, Claudio y CAGGIANO, Monica H (2010): “Direitos políticos. O partido político, Canal de comunicação entre governantes e governados”, en GANDRA DA SILVA, IVES *et al. Tratado de Direito Constitucional*. (São Paulo, Saraiva) Tomo I, pp. 861-882.

LÓPEZ ZILIO, Rodrigo (2012): *Direito eleitoral* (Porto Alegre, Verbo Jurídico)

LORA ALARCON, Pietro de J. (2000): “A democracia semidireta na Constituição de 1988” en *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, (Nº. 33) pp. 141-173.

MENDES, Gilmar F (2011): “Os direitos políticos na Constituição” en MENDES F, Gilmar y GONET BRANCO, Paulo G. *Curso de Direito Constitucional*. (São Paulo, Saraiva) pp. 743-811.

MIRANDA, Jorge (2008): *Manual de Direito Constitucional* (Coimbra, Coimbra Editora), Vol. IV.

NAVA GOMAR, Salvador O. “Ciudadanía, participación política y justicia electoral: la experiencia en México”, en *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática* (Dir. Francisco Javier Matia Portilla). (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 3-14.

NERY MACEDO, Regina Maria (2004): “O voto: direito ou dever?” en *Revista de Direito Constitucional e Internacional* (Nº 48) pp. 91-101.

PEREZ LUÑO, A. Enrique (1993): *Los derechos fundamentales* (Madrid, Tecnos)

PÉREZ ROYO, Javier (2010): *Curso de Derecho Constitucional*. (Madrid, Marcial Pons)

REIS, Márlon Jacinto (2010): “O princípio constitucional da proteção e a definição legal das inelegibilidades” en REIS, Marlon Jacinto *et al. Ficha Limpa – LC nº 135/2010*. (São Paulo, Edipro) pp. 24-54.

REQUEJO PAGÉS, J.L (2011): “Derechos de configuración legal” en ARAGON REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, Cesar. *Temas básicos de Derecho Constitucional. Derechos fundamentales y su protección* (Pamplona, Thomson Reuters) pp. 73-76.

ROMANELLI DE SILVA, Daniela (2005): *Democracia e direitos políticos*. (Sao Paulo, Instituto de Direitos Políticos)

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1979): “El principio de participación en la Constitución Española” en *Revista de administración pública* (Nº. 89) pp. 171-206.

SANTAMARIA, Juan A (2001): “Artículo 23.1 CE” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (coord. Fernando Garrido Falla), (Madrid, Civitas) pp.292-297.

SARLET, Ingo (2011): *A eficácia dos direitos fundamentais*. (Porto Alegre, Livraria do Advogado)

SCHNEIDER, Hans-peter (1979): “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), (Nº. 7,) pp.7-35.

SILVA NETO, Manuel Jorge (2009): *Curso de direito constitucional*. (Rio de Janeiro, Lumen Juris).

SOLANES CORELLA, Angeles (2007): “La participación política de las personas inmigrantes en *Derechos e Integración política y social de los inmigrantes* (Valencia, Ministerio de Educación y Cultura)

SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J.J (2011): “Límites de los derechos fundamentales” en ARAGON REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, Cesar. *Temas básicos de Derecho Constitucional. Derechos fundamentales y su protección*. (Pamplona, Thomson Reuters) pp.30-35.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos (2004): *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* (Coimbra, Almedina)

6 NORMAS JURIDICAS CITADAS

Constitución Española de 1978, Boletín Oficial del Estado, núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

Constituição Federal de 1988, Diário Oficial da União nº 191A - 05 de Outubro de 1988.

Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), Roma 04/11/1950. Disponible en <http://www.echr.coe.int/> (consultado el 03/11/2012)

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), San José 22/11/69. Disponible en www.oas.org/ (consultado el 03/11/2012)

Tratado de amizade, cooperação e consulta entre Brasil e Portugal – Estatuto da Igualdade (arts. 12 a 17). Decreto Lei nº 154/2003, de 15 de julho.

“Lei da Ficha Limpa”, modificadora de la Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm (acceso en 12/10/12).

Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, de la iniciativa legislativa popular modificada por Ley orgánica 4/2006, de 26 de mayo, Boletín Oficial del Estado, núm. 126 de 27 de mayo de 2006.

Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. Boletín Oficial del Estado, núm. 20 de 23 de enero de 1980.

Lei nº 9.709, de 18 de Novembro de 1998. Diário Oficial da União - Seção 1 - 19/11/1998.

7 JURISPRUDENCIA CITADA

100

A. B. C. con Junta de Clasificación y Revisión Jurisdiccional de la Zona Marítima del Estrecho (1982): Tribunal Constitucional, Sala Primera. Recurso de amparo número 253/1981. Sentencia número 23/1982, de 13 de mayo. Boletín Oficial del Estado: miércoles 9 de junio de 1982, Núm. 137.

Unión Provincial de Baleares de I & Unión Sindical Obrera con Instituto Nacional de Empleo de Baleares (1982): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Recurso de amparo número 56/1982. Sentencia número 53/1982, de 22 de julio. Boletín Oficial del Estado: miércoles 18 de agosto de 1982, Núm. 197.

Miguel Ángel Bellido del Pino con Ayuntamiento de Andújar (1983): Tribunal Constitucional, Pleno. Recurso de amparo número 374/1981. Sentencia número 5/1983, de 4 de febrero. Boletín Oficial del Estado: miércoles 9 de marzo de 1983, Núm. 58.

D^a. María Cristina Almeida Castro y otros con Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid (1983): Tribunal Constitucional, Pleno. Recurso de amparo número 144/1982. Sentencia número 10/1983, de 21 de febrero, y voto particular. Boletín Oficial del Estado: miércoles 23 de marzo de 1983, Núm. 70.

Confederación Nacional del Trabajo (CNT) con Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC) (1983): Tribunal Constitucional, Sala Primera. Recurso de amparo número 88/1982. Sentencia número 23/1983, de 25 de marzo. Boletín Oficial del Estado: miércoles 27 de abril de 1983, Núm. 100.

Sindicato Libre de Farmacéuticos de Valencia con Instituto Nacional de la Seguridad Social y del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (1984): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Recurso de amparo número 520/1983. Sentencia número 51/1984, de 5 de abril. Boletín Oficial del Estado: martes 29 de mayo de 1984, Núm. 128.

Manuel Utrera Borrego y otros con del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Sevilla (1985): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Recurso de amparo núm. 413/1984. Sentencia núm. 30/1985, de 1 de marzo. Boletín Oficial del Estado: miércoles 27 de marzo de 1985, Núm. 74.

Mesa para la Unidad de los Comunistas con Junta Electoral Central (1987): Tribunal Constitucional, Sala Primera. Recurso de amparo número 238/1986. Sentencia número 63/1987, de 20 de mayo. Boletín Oficial del Estado: viernes 5 de junio de 1987, Núm. 134.

Defensor del Pueblo, con Magistratura de Trabajo de Huelva (1987): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Recurso de amparo número 1.256/1986 y acumulados. Sentencia número 178/1987, de 11 de noviembre. Boletín Oficial del Estado: jueves 10 de diciembre de 1987, Núm. 295.

Dº. Miguel Angel Andrés Martínez con Junta Electoral de Zona de Burgos (1989): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia 71/1989, de 20 de abril. Recurso de amparo 1.096/1987. Boletín Oficial del Estado: lunes 22 de mayo de 1989, Núm. 121.

Dº. José Luis Granizo Cuenca con Cortes de Castilla-La Mancha (1989): Tribunal Constitucional, Sección Primera. AUTO 570/1989, de 27 de noviembre de 1989. Recurso de amparo 1543-1989.

Dª. María Sola Rubira con Magistratura de Trabajo núm. 12 de Barcelona (1990): Tribunal Constitucional, Sala Primera. Sentencia 15/1990, de 1 de febrero. Recurso de amparo 1.592/1987. Boletín Oficial del Estado: jueves 1 de marzo de 1990, Núm. 52.

Amadeo Martínez Inglés con Ministerio de Defensa (1990): Tribunal Constitucional, Sección Tercera. Auto 399/1990, de 12 de noviembre de 1990. Recurso de amparo 1138-1990.

Esther Rodríguez Pérez con Congreso de los Diputados (1992): Tribunal Constitucional, Sección Primera. AUTO 140/1992, de 25 de mayo de 1992. Recurso de amparo 1228-1991.

Gobierno de la Nación con Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1992): Tribunal Constitucional, Pleno. DECLARACIÓN 1/1992, de 1 de julio de 1992. Boletín Oficial del Estado: viernes 24 de julio de 1992. Núm. 177.

Dº. Andoni Urrestarazu Landazábal y otros con Parlamento Vasco (1994): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia 76/1994, de 14 de marzo de 1994. Recurso de amparo 934/1991. Boletín Oficial del Estado: jueves 14 de abril de 1994, Núm. 89.

Partido do movimento democratico do brasil (pmdb) y otros con Asamblea Legislativa del Estado de Bahia (1994): Supremo Tribunal Federal ADI 1.057-MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 20-4-1994, Plenário, DJ de 6-4-2001.).

Dº. Joan Agusti Maragall y otros con Tribunal Supremo (1995): Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia 119/1995, de 17 de julio de 1995. Recurso de amparo 773/1993. Boletín Oficial del Estado: martes 22 de agosto de 1995, Núm. 200.

Partido Democrático Trabalhista (PDT) e outros con Presidente da Republica e outros (1998): Supremo Tribunal Federal ADI 1.805-MC, Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 26-3-1998, Plenário, DJ de 14-11-2003.

André Henrique dos Santos con José Maria da Cruz (2003): Supremo Tribunal Federal, RE 345.822, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 18-11-2003, Segunda Turma, DJ de 12-12-2003.

Presidente del Gobierno con Comunidad Autónoma del País Vasco (2008): Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 103/2008, de 11 de septiembre de 2008. Recurso de inconstitucionalidad 5707-2008. Boletín Oficial del Estado: viernes 10 de octubre de 2008, Núm. 245.

Sebastião Ferreira Lisboa e outros con Antonio Gomes Ferreira e outros (2008): Supremo Tribunal Federal, RE 543.117-AgR, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 24-6-2008, Segunda Turma, DJE de 22-8-2008.

Dagmar de Lourdes Barbosa con Edno José de Oliveira (2008): Supremo Tribunal Federal, RE 568.596, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 1º-10-2008, Plenário, DJE de 21-11-2008, com repercussão geral.

Partido da Social Democracia do Brasileira (PSDB) con Governador do Estado do Tocantis (2009): Supremo Tribunal Federal, ADI 4.298-MC, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 7-10-2009, Plenário, DJE de 27-11-2009.

Estado do Rio Grande do Sul con Joaldo Afonso Nery (2011): Supremo Tribunal Federal, RE 279.469, Relator. p/ o ac. Ministro Cezar Peluso, julgamento em 16-3-2011, Plenário, DJE de 20-6-2011.

Vicente de Paula de Souza Guedes con Ministério público eleitoral (2012): Supremo Tribunal Federal, RE 637.485, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 1-8-2012, Plenário, Informativo 673, com repercussão geral.).

8 PAGINAS ELECTRONICAS CONSULTADAS

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm (fecha de consulta 09/10/2012)

<http://www.fichalimpa.org.br/index.php/main/novidades> (fecha de consulta: 09/10/2012)

<http://www.acss.minsaude.pt/Portals/0/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20n.83.2000%20%20Tratado%20de%20Amizade%20entre%20Portugal%20e%20Brasil.pdf> (fecha de consulta: 09/10/2012)

www.oas.org

<http://www.echr.coe.int>