

## X. SISTEMA ELECTORAL Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. EL CASO ALEMÁN —CON UNA MIRADA A VENEZUELA—<sup>1</sup>

A lo largo de su casi inalterada vigencia desde las primeras elecciones en 1949, el sistema electoral de la República Federal de Alemania ha sido objeto de varias decisiones del Tribunal Constitucional Federal (TCF). La principal razón de la participación del más alto tribunal en esta materia tiene que ver con el carácter mismo del sistema electoral alemán: es un sistema combinado que trata de compatibilizar elementos supuestamente contrarios, elementos mayoritarios con elementos proporcionales. Aunque el sistema se denomina “representación proporcional personalizada”, priorizando así su carácter proporcional, para mucha gente no resultó bien clara la importancia de sus diversos elementos de composición en el funcionamiento del mismo. Así, unos comentaristas sostienen que el sistema es proporcional y, como tal, tendría que cumplir de lleno con los requisitos de la representación proporcional. Otros, al contrario, aunque el sistema es proporcional, pero personalizado, consideran que es mixto, abriendo un amplio margen de interpretaciones sobre la incidencia de los elementos mayoritarios y proporcionales en su determinación.

El parámetro más discutido en las controversias que se han planteado por las diferentes partes ha sido el principio de la igualdad del voto, uno de los clásicos cuatro requisitos del sufragio democrático al lado de la universalidad del sufragio y de su condición de ser directo y secreto. Este parámetro ha sido considerado sobre todo debido a las dificultades surgidas por el tipo de engranaje de los elementos mayoritarios y proporcionales en el sistema combinado, más precisamente por los elementos mayoritarios que lo distancian del sistema de la representación proporcional pura. La preocupación radicaba siempre en la idea de que los compromisos entre lo proporcional y lo mayoritario lesionaran uno de los principios fundamentales de la de-

---

<sup>1</sup> Este artículo ha sido escrito en conjunto con mi hijo Nicolas Nohlen. Una versión anterior se publicó bajo el título “Sistema electoral y el Tribunal Constitucional Federal” en el cuarto tomo del libro-homenaje a Héctor Fix-Zamudio, editado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor. La parte sobre Venezuela la he añadido para los efectos de su publicación en ese país, donde apareció en la *Revista de Derecho Público* (Caracas) núm. 109, 2007, pp. 7-26.

mocracia representativa: el sufragio igualitario. Al respecto, el TCF ha sido recurrido constantemente para que se pronuncie sobre este tema, de modo que existe ya toda una tradición interpretativa de jurisdicción constitucional del sistema electoral alemán. Dado que este sistema está considerado como un sistema electoral modelo —y efectivamente no parecen existir debates de reforma electoral en el mundo sin referirse a él—, la consideración de esta experiencia jurisdiccional constitucional resulta imprescindible para comprender la parte complicada e incluso cuestionable del sistema. Esto es especialmente cierto si se considera la controversia académica y jurisdiccional constitucional que aún rodea su funcionamiento. Conviene citar al respecto una de las más importantes decisiones del TCF en materia electoral, tomada hace diez años (el 27 de abril de 1997, BverfGE 95, 335) por cuatro votos a favor y cuatro en contra, a la que nos vamos a referir posteriormente.

En este ensayo vamos a indagar primero la génesis y el funcionamiento del sistema. Después discutiremos el criterio de la igualdad del voto en su relación con el sistema electoral, especialmente la diferenciación frente a los diversos conceptos de igualdad del voto. Luego estudiaremos cuatro controversias constitucionales, presentando los argumentos del TCF en los que se apoyan sus decisiones, y los argumentos en contra presentados por el voto de la minoría o disidente cuando lo hubo. Terminaremos con unas observaciones generales.

### 1. *Génesis y funcionamiento del sistema proporcional personalizado*

El origen del sistema alemán se remonta a principios del siglo XX, cuando se trató de combinar el principio de la representación proporcional con el voto personal en circunscripciones uninominales. Fue Siegfried Geyerhahn quien en su estudio “Das Problem der verhältnismäßigen Vertretung” (El problema de la representación proporcional) de 1902 propuso establecer tantas circunscripciones uninominales cuantas correspondían a la mitad del total de los escaños. Los diputados de estas circunscripciones uninominales tendrían que ser elegidos según el sistema de mayoría absoluta con *ballotage*; los demás escaños tendrían que servir para efectos compensatorios, tomando como base de cálculo la votación nacional para efectuar la representación proporcional. Para cubrir los escaños proporcionales, Geyerhahn propuso considerar a los candidatos más votados que no habían logrado ganar una circunscripción. El sistema daba a entender que la representación política seguía el principio de la representación proporcional, mientras que en la selec-

ción de diputados regía una fórmula mayoritaria. Respecto a la clasificación del sistema, se impuso en un principio la circunscripción uninominal. Karl Braunias (1932/I: 240) hablaba de un sistema de mayoría proporcionalizado —en vez de un sistema proporcional personalizado, término que devvaluaba el principio de decisión y que consideraba como crucial el principio de representación—.

Tomando en cuenta el desarrollo de los sistemas electorales desde entonces, la fórmula Geyerhahn no ha sido la única manera de combinar ambos principios. Hoy en día tenemos que diferenciar entre tres tipos de los llamados sistemas combinados: primero, la representación proporcional personalizada. Este sistema combina el principio de la representación proporcional con la adjudicación de una parte de los escaños según la regla decisoria de la mayoría, de manera que la distribución de los escaños empieza con el cálculo proporcional (a nivel nacional o al nivel de circunscripciones pluripersonales), para después sustraer de los escaños ya adjudicados a los partidos políticos los asientos conseguidos por mayoría de votos en las circunscripciones uninominales (mandatos directos). Los escaños que sobran se distribuyen entre los candidatos plurinominales según el tipo de lista. En cuanto al efecto de esta combinación, el grado de proporcionalidad entre votos y escaños es muy alto. Segundo, el sistema compensatorio. Este sistema combina los principios señalados como lo propuso Geyerhahn. Una parte de los escaños se utilizan para compensar los efectos desproporcionales de la fórmula mayoritaria aplicada en circunscripciones uninominales. El grado de proporcionalidad puede ser alto, dependiendo sobre todo del número de escaños destinados a servir para efectos compensatorios. Tercero, el sistema segmentado. Una parte de los escaños se cubren por diputados elegidos en circunscripciones uninominales; la otra, por diputados elegidos por lista en elecciones plurinominales. Prácticamente se aplican dos sistemas, y se acumulan sus resultados para al final formar uno solo. El grado de proporcionalidad puede ser medio hasta bajo, de modo que, según las circunstancias, este sistema puede conformarse con el principio de la representación por mayoría.

El sistema electoral alemán corresponde al primero de los tipos combinados. Vincula la norma de decisión de la mayoría con el principio de representación proporcional, de manera que resulte un sistema de representación proporcional. Aunque combina elementos técnicos de distinto origen teórico, no es un sistema mixto. Insistimos: el sistema proporcional personalizado (SPP), en el mundo anglosajón denominado *mixed-member-proportional* (MMP) *-system*, es un sistema de representación proporcional. Está persona-

lizado en la medida en que permite al elector en los distritos uninominales la elección entre personas que son elegidas por mayoría relativa. Es importante tener presente esta categorización a la hora de pasar revista a las controversias constitucionales.

Esta importancia se observa no sólo en el caso alemán, sino más aún donde se ha introducido el sistema proporcional personalizado, sin que existiera claridad conceptual sobre su naturaleza. Esta falta de claridad ofrece oportunidades de manipular el sistema electoral de acuerdo con determinados intereses políticos. Para demostrar tales efectos deplorables, analizaremos más adelante, en una digresión, la interpretación y consiguiente práctica del sistema proporcional personalizado en Venezuela, aprobado por una decisión de la Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional) de este país.

En lo tocante a los detalles del sistema alemán,<sup>2</sup> el elector tiene dos votos. Con el primer voto elige en los distritos uninominales, cuyo número corresponde a la mitad de los escaños parlamentarios, a un candidato del distrito, y con el segundo voto elige la lista regional (cerrada y bloqueada) de un partido. La distribución del número total de mandatos se lleva a cabo a nivel federal de acuerdo con la participación total de votos de los partidos, aplicando la fórmula electoral Hare-Niemeyer, luego Sainte-Laguë/Schepers. Se emplea además una barrera legal del cinco por ciento, la cual puede ser obviada por un partido en el momento en que éste gane tres mandatos uninominales. Una vez que están definidos cuántos escaños recibirá un partido, estos escaños se distribuyen al interior del partido de forma proporcional entre las listas regionales de los partidos, aplicando de nuevo la fórmula electoral vigente. De este número se descuentan los mandatos uninominales que se hayan alcanzado en cada caso; los escaños restantes son adjudicados a los candidatos en las listas regionales correspondientes. Si los partidos han alcanzado en los distritos electorales más mandatos uninominales que los que les corresponden proporcionalmente (los llamados mandatos excedentes o adicionales), los conservan y no se hace una compensación. De acuerdo con esto, el elector determina a través de su primer voto la composición individual de la mitad del *Bundestag* (Dieta Federal = Cámara de Diputados), pero sin por ello influir en principio (si se prescinde de los mandatos excedentes) sobre la composición del parlamento respecto a los partidos políticos.

---

<sup>2</sup> La descripción se refiere a la versión del sistema de representación personalizada vigente al momento de escribir este ensayo. Para la reforma de 2013 véase la contribución en este libro sobre España, Cataluña y el modelo alemán (ensayo VII).

## 2. *El principio de la igualdad de voto y los sistemas electorales*

Como ya decíamos, el principio de la igualdad del valor de voto es el que se ha impuesto como parámetro al que más se ha acudido en los recursos de quejas y en las decisiones de jurisdicción constitucional. Se ha considerado también el principio del sufragio directo. Ambos principios se remontan a los inicios históricos de la representación política moderna como norte de su futuro desarrollo. Constituyeron los principios antagónicos a la práctica electoral marcada por un sufragio por estamento (como por ejemplo en Prusia) y/o un procedimiento de varias etapas; por ejemplo, en Francia en la época revolucionaria y posrevolucionaria. En tiempos de los grandes debates en la Assemblée Nationale francesa, sólo los *Grand Électeurs* votaban para elegir a los diputados. En este país, recién en 1848 se introdujo el sufragio directo. Esto significaba que el elector votaba sin ningún intermediario entre el votante y el candidato que se presentaba a la elección. El sufragio igualitario, por su parte, significaba, al contrario de la práctica común, que todos los votos se contaban igual, lo que excluye un peso diferenciado del voto por estamento, clase, requerimiento de impuesto u otro criterio.

Como se desprende, aquellos principios estaban vinculados con el derecho de sufragio en su sentido estricto. Más tarde, sin embargo, iban a extender su significado y su ámbito de aplicación al derecho electoral en sentido amplio. El principio del sufragio igualitario entró como criterio en la esfera del sistema electoral, cuyo diseño, especialmente en lo relativo al prorrateo, podría restringir su validez efectiva. Desde entonces, comparando los distritos electorales, la relación entre población o inscritos en el registro electoral y diputados a elegir se constituyó como parámetro para medir el alcance igualitario del sufragio. Para no lesionar el principio de la igualdad del sufragio, este requerimiento implicaba mantener el prorrateo en armonía con el desarrollo demográfico, y esto podría significar, según el tipo de sistema electoral, rediseñar los distritos o redistribuir los escaños. Debido a las frecuentes manipulaciones y continuas controversias sobre geometría electoral (*gerrymandering*) en países que practican un sistema de representación por mayoría, Ernst Fraenkel (1970: 405) llegó a sentenciar que sólo la representación proporcional puede garantizar la igualdad del sufragio. Luego se intensificó la incidencia del principio de la igualdad del sufragio al diferenciar entre el valor numérico y el valor de logro del voto, distinción que llevaba a complicar decididamente su aplicación. Pues no cabe duda que los sistemas electorales se distinguen por el cumplimiento del valor de logro del voto. Mientras que por su esencia misma, el principio de la representación pro-

porcional aspira a garantizar no solamente el valor numérico, sino también a mantener el valor de logro del voto, de modo que todos los votos cuenten para la composición del parlamento, el objetivo de la representación por mayoría es justamente contrario. Cuentan intencional y efectivamente sólo los votos entregados a los candidatos que han recibido la mayoría requerida para su elección. La doble distinción entre diferentes valores de igualdad y diferentes lógicas que gobiernan los sistemas electorales llevó a cuestionar la aplicabilidad incondicional de un criterio del derecho a sufragio al campo de los sistemas electorales.

El cuestionamiento aumenta en la medida en que se reconoce que los sistemas electorales tienen que cumplir con varias funciones, necesidad en la que ha insistido la ciencia política. Por lo demás, esta disciplina ha añadido otro enfoque al debate sobre diseño y evaluación de los sistemas electorales: el enfoque funcionalista. Por un lado, distingue entre las funciones de representación (de proporcionalidad entre votos y escaños), de concentración (en el voto y en el sistema de partidos políticos) y de participación (por un voto personal y no exclusivamente de partido), y añade dos funciones más: la sencillez (para que el voto sea transparente y su efecto fácil de entender) y la legitimidad (basada en el reconocimiento y apoyo del sistema electoral vigente por las fuerzas vivas del país). Por otro lado, considera que existen *trade-offs* (conflicto de objetivos) entre las funciones, y propone respecto a su diseño que los sistemas electorales tienen que equilibrar el cumplimiento de las distintas funciones, cada sistema a su manera dentro del contexto al que están expuestos. Rechaza, por lo demás, la idea de que existe un sistema ideal, y señala que el mejor sistema es el que se adapte mejor a las condiciones concretas de su buen funcionamiento (véase Nohlen 2004: 135 y ss.).

Por otra parte, la tendencia a pensar sólo en una única función que un sistema electoral debería cumplir necesariamente fue cuestionada también por la observación de los efectos empíricos de los principios llevados a la práctica. Se ha detectado en el campo de los sistemas electorales que la realización al máximo del principio de la representación proporcional en el diseño del sistema electoral puede incidir negativamente en el cumplimiento de su propio objetivo. Se produce posiblemente una mayor cantidad de votos que no cuentan, lo que se ha llegado a llamar “la paradoja de la proporcionalidad” (véase Nohlen 2006: 989). Es el factor psicológico que induce a equivocaciones de cálculo, dado que la representación proporcional pura tampoco ofrece a todos los candidatos, posibilidades de ser elegidos. Los límites matemáticos lo impiden. Un buen ejemplo lo ofrece la propia historia electoral alemana. La representación proporcional pura de la República de

Weimar produjo cantidades mayores de votos sin logro que el sistema con barrera legal del 5% de la ley electoral de la República Federal.<sup>3</sup>

### 3. *Barrera legal e igualdad electoral*

El primer campo de controversias constitucionales se abrió con la introducción de una barrera legal en un sistema de representación proporcional, con el fin de atender a las funciones múltiples de un sistema electoral, y especialmente a la función de concentración del mismo. Los recursos de queja se dirigieron principalmente contra el monto de su porcentaje. Nos vamos a referir a dos litigios de los años 1950, en los que el TCF elaboró su interpretación del sistema electoral alemán, defendiendo su posición frente a posturas opuestas.

La primera decisión del TCF en torno a la barrera legal se remonta a 1952 (BVerfGE 1, 208), cuando tuvo que juzgar sobre la cuestión relacionada con la ley electoral del estado de Schleswig Holstein: si una barrera del 7.5 % era compatible con el principio general de la igualdad (principio del sufragio igualitario).

En su argumentación, el TCF sostuvo sucintamente lo siguiente: primero, el principio del sufragio igualitario es un supuesto de aplicación del principio general de la igualdad. Segundo, el principio del sufragio igualitario tiene distinta importancia, si se trata de un sistema electoral de mayoría o de uno proporcional. Tercero, el objetivo de la representación proporcional en su versión radical consiste en producir en el parlamento un reflejo exacto de la distribución de las preferencias políticas del electorado. Cuarto, en el caso de la representación proporcional, no sólo el valor numérico del voto, sino también el valor de logro tienen que ser iguales. Asimismo, definió el valor de logro del voto en términos del *Reichsstaatsgerichtshof*: todos los votos deben

---

<sup>3</sup> A este respecto, conviene considerar las experiencias de Uruguay y Colombia, países que también han experimentado sistemas de representación proporcional pura o extrema. Tomando en cuenta el valor de logro de los votos, una enorme cantidad de votos no participaron en la elección de ningún candidato. En el caso de Uruguay, el cálculo ha sido de un 40% (véase Vernazza 1987). En Colombia, debido al fraccionamiento de las listas, los escaños se ganaban por apoyos mínimos, por residuos o fracciones de cociente con una pérdida enorme de votos que no alcanzaron a ser exitosos. Para contrarrestar la ingobernabilidad democrática, se ha reformado el sistema electoral en 2003, introduciendo la lista cerrada, el método D'Hondt y una barrera legal del 50% del cociente electoral simple (cuota Hare). Con esta reforma se ha bajado en las elecciones locales de Bogotá la desviación del resultado electoral de la proporcionalidad que alcanzó en 1997 un 55.5%, en 2003 a un 19.0 % (véase Hoskin/García Sánchez 2006: 125).

tener “el mismo poder”; en otras palabras: todos los votantes deben tener “igual influencia sobre el resultado electoral”.

Luego reconocía que existe un conflicto entre dos bienes constitucionales, entre el principio del sufragio igualitario y la capacidad funcional del parlamento. El peligro para el Estado, consistente en la incapacidad funcional del parlamento, por la naturaleza misma del fenómeno, es una razón legítima para un tratamiento diferenciado de los partidos políticos en la distribución de escaños mediante la representación proporcional. Se da cuenta que esto significa una excepción del principio de que todo voto electoral debe tener el mismo valor de logro. Sostiene que es en principio legítimo modificar la igualdad en la representación proporcional con el propósito de combatir los *Splitterparteien*, los partidos de poco apoyo electoral. Luego aplica el principio de la conveniente proporción (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), uno de los principios fundamentales del Estado de derecho.<sup>4</sup>

Una barrera legal que se establece en 5%, parece ser generalmente adecuada; una barrera más alta sólo sería admisible cuando existen “razones obligatorias”. En el caso concreto de Schleswig Holstein, el TCF negaba la existencia de tales razones. Consecuentemente, sentenciaba que la barrera legal del 7.5% lesiona el principio de la igualdad del sufragio.

En la misma decisión, el TCF se pronunciaba también sobre la cláusula de los mandatos mínimos (véase más abajo), en primer lugar no tanto sobre la constitucionalidad misma de la disposición legal según la cual se puede eludir la barrera legal al alcanzar una cierta cantidad de mandatos uninominales, sino más bien sobre su posible incidencia en el veredicto del Tribunal sobre la barrera legal del 7.5%. Se preguntaba si una barrera legal, por sí demasiado alta, podría legitimarse, sin embargo, por el hecho de que partidos pequeños con baluartes locales también pueden participar en la compensación proporcional de los escaños a través de la cláusula de los mandatos mínimos. El TCF sentenciaba que dicha cláusula como manera

---

<sup>4</sup> Este principio se encuentra generalmente traducido al castellano como “principio de proporcionalidad” (Barnés 1998), en inglés “principle of proportionality”. Es importante señalar que este principio, aunque de origen antiguo, encontró su manifestación concreta en el derecho constitucional alemán. En términos generales, determina que los actos del Estado, los que limitan posiciones de derecho (explícitamente derechos individuales), no deben excederse, o sea, deben guardar una relación adecuada entre fines y medios. La traducción establecida del término alemán no puede ser utilizada en el contexto de este trabajo, pues ya está asignada a la relación entre votos y escaños como resultado de un determinado sistema electoral. Por otra parte, el concepto “principio de conveniente proporción”, que nosotros utilizamos aquí, tiende a corresponder más al contenido del concepto alemán que se refiere a algo no tanto cuantitativo (mensurable en porcentajes), sino cualitativo (como resultado de una ponderación); es decir, no se refiere tanto a medición, sino a medida.

alternativa de participar en la distribución proporcional de los escaños no tiene ninguna incidencia en el juicio sobre la barrera legal. En defensa de la cláusula de los mandatos mínimos seguía argumentando, primero, que un partido que es muy fuerte en una región electoral geográficamente limitada es más digno de representación parlamentaria en comparación con un partido que debe reunir sus votos muy dispersos, provenientes de todo el territorio nacional. Segundo, que una ley electoral puede establecer como única condición para participar en la compensación proporcional el éxito en una elección mayoritaria. Esto resulta legítimo por la admisibilidad de la representación mayoritaria pura como alternativa legislativa.

Con esta primera gran decisión en materia del sistema electoral, el TCF limitó con la aplicación del principio de la conveniente proporción el porcentaje de una barrera legal a un máximo del cinco por ciento. Cinco años más tarde, volvió a juzgar de nuevo, esta vez tocando la cuestión de si la barrera del cinco por ciento era compatible con la igualdad del sufragio según el artículo 38, inciso 1, de la Ley Fundamental (BVerfG 6, 84). Por lo demás, se le pidió juzgar sobre si la cláusula de mandatos mínimos sería compatible con la igualdad del sufragio.

En su resolución, el TCF expone de nuevo que el principio de la elección igualitaria es un supuesto de aplicación del principio general de la igualdad. En principio, la igualdad de la elección significa que cada voto “debe ejercer jurídicamente la misma influencia sobre el resultado electoral”. Sin embargo, no se excluye una posible diferenciación en el valor de logro, que se legitima por consideraciones razonables. Respecto a la barrera legal del cinco por ciento, ella menoscaba el valor de logro de los votos emitidos. La barrera sirve, sin embargo, a la capacidad funcional del parlamento, y, por consiguiente, contribuye a asegurar el carácter de la elección como proceso de integración en la formación de la voluntad política del pueblo. Esta función legitima la diferenciación en el valor de logro de los votos, que tiene lugar debido a la barrera legal, siempre que su incidencia se efectúe acorde con el principio de la conveniente proporción.

En las consideraciones del TCF, la barrera legal del cinco por ciento parece ser el límite de adaptación a determinadas necesidades funcionales. Esta advertencia se refleja en el hecho de que la barrera legal ha sido aumentada dos veces durante los años 1949 a 1956 (véase Nohlen 2004: 255 y ss.). Este proceso de reforma, aunque medido y justificable, había generado la inquietud sobre el límite de reformas dentro del tipo de sistema electoral en un ambiente muy favorable a intensificar el proceso de concentración en el sistema de partidos políticos a través de reformas institucionales. Para aumentar la barrera de entrada al parlamento, sea esta legal o natural

(por el tamaño de las circunscripciones, por ejemplo), el TCF consideraba necesario que el legislador se expresara antes en favor de otro principio de representación.

Conviene mencionar que el TCF también fundaba su postura en otra fuente de justificación, en consideraciones históricas que tienen que ver con el desenlace infeliz de la República de Weimar. En los primeros decenios de la República Federal de Alemania, un amplio sector del derecho público y de la naciente ciencia política vinculaba de forma causal el multipartidismo, la inestabilidad política y el colapso de la democracia con el sistema de representación proporcional. Lo que el TCF no consideró, sin embargo, era que un sistema proporcional con barrera legal no necesariamente perjudica el valor de logro más que un sistema de representación proporcional pura, lo que ya hemos advertido más arriba.

En la argumentación de los que no se habían conformado plenamente con la postura del TCF dentro y, sobre todo, fuera del mismo aspecto de la barrera legal<sup>5</sup> se observan varias falacias. La primera consiste en su principismo, vinculado a la idea de que un sistema proporcional tenga que cumplir en la mayor medida posible con la igualdad electoral, definida como igualdad en el valor de logro. En su génesis, refiriéndonos a las intenciones de los legisladores de la época fundacional de la República Federal, y, sistemáticamente, en su diseño como sistema electoral combinado, el SPP no es un sistema proporcional puro. Cuando distinguimos bien entre diferentes tipos de sistemas proporcionales, fracasa la aplicación estricta y dogmática de la norma de representación proporcional pura como criterio de su evaluación. La segunda falacia consiste en la monofuncionalidad de su enfoque. El SPP intenta hacer justicia de una forma aproximadamente equilibrada a diferentes exigencias funcionales que se esperan de los sistemas electorales, y solamente puede cumplir con estos requerimientos si no se eleva a principio absoluto de su funcionamiento un objetivo único. Por otra parte, la argumentación del pensamiento crítico a la barrera legal es ambivalente. Por un lado, parecen quitarle importancia a la barrera legal respecto a sus efectos, insinuando que la concentración empírica del sistema de partidos que ha vivido la República Federal<sup>6</sup> es principalmente el resultado de la in-

---

<sup>5</sup> Conviene recordar que el legislador de 1949, el *Parlamentarische Rat* (Consejo Parlamentario), pese a las malas experiencias con la representación proporcional pura, se había pronunciado en contra de la introducción de una barrera legal, que sólo fue establecida gracias a la intervención de los jefes de gobierno de los estados federados (véase Meyer 1973: 29 y ss.).

<sup>6</sup> Por la alta fragmentación del sistema de partidos, las primeras elecciones al *Bundestag* en 1949 han sido denominadas las últimas de la República de Weimar. Sin embargo, ya en

cidencia de otros factores ajenos a aquélla, por otro lado, se han esforzado enormemente en cuestionar la barrera legal, por lo menos respecto a su magnitud (entre otros Meyer 1998: 286). En esta ambivalencia se observa una lógica perversa, pues el resultado al cual la barrera del cinco por ciento evidentemente ha contribuido (la baja fragmentación del sistema de partidos) es tomado como argumento base en su contra.

#### 4. *El sistema de dos votos y la igualdad electoral*

Como hemos señalado anteriormente, el SPP concede al elector dos votos. El primero es personal en el ámbito de una circunscripción uninominal. El candidato que recibe la mayor cantidad de votos que los demás competidores gana el mandato directo. El segundo voto es de lista de partido a nivel de los estados federados, que por su parte es cerrada y bloqueada. El elector tiene plena libertad en el uso de sus votos. Puede elegir al candidato uninominal y a la lista de un mismo partido. Puede asimismo votar por un candidato uninominal diferente de su preferencia de partido. Efectivamente, a lo largo de la vigencia del sistema de dos votos (introducido para las segundas elecciones al *Bundestag* en 1953), el elector ha hecho uso frecuente del voto cruzado (*split voting*). Por lo demás, ha contribuido a la dinámica de coaliciones en el sistema político.

Antes de continuar con este tema, hay que destacar que el TCF ha tenido que ocuparse del problema del sistema de doble voto en varias de sus decisiones, que tenían como objeto principal reclamaciones que se dirigían a otro tipo de controversias. Tampoco ha sido objeto de la jurisdicción del TCF el sistema del doble voto en sí mismo. Tuvo que pronunciarse más bien sobre algunos efectos del sistema que habían sido considerados como problemáticos. Nuevamente, la mayor preocupación consistía en cómo conseguir que el manejo de estos dos votos no lesionara el principio de la igualdad del sufragio. La cuestión se origina en la posibilidad de que un votante elija a un candidato uninominal que gane en su distrito, y a una lista de partido diferente que participa proporcionalmente en la distribución de los escaños (véase Ipsen 1987). Para una respuesta adecuada, hay que diferenciar entre distintas situaciones. Primero, la situación común y corriente del voto cruzado: un votante prefiere en la elección uninominal al candidato del partido A, y en la elección de lista al partido B. Segundo, la situación en la que un

---

1953 empezó el rápido proceso de concentración que transformó el sistema de partidos a principios de los años sesenta en uno de “dos partidos y medio”.

voteante elige a un candidato que gane y que no esté vinculado con ninguna lista de partido, o que lo esté, pero que esta lista no pase la barrera legal del cinco por ciento (y que además no esté acompañado de otros dos correligionarios que también ganen su circunscripción, lo que neutralizaría la barrera del cinco por ciento). Tercero, la situación en que un partido ha ganado mayor cantidad de mandatos directos en un estado federado, que los que proporcionalmente le corresponderían. Este es el caso de los mandatos excedentes cuya ocurrencia pueda distorsionar la proporcionalidad de los resultados electorales, y de este modo afectar la igualdad del valor de logro del voto. Trataremos a continuación las primeras dos situaciones. El problema de los mandatos excedentes lo vamos a debatir en el próximo capítulo.

Respecto a la primera situación, el TCF recuerda que el legislador ha optado por un sistema de representación proporcional que esté combinado con la elección de personas. El elemento personal del sistema electoral está combinado con la representación, de tal forma que la elección mayoritaria tiene el efecto de una preelección personal respecto a la distribución de los escaños conseguidos por una lista de partido a nivel de estado federado. Sin embargo, el TCF confirma que debe imponerse el carácter proporcional del sistema electoral. Respecto a la composición del parlamento en términos políticos o de partido, sólo cuenta el segundo voto. La relevancia del primer voto se restringe, en principio, a una selección personal de los que entran en el parlamento para representar a un partido, pues los diputados elegidos en una circunscripción uninominal preceden a los candidatos nominados en la lista a la hora de distribuir los escaños ya adjudicados a los partidos en su interior. Lo importante, desde el punto de vista de la igualdad del sufragio, es que los resultados con base en los primeros votos puedan ser integrados en el cálculo proporcional que determina la composición total del parlamento. En términos generales, llevar a la práctica adecuadamente este mecanismo es de suma importancia en el manejo de un sistema electoral que combina el voto personal y el voto de lista en el marco de un sistema de representación proporcional. Como se desprende de lo anterior, no se trata sólo de respetar la lógica de un tipo de sistema electoral. El mantenimiento de la integración de los votos entregados a personas en el cálculo proporcional que determina la composición total del parlamento es también de alcance constitucional, cuando no cabe duda que el legislador se ha expresado en favor de este principio de representación, o cuando incluso la propia Constitución prescribe la representación proporcional.

La segunda situación, en la que un voteante elige a un candidato que gane, pero que no esté vinculado con ninguna lista de partido, puede llevar a que el sufragio de un voteante tenga el doble valor numérico, situación

que se observa cuando el votante ha contribuido al éxito de un candidato uninominal, sin que haya votado (ejerciendo el voto cruzado) por la lista de partido del candidato uninominal que no pase la barrera legal, o no pudiera votar (por falta de conexión de la candidatura uninominal con una lista de partido) a la correspondiente lista. Si no existe la posibilidad de una compensación proporcional, entonces el votante contribuye con sus dos votos de forma independiente dos veces al éxito electoral, al del candidato uninominal y al de una lista de partido distinta. Respecto a este problema, la propia ley electoral establece parcialmente una solución. En su párrafo 6, inciso 1, indica que los segundos votos de los candidatos independientes, no conectados con listas de partido, no son tomados en cuenta a la hora de realizar el cálculo proporcional a nivel nacional. En otras palabras, quien contribuye con su primer voto a la victoria de una candidatura nominal que no esté vinculada con una lista de partido con el efecto de que no se realice una deducción del escaño nominal de la adjudicación proporcional de la totalidad de los escaños anula su segundo voto. La regulación no afecta la candidatura individual ni se excluye que tal candidatura logre ganar un escaño. Impide, sin embargo, que el votante que realiza el voto cruzado en las condiciones descritas tenga el valor numérico doble de su voto, cuya posibilidad de que se produzca ya hemos explicado antes. Con esto se mantiene, por lo demás, la lógica del sistema proporcional personalizado. En resumen, el propio legislador ha considerado los problemas que se pueden originar en el sistema de dos votos. La ley misma trata de impedir que se pueda lesionar la igualdad electoral y desvirtuar el principio de la representación proporcional.

##### 5. *Digresión: el caso de Venezuela*

Se ha dicho que pensar es comparar (Walter Rathenau). La experiencia que está viviendo Venezuela con la representación proporcional personalizada puede no sólo servir de contraste debido a prácticas diferentes, sino para hacer hincapié en algunos elementos cruciales del propio funcionamiento del sistema alemán. Este tipo de sistema combinado fue introducido en Venezuela en 1989 (véase Nohlen 2004: 410 y ss.) y quedó prácticamente inalterado en el proceso de elaboración de la nueva magna carta de 1999 (véase Molina/Thibaut 2005). Conviene destacar que la Constitución de 1961 contenía la norma de que el sistema electoral tendría que basarse en el principio de la representación proporcional. La reforma electoral de 1989 tenía que respetar este precepto. En efecto, la introducción de circuitos uni-

nominales, en los que en total se eligieron un poco más de la mitad de los mandatos, no rompió con la proporcionalidad, dado que para la composición total del parlamento era decisivo el porcentaje de votos de los partidos a nivel de las circunscripciones plurinominales. Por lo demás, la norma de aquella Constitución incluía la representación de minorías, lo que en la práctica, tomando en cuenta la relación entre votos y escaños, configuraba una representación proporcional bastante completa.

En esta misma línea, la Constitución de 1999 otorgó rango constitucional a la personalización del voto y a la representación proporcional, o sea, a ambos elementos constituyentes de un sistema combinado. Respecto a la manera de su combinación, la exposición de motivos de la Constitución dejó bien claro que la personalización del voto “debe conciliarse con el principio de la representación proporcional, requerido para obtener órganos conformados de manera plural, en representación de las diferentes preferencias electorales del pueblo”. Sin embargo, las fuerzas vivas del país empezaron a interpretar y usar el sistema como más les convenía en la lucha por el poder. La puerta de entrada para estas maniobras fue el voto doble. Se presentaron candidatos para los escaños uninominales, llamados “morochas”, no vinculados con ninguna lista de partido, pero adictos a una misma corriente política, para doblar su fuerza parlamentaria, evitando el mecanismo de compensación proporcional. El conflicto ocurrió cuando las fuerzas gobiernistas utilizaron el sistema de postulación “las morochas” de forma masiva en las elecciones de diciembre de 2005 con perspectivas a diezmar la oposición. Entonces, la oposición denunció la práctica como fraudulenta, y su infructuoso intento de hacerla prohibir motivó su retirada de las elecciones (véase Molina 2005). Su posterior recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia tampoco resultó. La Sala Constitucional de la Corte no encontró, como se lee en la sentencia 74, del 25-1-2006, “pruebas, alegatos o argumentos que permitieran evidenciar la contradicción entre el mecanismo de postulación denominado ‘las morochas’ y las normas superiores constitucionales”.

Lo primero que hay que destacar es que, el legislador alemán concebía de antemano que el sistema proporcional personalizado que opera con dos votos, uno personal y otro de lista, albergaba la posibilidad de un uso indebido. Regulando la interrelación concreta entre voto nominal y principio proporcional, evitó controversias tendientes a ser llevadas hacia el Tribunal Constitucional. En el caso venezolano, sin regulación legal del mencionado engranaje, la respectiva controversia al respecto tenía que ser objeto de una decisión final de la Corte Suprema de Justicia. Su Sala Constitucional declaró primero que el mecanismo de “las morochas” no se encuentra prohibido

ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico. Concluía, segundo, que lo que no esté prohibido no puede estar en contra de la ley. Este argumento ya peca de ser muy dudoso, pues no parece lícito traspasar un concepto del derecho penal al derecho constitucional. En este ámbito, no se regula todo por ley. Sin embargo, a menudo se definen sus principios, a veces en la declaración de motivos de la Constitución, a los que tienen que acomodarse las leyes y las prácticas para no ser declarados inconstitucionales en caso de que se objete la falta de tal concordancia. Así, una conducta o un procedimiento obviamente pueden ser inconstitucionales aunque no existiera una ley que los prohibiera. Por lo tanto, la afirmación de la Corte Suprema de Justicia de que la práctica de “las morochas” se encuadra dentro del orden jurídico no significa más que su Sala Constitucional se resiste a aplicar sanos criterios de derecho constitucional en su juicio sobre una controversia de alcance constitucional. Esta postura se desprende también del argumento de que la regulación de los principios de la personalización del sufragio y el sistema de representación proporcional corresponde a la Asamblea Nacional porque se trata de materias de reserva legal. Es cierto que la Asamblea Nacional puede aprobar una ley electoral que regule la interrelación entre voto nominal y voto de lista, pero solo respetando la norma constitucional, y en caso de lesionarla, respetando el veredicto de la Corte Suprema de Justicia, cuando una parte acusadora se dirige a ella para que tome una decisión sobre la constitucionalidad de la respectiva ley. En la situación concreta, la Corte Suprema de Justicia no debería negar su propia competencia. Es totalmente equivocado el argumento de que la Sala Constitucional, al declarar como inconstitucional el mecanismo de “las morochas”, pecaría de una interferencia indebida en el ámbito de competencias de otros órganos del poder público.

La sentencia de la Corte se fundamenta en varias otras consideraciones, cada una de ellas muy cuestionable, a veces absurda. Se sostiene, por ejemplo, que el mecanismo de “las morochas” no afecta de ningún modo al principio de representación proporcional, “dado que no proscribire, rechaza, ni niega la representación proporcional”. Pero en realidad es todo lo contrario; ese mecanismo de candidatura lesiona la norma constitucional de representación proporcional, contradice lo expuesto en la exposición de motivos de la Constitución y afecta de la manera más extrema el principio de representación proporcional, pues lo niega, produciendo empíricamente resultados electorales que corresponden al concepto diametralmente opuesto de representación por mayoría. La sentencia hace alusión también a principios que supuestamente apoyan la sentencia, principios que interpreta de forma sesgada o trivial, sin convencer en absoluto —o sólo convence a los que no

entiendan de materia electoral—. El principio de la libertad, por ejemplo, se realiza con y dentro de una Constitución, no fuera ni contra ella. Ampliar los canales de participación no es expresión por sí del Estado de derecho, pero sí la forma por la que se producen tales reformas. Aquí lastimosamente no podemos presentar con amplitud los numerosos aspectos críticos que rodean este tema.

Hay argumentos, sin embargo, que nos aclaran el contexto político en el que se ubica la sentencia (véase Kornblith 2006). La Corte entiende la personalización del voto en forma de candidatos no conectados con listas como expresión de la democracia participativa, que en el mejor de los casos, citando a Norberto Bobbio (1996: 49 y ss.), “refuerza y profundiza únicamente la democracia representativa”. Suena bien fundamentar la decisión en el derecho de participación y en la democracia participativa: “ideas propias del proceso constituyente e integradoras de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Sin embargo, con su postura la Corte Suprema de Justicia se alinea incondicionalmente con la transformación de la democracia venezolana de representativa a participativa, que en vez de ampliar y profundizar la democracia representativa implica su sustitución, negando sus principios constitucionales.

Las falacias de la sentencia comentada no deben sorprender, pues ellas emanan de un tribunal que ya ha perdido su independencia. Por destitución o “jubilación” de los magistrados que osaron no seguir la línea gubernamental, el gobierno pudo asumir en general un control absoluto de la Corte Suprema de Justicia. Representantes del régimen confiesan francamente que allí “no hay nadie que vaya a actuar contra nosotros” (véase Brewer-Carías 2007: 30). La falta de voluntad de los miembros de corresponder a criterios de ética constitucional y profesionalidad queda plasmada por el hecho de que la justa interpretación de la norma constitucional estaba presente en el debate de la Sala Constitucional, como desvela el voto salvado de uno de sus miembros. Este voto dice textualmente:

El propio diseño del sistema por parte del Legislador revela que el principio de representación proporcional —y con él el derecho al sufragio, y, especialmente, al sufragio pasivo— sólo se garantiza a través de su relación indisoluble con el sistema nominal, en el sentido de que se estableció que la adjudicación de la totalidad de los cargos que corresponden a cada agrupación política se hace de conformidad con los cocientes que arroja el método d’Hondt los cuales se calculan exclusivamente a través de los votos lista. Si esa relación no fuese indispensable, el sesenta por ciento de los cargos se adjudicaría a los vencedores de los circuitos electorales —que, lógicamente, no

podrían superar en número a ese sesenta por ciento— y sólo el cuarenta por ciento de los escaños se adjudicaría a través del Método d'Hondt, que no es el caso venezolano. Es evidente así, que el argumento de la mayoría (de la Sala) es inaceptable en nuestro sistema electoral, no sólo porque es contra *legem*, sino porque implica la separación artificial de los dos elementos (del sistema proporcional personalizado), separación que impide... la garantía de satisfacción de sus principios fundamentales.

El voto disidente insiste correctamente en que la “adjudicación última a los candidatos por lista que fueron postulados por determinada agrupación política, se realiza luego de la deducción o resta del número de candidatos que previamente se adjudicaron de manera uninominal a esa misma agrupación”. Y sigue:

He allí, precisamente, donde se manifiesta la violación al principio de representación proporcional en el marco del sistema de votación que se denunció en este caso como inconstitucional —“las morochas”— pues como sea que en este caso no es una sino —formalmente— dos agrupaciones políticas las que postulan candidatos —una nominalmente y otra por lista— de manera conjunta o “enmorochada”, al momento de dicha adjudicación residual de escaños de la lista, luego de que se completa la adjudicación nominal, no se verifica deducción alguna, porque al tratarse de dos agrupaciones distintas, a la lista de la segunda agrupación se le adjudica la totalidad de escaños, se insiste, sin deducción de los adjudicados nominalmente a la otra.

Tiene razón el voto de la minoría al considerar

que el Consejo Nacional Electoral violó el derecho al sufragio y a la participación en los asuntos públicos de todos los electores y elegibles en la medida en que admitió el mecanismo electoral que se identifica como “las morochas”. Se trata... de una tergiversación al sistema de adjudicación según la representación proporcional, jurídicamente se traduce en un fraude a la Ley y más grave aún, en un fraude a la Constitución, a través de un evidente abuso de las formas jurídicas en pro de conseguir una finalidad distinta a la que las normas constitucional y legal establecieron respecto (del SPP) y a través de un evidente abuso de derecho de las organizaciones con fines políticos a postular candidatos.

Solo conviene añadir que el efecto anticonstitucional del mecanismo de “las morochas” va mucho más lejos. Como hemos explicado tratando la regulación alemana, infringe el principio de la igualdad del sufragio, o sea, uno de los principios fundamentales de la democracia moderna.

## 6. *Mandatos excedentes y el principio de igualdad electoral*

Los mandatos excedentes o adicionales no constituyen un fenómeno inevitable de un SPP. Son una peculiaridad del SPP alemán a nivel de la Federación. Surgen por la interrelación específica de las reglas de mayoría y de la representación proporcional en el sistema electoral. Como ya decíamos, cuando un partido político gana con base en los primeros votos más escaños en las circunscripciones uninominales a nivel del *Land* (estado federado) que los que le corresponden proporcionalmente conforme a sus segundos votos, estos mandatos excedentes se mantienen y configuran como adicionales a los conseguidos a través de la distribución proporcional. Aumentan de este modo el número de escaños del *Bundestag*. Hasta 2013 no existió ningún mecanismo compensatorio. En la medida en que favorecen a determinados partidos, los mandatos excedentes afectan la distribución proporcional de los escaños, al valor de logro de voto y, así, a la igualdad del sufragio. Los partidos políticos que reciben muchos mandatos excedentes necesitan para la misma cantidad de escaños menos votos si se compara con otros que no disponen de tantos mandatos excedentes o incluso de ninguno. Para los que defienden la igualdad electoral, este cálculo parece ser el criterio de medición empírica más válido para apreciar la relativa importancia del fenómeno.

Antes de entrar en el tratamiento de la jurisdicción constitucional al respecto, es conveniente aclarar que los factores causales que explican el fenómeno son múltiples y complejos. Hay fundamentalmente dos tipos de causas que incluyen cada una a su vez diversos factores. Por un lado, las causas se ubican dentro de un estado federado, y provienen, por ejemplo, de diferencias en la distribución de votos según el primer voto, y el segundo a través del voto cruzado, o por la confrontación de ambas reglas de decisión en situaciones específicas en que un partido político sea capaz, como primera mayoría, de ganar una gran cantidad de escaños uninominales por escaso margen frente a la primera minoría. Por otro lado, las causas se ubican en la relación de los estados federados con el conjunto del resultado electoral; provienen, por ejemplo, de diferencias en el número de escaños con relación al número de electores que tienen los estados federados, o diferencias en la participación electoral entre ellos. Por otra parte, los factores mencionados por regla general no aparecen de forma aislada, sino conjunta, con tendencias a aumentar o a compensar mutuamente sus efectos. En la generación de mandatos excedentes importa mucho la estructura del comportamiento electoral de los votantes, pues altos grados de votos cruzados y terceros par-

tidos fuertes constituyen condiciones sumamente favorables (véase Grotz 2000a).

Cuando en los decenios anteriores el número de mandatos excedentes era pequeño, el fenómeno no alcanzó mucha atención. Esto cambió de un día al otro a raíz del número elevado de ellos en las elecciones de 1994, cuando alcanzaron dieciséis, de los cuales doce correspondieron a la Democracia Cristiana. Sólo los mandatos excedentes daban, en esa oportunidad, a la coalición de la CDU/CSU junto con los Liberales, una mayoría parlamentaria suficientemente amplia para poder seguir gobernando. En ese instante se empezó a poner en duda la conformidad de los mandatos excedentes no compensados con la Constitución. La Socialdemocracia defendió entonces el principio proporcional estricto y el mecanismo de compensación de escaños, su gobierno del Estado de Baja Sajonia presentó la querrela de constitucionalidad ante el TCF. Es interesante añadir que la Socialdemocracia, un año después del fallo del Tribunal, en las elecciones de 1998, fue el gran beneficiario del fenómeno, pues recibió con trece el total de los mandatos excedentes. En 2002, después de la reforma distrital, la cantidad de mandatos excedentes se redujo a cuatro, tres para la Socialdemocracia y uno para la Democracia Cristiana. En síntesis, la multiplicidad de factores causantes de los mandatos excedentes no permite suponer que favorezcan siempre a un determinado partido. El efecto sobre la representación de los partidos puede variar al extremo.

En términos generales el legislador puede proveer, de acuerdo con la mayor proporcionalidad en la representación, una compensación de escaños, como se le conoce en la mayoría de los sistemas proporcionales personalizados que se aplican a nivel de los estados federados de Alemania para elegir a los parlamentos regionales. Sin embargo, entendiendo bien la lógica del sistema electoral alemán, prever un tipo de compensación no es de ninguna manera algo obligatorio.

En aquel entonces el TCF tenía que juzgar sobre si los mandatos excedentes sin compensación son compatibles con el principio de la igualdad del sufragio según el artículo 38, inciso 1, de la Ley Fundamental. Todo indicaba que el Tribunal se pronunciaría sobre el litigio en términos de corresponder a los defensores de la legislación vigente o a los defensores del principio igualitario en la representación. En su decisión (BVerfGE 95, 335), firmada por cuatro de sus ocho miembros, el tribunal comenzaba recordando su tradicional doctrina electoral: primero, la representación proporcional en su versión estricta hace del parlamento un reflejo fiel de las preferencias políticas del electorado. Segundo, igualdad electoral significa que cada voto debe tener el mismo valor numérico y —introduciendo un nuevo concepto— la

misma posibilidad legal de éxito. Tercero, igualdad electoral en el caso de la representación proporcional significa que cada elector con su voto pueda tener la misma influencia sobre la composición del parlamento. Luego, el TCF se preguntaba cuántos votos necesita un partido político para alcanzar un escaño. Con este *test* empírico comprobaba que los mandatos excedentes conducen a la diferenciación en el peso del voto, o sea, a un tratamiento desigual de los partidos y, consecuentemente, a un perjuicio del valor de logro del voto.

En su apreciación del fenómeno, llega, sin embargo, a la conclusión de que los mandatos excedentes y la consiguiente diferenciación del valor de logro de los votos son un efecto obligado del carácter *sui generis* del SPP y compatible con la igualdad electoral. La justificación de la diferenciación del valor de logro proviene en última instancia de la decisión del legislador en pro de la representación proporcional personalizada tomada con el objetivo de fomentar una relación personal estrecha de los diputados elegidos directamente (uninominales) con los electores.

Al mismo tiempo, el TCF reafirma el principio de la conveniente proporción, dando por entender que la cantidad de mandatos excedentes tiene que mantenerse dentro de determinados límites. Dado que el prorrateo puede influir en su génesis, establece la similitud del tamaño de las circunscripciones tanto en la comparación intrarregional como en relación con la densidad poblacional de cada uno de los estados federados, como condición de la igualdad electoral.

Respecto a los argumentos del voto de la minoría en el TCF, este, contrariamente, ve en los mandatos excedentes una lesión de la igualdad electoral. Argumenta que la ley electoral permite una cantidad de mandatos excedentes que sobrepasa el límite admisible. Así, la minoría de los integrantes del TCF también aplican el principio de la conveniente proporción. Por lo demás, integran en su argumentación buena parte de la jurisdicción tradicional del TCF, con más énfasis en el principio de la igualdad. Los mandatos excedentes siempre constituyen un perjuicio de la igualdad electoral (o sea, un tratamiento desigual de los partidos); sin embargo, no son incompatibles per se con el principio de la igualdad electoral. Sólo cuando el tamaño es demasiado grande (o sea, fuera de proporción), entonces no estará legitimado el perjuicio de la igualdad electoral. Hace suyo asimismo el argumento de que la influencia de cada votante sobre la composición del parlamento tenga que ser igual. La opinión minoritaria usa los mismos conceptos que emplea la mayoría, y hace constantemente referencia a la jurisdicción tradicional del TCF sobre la igualdad de logro del voto. Dice que los mandatos excedentes no son mandatos directos. Indican sólo un valor numérico para la

cantidad de tales escaños que los partidos políticos reciben fuera de la distribución proporcional.

Considerando bien la argumentación de la minoría, una cierta innovación se observa en el cambio de perspectiva que propone, acompañado de un nuevo concepto de igualdad electoral. Primero, para mensurar el valor de logro de los votos, se contraponen a la evaluación de la igualdad del valor del voto *ex post*, la evaluación *ex ante*. Según esta perspectiva *ex ante*, un voto, aunque no sea tomado en cuenta más tarde por razón de la barrera del cinco por ciento, tiene la misma posibilidad de éxito. En esa perspectiva, la barrera legal del cinco por ciento ni siquiera perjudicaría la igualdad del valor de logro del voto. Tampoco la ocurrencia de mandatos excedentes perjudicaría este concepto de igualdad electoral. Segundo, la opinión minoritaria tiende a diferenciar entre “igualdad de valor de logro del voto” e “igualdad de las posibilidades de éxito del voto”. Pero no está bien claro lo que la opinión minoritaria quiere decir con el nuevo concepto y por qué la igualdad de las posibilidades de éxito del voto debería existir también en sistemas de representación mayoritaria. Aunque no existe claridad conceptual, desde luego no corresponde centrarse en esta cuestión, pues la centralidad del argumento de la minoría está más bien en la consideración relativa de los elementos técnicos que limitan el cumplimiento de la igualdad electoral, y la minoría piensa que estos instrumentos sobrepasan el límite constitucionalmente permitido.

En su jurisdicción anterior, el TCF había reconocido que el legislador, al establecer la barrera legal del cinco por ciento, se había pronunciado en favor de limitar la proporcionalidad. Así, el principio proporcional no es un criterio absoluto para evaluar los elementos individuales de la representación proporcional personalizada y sus efectos; tampoco para los mandatos excedentes.

El reconocimiento por parte del TCF del principio proporcional puro en el caso de los mandatos excedentes hubiera significado una interpretación novedosa de la representación proporcional, personalizada. Implícitamente esto hubiera llevado a aplicar criterios de la proporcionalidad, por un lado, y de la capacidad de funcionamiento del sistema político, por el otro, separadamente según diferentes categorías de partidos políticos: el criterio de la capacidad de funcionamiento respecto a los partidos pequeños que obtuvieran menos del cinco por ciento de los votos para impedir su entrada al parlamento: el criterio de la proporcionalidad casi absoluta respecto a los partidos políticos con una votación por encima del cinco por ciento para que estos sean representados con la mayor conformidad a su porcentaje de

votos. En caso de que se hubiera considerado inconstitucional la mínima diferencia proporcional que se produce en el sistema electoral alemán entre votos y escaños respecto a los partidos que acceden al *Bundestag*, no hubiera sido posible restringir el problema de la desproporcionalidad a esta categoría de partidos. El criterio de la igualdad se hubiera extendido a la relación comparativa entre ambas categorías de partidos. Lógicamente, se hubiera cuestionado la constitucionalidad de la barrera legal del cinco por ciento. El TCF, en su decisión del 10 de abril de 1997, hizo bien en reconocer como constitucionalmente correcta la disposición legal vigente y de rechazar la idea de una compensación de mandatos. Sin embargo, encargó al legislador que velara por mantener el número de mandatos excedentes reducido.

Es interesante añadir aquí la decisión del TCF sobre la ocupación de un mandato uninominal vacante por fallecimiento del diputado. En el caso concreto, esta vacancia se produjo en el estado federado que contaba con mandatos excedentes. El partido había procedido a llenar la vacancia con el primer candidato de su lista que no había alcanzado a conseguir un escaño debido a la alta cantidad de mandatos directos de su partido. El *Bundestag* había rechazado una reclamación al respecto basándose en una decisión anterior del TCF (BVerG 7, 63) que, sin embargo, no se refería a un caso similar. En su decisión del 26 de febrero de 1998, el tribunal no sólo desautorizó al *Bundestag*, sino que proporcionó una interpretación del sistema electoral alemán más acorde con su real funcionamiento. En tanto que un partido político dispone de mandatos excedentes, no se permite sustituir la vacancia de un escaño por un candidato de lista.

### *7. Cláusula de mandatos mínimos y el principio de igualdad electoral*

Finalmente, la cláusula de los mandatos mínimos produce también algunos problemas específicos, a lo que ya hemos aludido antes. El mayor consiste en permitir a partidos que consiguen tres mandatos uninominales, participar en la distribución proporcional de los escaños aunque no hayan alcanzado pasar la barrera del cinco por ciento. Es pertinente puntualizar que dicha cláusula no es ninguna barrera adicional, sino una modalidad de ponerla fuera de efecto. En otros términos, desfavorece a tales partidos que no pasan ni la barrera legal ni ganan mandatos directos. Así, la cláusula rompe con la idea de que pequeños partidos puedan perturbar el cumplimiento de las funciones de un parlamento, pues estos mismos partidos son reconocidos como dignos de integrar el parlamento siempre y cuando consiguen por lo menos tres mandatos directos.

En su decisión del 23 de enero de 1957 (BVerfGE 6, 84), en consideración de la compensación proporcional generalmente limitada del sistema, el TCF consideró que la incorporación de elementos de representación mayoritaria legítima privilegiar a los partidos políticos que pudieron imponerse en algunas circunscripciones uninominales frente a los que no alcanzaron este objetivo, puesto a disposición por la ley electoral (véase BVerfGE 6, 84). En su argumentación, el TCF ponía énfasis en que estos partidos exhiben importancia política regional. Destacó, por lo demás, que los partidos con mandatos directos corresponden de manera específica a los preceptos guías de la representación proporcional personalizada. Conforme a estas consideraciones, el Tribunal sentenció que la cláusula de los mandatos mínimos no lesiona el principio de la igualdad electoral. La decisión no fue del agrado de todos. Jochen A. Frowein (en AöR 1974, 93), por ejemplo, criticó fuertemente el argumento de que la decisión en contra de la representación proporcional pura y en favor de un SPP legitimaría por sí misma la admisibilidad de una excepción del quórum de la barrera legal (y, a través de esto, el menoscabo de la igualdad del valor de logro del voto).

### 8. *Consideraciones finales*

En estas reflexiones finales queremos sintetizar algunas observaciones que hicimos a lo largo del análisis, ampliándolas con perspectivas comparativas. Las presentamos en seis puntos.

1) El TCF ha elaborado una teoría de la lógica sistémica del sistema electoral, que consiste en adjudicar diferentes lógicas a los principios de representación. Mientras que el principio de representación por mayoría intenta favorecer a la mayoría y, así, diferenciar a los votos según su valor de logro, el principio de la representación proporcional intenta producir un reflejo exacto de la distribución de las preferencias políticas del electorado en el parlamento, manteniendo estrictamente la igualdad no sólo en el valor numérico, sino también en el valor de logro de los votos. Una barrera legal sería, desde un principio, ajena a la esencia de la representación proporcional.

El legislador, según esta teoría, tiene toda la libertad para pronunciarse en favor de este u otro principio de representación. Sin embargo, si opta en favor del principio de la representación proporcional, está obligado a mantener su lógica sistémica, diseñando la composición técnica del sistema electoral conforme a su intencionalidad: una representación proporcional

de las fuerzas vivas de la nación, mensurable a través del alto grado de correspondencia entre votos y escaños.

2) El legislador alemán, sin embargo, ha tomado una decisión en favor de un sistema proporcional, pero personalizado. Ha rechazado un sistema de representación por mayoría. Sin embargo, tampoco quería introducir un sistema de representación proporcional puro. Su decisión en favor de un SPP permite adaptaciones a necesidades funcionales más allá del principio básico, por lo que el problema se trasladó al ámbito de su justificación y de sus límites.

3) Respecto a la justificación de los límites de proporcionalidad en el SPP, el TCF no recurre a comparaciones empíricas e internacionales; por ejemplo, con relación al grado de cumplimiento del principio de igualdad del valor de logro en sistemas electorales que se definen como sistemas proporcionales. Nos referimos, por ejemplo, a sistemas de representación proporcional que operan con circunscripciones plurinominales de tamaño pequeño y mediano, en los que la barrera natural sobrepasa el cinco por ciento, o a sistemas de representación proporcional pura, en los que la pérdida de votos que no cuentan es mucho más alta que en un sistema electoral con barrera legal. En el debate dentro del derecho constitucional están en buena medida ausentes estas experiencias examinadas por la ciencia política.

4) Aunque en la línea general del argumento prevalece la lógica del funcionamiento propio de un tipo de sistema electoral, a menudo, en defensa de los elementos que perjudican a la igualdad electoral, el TCF aprovecha la posibilidad constitucional del legislador de optar por un sistema mayoritario como eje argumentativo; por ejemplo, en la cuestión de la admisibilidad de la cláusula de los mandatos mínimos.

5) El TCF ha juzgado constantemente con un nítido sentido pragmático. Ha defendido el sistema electoral vigente, destacando, por un lado, la libertad de opción del legislador respecto al tipo de sistema electoral, y, por el otro, su opción concreta, que permite adaptaciones funcionales, o sea, legítima límites al principio de la igualdad electoral para cumplir con funciones que también alcanzan importancia.

6) El criterio rector de la constitucionalidad del sistema electoral alemán no es tanto el principio de representación, o sea, el principio de proporcionalidad (electoral). Se reconoce la legitimidad de elementos que perjudican la proporcionalidad y, por consiguiente, la igualdad del voto, elementos que sirven al cumplimiento de otras funciones, tales como la efectividad del parlamento y la relación más cercana entre electores y elegidos. Como criterio rector se ha establecido el principio de la conveniente proporción con la que

deben actuar en la práctica los elementos que limitan el cumplimiento del principio de la igualdad electoral. Conviene destacar que la controversia entre la posición de la mayoría y de la minoría dentro del TCF no se refiere a este criterio. Está compartido por ambas corrientes de pensamiento. La diferencia de opinión se refiere a la cuestión de si los efectos empíricos del SPP concuerdan o no con el parámetro del principio de la conveniente proporción. Mientras que la mayoría, conforme a la interpretación tradicional, defiende la tesis del mantenimiento de este principio en relación con los objetos del recurso, la minoría lo está cuestionando, o incluso negando. A través de su postura, la mayoría defiende, como decíamos, la realidad constitucional. Sin embargo, dentro de su pragmatismo considera, propone o incluso obliga al legislador a introducir dentro de un horizonte temporal determinado (por ejemplo, antes de las próximas elecciones), reformas que limiten los efectos que distorsionan la igualdad electoral. Con esta disposición, la mayoría se acerca en parte a la postura crítica de la minoría, sin compartir las consecuencias inmediatas de su argumentación, cuando ésta conduce a declarar inconstitucional el instrumento institucional o sus efectos.