

## INVENTARIO PROVISIONAL PARA CONSIDERAR LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES DE LA REFORMA AL MODO DE ELECCIÓN DE LOS DIPUTADOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Louis FAVOREU

*SUMARIO: I. La vía normativa. II. El modo de escrutinio. III. La delimitación de las circunscripciones electorales. IV. Derecho de voto y de elegibilidad (derecho de votar y ser votado). V. Los límites. VI. La libertad de inscripción en las listas electorales. VII. La representación de las mujeres.*

Trataremos de hacer un inventario, sin pretender ser exhaustivos, de las cuestiones y restricciones constitucionales a considerar en las diferentes hipótesis de reforma al modo de elección de los diputados.

Para ello se consideraron siete puntos de diferente importancia, respecto de los cuales han sido evocados numerosos problemas constitucionales, sin que ayude la certeza de que la problemática también sea tomada en consideración por el Consejo Constitucional si tuviera ante sí la Ley de Reforma Electoral. Se trata de restricciones o de riesgos constitucionales que fueron inventariados, aunque la probabilidad de su realización puede ser discutida.

El inventario de esos constreñimientos o riesgos constitucionales puede conducir ya sea a renunciar a tal o cual aspecto de la reforma o a avizorar una revisión constitucional a fin de aprovecharla mejor.

Los siguientes puntos nos conducen a delimitar inmediatamente la cuestión de la vía normativa a recurrir para adoptar la reforma:

1. La vía normativa;
2. El modo de escrutinio;
3. La delimitación de las circunscripciones electorales;
4. El derecho de voto y de elegibilidad (derecho de votar y ser votado);
5. Los límites;
6. La libertad de inscripción en las listas electorales, y
7. La representación de las mujeres.

## I. LA VÍA NORMATIVA

Según las modalidades escogidas, la reforma del modo de elección de los diputados —en el estado actual de los textos constitucionales— puede necesitar ya sea la adopción de una ley orgánica o bien de una ley orgánica y una constitucional.

De hecho, sin lugar a dudas, lo esencial de la reforma se realizará por la vía legislativa ordinaria, puesto que conduce esencialmente a modificar el modo de escrutinio.

En lo sucesivo, es frecuente a este respecto la propuesta de constitucionalizar el modo de escrutinio, con objeto de impedir que las mayorías sucesivas no se veán tentadas a reformarlo, merced a los intereses electorales. Pero eso sería utilizar un procedimiento muy solemne y de manejo difícil; en tal caso basta con prever que todas las modificaciones del sistema electoral no puedan ser adoptadas más que por una ley votada por una mayoría reforzada, es decir, por una ley en la cual el voto necesite un acuerdo entre la mayoría y la oposición.

Del mismo modo podríamos prever que la ley electoral sea una ley orgánica que, en el caso de desacuerdo del Senado, no pueda ser adoptada por la Asamblea Nacional sino con la “mayoría reforzada” de las dos terceras partes de los miembros que la componen, es decir, 385 votos (o incluso de las cuatro quintas partes, que son 462 votos).

En tal caso, convendría modificar en ese sentido los artículos 25, 1a. línea; 34, 5a. línea, y 46, 3a. línea, de la Constitución, con objeto de instituir ese nuevo tipo de ley orgánica con mayoría reforzada.<sup>1</sup>

## II. EL MODO DE ESCRUTINIO

Como no es posible exponer todas las restricciones constitucionales de peso sobre los modos de escrutinio imaginables, nos concentraremos en la reflexión de dos posibles adecuaciones consideradas recientemente: una consiste en establecer un modo de escrutinio diferente según la importancia de los departamentos y, otra, propuesta por M. Rocard, tiende a compensar la baja representación de los pequeños partidos en el cua-

<sup>1</sup> La creación de esta alternativa la habíamos propuesto anteriormente para poner el estatuto de las autoridades administrativas independientes (y sobre todo de la que interviene en materia de comunicación audiovisual) al amparo de las reformas de las mayorías sucesivas, evitando el procedimiento pesado de la constitucionalización de leyes orgánicas que requiere el acuerdo de las dos asambleas. *Cfr. Revue du Droit Publique* (Revista de Derecho Público) (RDP), 1989, núm. 2, p. 495.

dro del escrutinio nominal mayoritario a dos vueltas, con la atribución de escaños suplementarios a nivel nacional.

PRIMERO. ¿Es constitucional la coexistencia de dos modos de escrutinio para la elección de diputados?

La fórmula propuesta parece del todo original en derecho comparado, pues a nuestro entender, ningún sistema electoral utilizado en un Estado democrático consagra la coexistencia de dos modos de escrutinio para la elección de los miembros de la misma Asamblea. Desde luego, existen —notablemente en la República Federal de Alemania— sistemas yuxtapuestos de escrutinio mayoritario y representación proporcional, pero todos los electores son llamados a votar de la misma manera.

En cambio, la fórmula propuesta haría votar a una parte de los electores en el escrutinio mayoritario y a la otra en la representación proporcional para nombrar los diputados. De hecho, 98 diputados serían nombrados en el escrutinio mayoritario a dos vueltas en 35 departamentos, tres territorios de ultramar y dos colectividades territoriales; y 479 diputados por representación proporcional en 65 departamentos.

Nos parece que esta fórmula presenta los siguientes tres obstáculos constitucionales: el principio de igualdad, el principio de indivisibilidad y un principio fundamental reconocido por las leyes de la República.

### *1. La no conformidad de la fórmula propuesta al principio de igualdad*

En el curso de los últimos años, el Consejo Constitucional ha tenido la oportunidad de afirmar, de manera particularmente fuerte, la auto-ridad del principio de igualdad en materia electoral: en las decisiones de 8 y 24 de agosto de 1985 y del 1o. de julio y 18 de noviembre de 1986. En ellas, el Consejo dedujo de los textos constitucionales la obligación de respetar una estricta igualdad en materia de delimitación de las circunscripciones electorales.

Por otro lado, en la decisión de 9 de mayo de 1991 (Estatuto de Córcega), hizo respetar una rigurosa igualdad entre los electos e hizo observar una igualdad de representación de los electores en sus decisiones 82-138 DC de 25 de febrero de 1982 (Organización de Córcega) y 82-147 DC de 2 de diciembre de 1982 (Estatuto de las DOM). Además, en su decisión 82-146 DC de 18 de diciembre de 1982 (cuotas por sexos), marcó muy significativamente su oposición a toda diferenciación entre los candidatos a una elección.

En otros términos, la jurisprudencia del Consejo Constitucional en materia del principio de igualdad, cuenta hoy en día con una centena de decisiones sustentadas sobre los principales casos de aplicación de ese principio. Podemos decir que el ámbito electoral es ciertamente aquel en el cual el juez constitucional se vuelve más exigente y más estricto. Es también uno de los raros casos —si no el único— en los que el Consejo Constitucional se apoya en tres textos (el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y los artículos 2, 1a. línea, y 3, 3a. línea, de la Constitución) para sustentar su jurisprudencia y darle todavía mayor fuerza.

Las exigencias del principio de igualdad en el presente caso, pueden ser examinadas desde dos puntos de vista: la igualdad entre los electos y la igualdad entre los electores.

#### *A. La igualdad entre los electos, representantes del pueblo*

La fórmula propuesta nos lleva a distinguir dos categorías de electos en cuanto representantes del pueblo: los diputados de la Francia urbana y los diputados de la Francia rural.

a) Como candidatos no tendrán las mismas condiciones en el desarrollo de la campaña electoral, tampoco en el pago de una garantía, ni en las relaciones con los suplentes (que formaron equipo con los diputados en el caso del escrutinio uninominal y fueron bastante extraños a los candidatos en el caso del escrutinio por lista). Tampoco tendrán el mismo régimen de dos tipos de circunscripciones (ver, por ejemplo, la aplicación del artículo 131, 2a. línea del Código electoral).

Su reemplazamiento no será organizado de la misma manera. Ellos no estuvieron en la misma situación en cuanto a la aplicación de la ley sobre la transparencia financiera. Y así como estos podemos dar otros ejemplos de diferencias.

b) Ahora bien, en este sentido el Consejo Constitucional ha sancionado las diferencias de situación o de estatus existente entre los electos. No admite que se haga una distinción entre representantes del pueblo o, como lo ha subrayado en su reciente decisión de 9 de mayo de 1991, que sea “introducida una diferencia de tratamiento inconstitucional”, entre los senadores electos en un departamento o en otro.

En la misma decisión de mayo de 1991, el Consejo también estimó que “no comparte con el legislador el hecho de beneficiar con prerro-

gativas particulares a ciertos parlamentarios, en razón de su elección en una circunscripción determinada [...]”.

c) Por supuesto, el juez constitucional ha recordado que:

el principio constitucional de la igualdad no se opone a que el legislador regule de manera diferente las situaciones diferentes, ni a que derogue la igualdad por razones de interés general, comprobado que en uno y otro caso la diferencia de tratamiento que resulte esté en similitud con el objeto de la ley que lo establece.

Pero en este supuesto nada justifica la diferencia de tratamiento ni la derogación del principio de igualdad porque la distinción entre departamentos poco poblados y departamentos poblados no impone, objetivamente, la instauración de un régimen electoral diferente, sobre todo que el límite escogido —departamentos con derecho a tres curules de diputados— es arbitrario.

### B. *La igualdad entre electores*

El Consejo Constitucional ha reforzado considerablemente las exigencias del principio de igualdad tratándose del derecho de voto de los ciudadanos. En efecto, en 1985-1986 hizo suya la fórmula americana “un hombre, un voto”, cuya aplicación nos lleva a obligar al legislador a respetar y establecer un equilibrio demográfico de las operaciones de delimitación de las circunscripciones electorales.

Del artículo 3, 2a. línea de la Constitución, el Consejo Constitucional deduce las exigencias mencionadas en cuanto a la igualdad demográfica. Es evidente que la afirmación según la cual “el voto es igual” induce del mismo modo a la necesidad de uniformar las condiciones de ejercicio del derecho de voto.

No puede haber más categorías de electores para elegir a los representantes de la nación. Ahora bien, a eso es a lo que llega el sistema propuesto porque los electores de las zonas rurales y los de las zonas urbanas no se expresarán de la misma forma.

Podemos remarcar que el Tribunal Constitucional español expresó esta necesidad al afirmar que si la

legalidad no impone tal sistema electoral [...] ella se verifica al interior del sistema electoral que ha escogido libremente el legislador,

prohibiendo las diferencias discriminatorias pero por referencia a las reglas del sistema elegido y sin referencia a cualquier otro.<sup>2</sup>

En el mismo sentido citamos la apreciación del consejero de Estado, Bruno Genevois, secretario general del Consejo Constitucional, según la cual: “la igualdad del derecho de voto postula, en el contexto democrático inherente a una elección que pone en juicio directa o indirectamente la soberanía nacional, una igualdad de las condiciones en las cuales se expresa el sufragio del elector”.<sup>3</sup> Podemos igualmente invocar la opinión del presidente François Luchaire, según la cual “el principio de igualdad entre todos los ciudadanos exige que ellos participen en las elecciones en igualdad de condiciones, sea cual sea el lugar en el cual voten”.<sup>4</sup>

## 2. La no conformidad al principio constitucional de indivisibilidad

En la concepción francesa de la representación y de la soberanía nacional, el cuerpo electoral es considerado como único y homogéneo. Por lo tanto, como lo apunta Carré de Malberg,<sup>5</sup>

el seccionamiento de este cuerpo en colegios múltiples no se funda del todo sobre lo que la Constitución en principio hubiera entendido de erigir cada uno de esos colegios en un órgano especial, encargado de ejercer respectiva y separadamente el poder electoral pero ese seccionamiento proviene exclusivamente de la imposibilidad de reunir a todos los ciudadanos en un colegio único.

En ello reside la diferencia entre las circunscripciones electorales de la época moderna y los grupos electorales del antiguo régimen:

Mientras que éstos poseían, cada uno por su cuenta, un derecho propio de representación y por consecuencia tenían, con fuerte razón, un poder propio de elección, las circunscripciones actuales no proceden a cada elección particular sino en calidad de fracciones o sub-

<sup>2</sup> Sentencia 75/85 comentada por P. Cruz-Villalón en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* (Anuario Internacional de Justicia Constitucional) (AIJC), 1989, p. 238.

<sup>3</sup> *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, principes directeurs* (La jurisprudencia del Consejo Constitucional, principios directores), París, STH, 1988, p. 250.

<sup>4</sup> RDP, 1982, p. 1550.

<sup>5</sup> *Contribution à la théorie générale de l'État* (Contribución a la teoría general del Estado), II, p. 421.

divisiones de un cuerpo electoral único, que se compone de la totalidad uniforme de los ciudadanos activos y que es indivisible.

La indivisibilidad del cuerpo electoral se opone a toda diferenciación de orden territorial en el seno de la República. Los representantes de la nación no pueden ser electos más que por un procedimiento uniforme sobre la unidad o el conjunto del territorio. Eso es lo que ha expresado el Consejo Constitucional a propósito de “la elección de los representantes franceses a la Asamblea de las Comunidades Europeas”, verificando que las modalidades previstas por el compromiso internacional de 20 de septiembre de 1976 no fueran “con miras a efectuar la indivisibilidad de la República de la cual el principio se reafirmó en el artículo 2 de la Constitución”. “Los textos de aplicación de este acto deberán respetar los principios enunciados anteriormente”, es decir, el principio de indivisibilidad.

3. *La no conformidad al principio fundamental reconocido por las leyes de la República después de las cuales todos los electores son llamados a votar de la misma manera*

Decimos que el Consejo Constitucional admite la existencia de un principio fundamental reconocido por las leyes de la República cuando el principio fue afirmado por las leyes republicanas intervenidas antes del 27 de octubre de 1946, sin que una sola ley haya aportado una excepción al mismo.<sup>6</sup> Caso al que nos referimos.<sup>7</sup>

En efecto, bajo todas las Repúblicas las elecciones legislativas siempre fueron organizadas de manera tal que todos los electores votaran de la misma forma. Así, podemos citar, a partir de la instauración del sufragio universal, las leyes republicanas de 15 de marzo de 1849, 18 de febrero de 1873, 30 de noviembre de 1875, 16 de junio de 1885, 13 de febrero de 1889, 12 de julio de 1919, 21 de julio de 1927, la ordenanza de 17 de agosto de 1945 y la ley de 5 de octubre de 1946.

<sup>6</sup> Decisiones del Consejo Constitucional, 88-244 DC de 20 de julio de 1988 (Rec. 119; RDP, 1989, p. 394, obs. Favoreu; AIJC, 1988, IV, p. 405-409, cron. Genevois) y 89-254 DC de 4 de julio de 1989, Rec. 41. Véase para un resumen de esta jurisprudencia: L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel* (Las grandes decisiones del Consejo Constitucional), 6a. ed., pp. 252-253.

<sup>7</sup> El caso del sistema mixto senatorial no puede ser invocado como interruptor de la tradición porque la ley de 1948 que lo estableció por primera vez, es posterior al 27 de octubre de 1946.

Así pues, nuevas leyes republicanas establecieron y mantuvieron el principio de la unicidad del modo de votación para las elecciones legislativas. Vemos mal cómo podría ser derogado lo que constituye sin duda el principio mejor afirmado y reconocido por las leyes de la República.

Cada uno de estos tres motivos expuestos anteriormente nos parece que provocarán una declaración de inconstitucionalidad, y con mayor razón los tres juntos.

SEGUNDO. Un sistema de escrutinio mayoritario corregido por el otorgamiento de 10% de los asientos a la representación proporcional, ¿es constitucional?

El sistema propuesto consistirá, al parecer, en mantener el escrutinio uninominal mayoritario a dos vueltas para la elección de 577 diputados actuales y en atribuir sesenta asientos suplementarios a la representación proporcional a los pequeños partidos que no hubieran obtenido asientos en el escrutinio mayoritario o no hubieran obtenido los suficientes.

Los sesenta escaños suplementarios serían otorgados, al parecer, a partir de listas nacionales presentadas por cada partido; estas listas se verán aumentadas por los votos no utilizados en el escrutinio uninominal.

Si tomamos estos datos en consideración, estamos obligados a hacer las siguientes observaciones:

1. Esta segunda fórmula no presenta los mismos obstáculos que la primera, en tanto que los electores votan de la misma manera en todas partes, es decir, en el cuadro de 577 circunscripciones y en el escrutinio uninominal mayoritario a dos vueltas.

2. Sin embargo, remarcaremos que el voto de los electores que se pronuncian en favor de los pequeños partidos no tendrá el mismo alcance que aquel de los simpatizantes de los grandes partidos.

En efecto, los primeros tendrán pocas posibilidades de elegir como diputado a aquel en favor del cual ellos hayan votado. Su voto servirá esencialmente para hacer elegir a los candidatos que figuran en la lista nacional del partido que ellos sostienen; mientras que los segundos tendrán la posibilidad de elegir directamente a su representante. Así pues, habrá necesariamente una desigualdad entre los electores.

Esta desigualdad será constatable también entre los candidatos de las formaciones pequeñas: esos que se presentarán en el cuadro de una de las 577 circunscripciones no tendrán prácticamente ninguna oportunidad de ser electos porque sólo se otorgarán las sillas a los que figuran en la lista nacional.

En fin, habrá dos categorías de diputados: aquellos electos sobre la lista nacional y aquellos electos sobre la lista local.

3. Otras objeciones que pueden señalarse. En primer lugar, cómo conciliar el otorgamiento de sesenta escaños en el plan nacional con las exigencias constitucionales formuladas por el Consejo Constitucional, según las cuales “la Asamblea Nacional, elegida en sufragio universal directo, debe ser elegida sobre las bases esencialmente demográficas” (86-208 DC, 1o. de julio de 1986, § 21), lo que implica aparentemente “un vínculo estrecho entre el elegido en una circunscripción y sus electores” (misma decisión, § 22), como lo testifica la tradición, confirmado por el Consejo Constitucional, de acuerdo con la cual todo Departamento tiene derecho a ser representado por lo menos por dos diputados.

4. El segundo sistema, igual que el primero, hace aparecer dos categorías de diputados: los locales y los nacionales.<sup>8</sup>

Por lo tanto, se contraponen las mismas objeciones que en el primero: Viola el principio de igualdad entre electos.

Atenta contra el principio de indivisibilidad en la medida en que los representantes del pueblo no son electos de la misma manera y que algunos tendrán arraigo territorial mientras que otros no.

### III. LA DELIMITACIÓN DE LAS CIRCUNSCRIPCIONES ELECTORALES

La cuestión de la división electoral no tiene lugar si se adoptó un modo de escrutinio uninominal. En efecto, en el caso de escrutinio por representación proporcional, es el Departamento quien constituye la circunscripción y entonces no hay lugar a delimitar.

#### 1. *Recuento de los principios constitucionales y de sus implicaciones*

Los principios siguientes fueron planteados por el Consejo Constitucional a propósito de la delimitación realizada en 1956 y en las decisiones de 1o. de julio (86-208 DC) y 18 de noviembre de 1986 (86-218 DC). Las dos consideraciones de principio de la primera decisión se reproducen en seguida:

“Considerando que en los términos del artículo 2, primer apartado, de la Constitución, la República asegura la igualdad delante de la ley

<sup>8</sup> Señalaremos que el sistema alemán no incurre en las mismas críticas porque todos los asientos de los diputados son atribuidos de los *Länder*: no hay separación entre diputados nacionales y locales.

a todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión”; que el artículo 3 de la Constitución dispone en su primer apartado que: “la soberanía nacional pertenece al pueblo, quien la ejerce por sus representantes y por la vía del referéndum”, y, en su tercer apartado, que el sufragio “siempre es universal, igual y secreto”; que de acuerdo con el segundo apartado del artículo 24 de la Constitución, “los diputados de la Asamblea Nacional son electos por sufragio directo”; que el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclama que la ley “debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos que sean iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, lugares y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y de sus talentos”.

De estas disposiciones resulta que la Asamblea Nacional electa por sufragio universal directo debe ser elegida sobre bases esencialmente demográficas.

a) El principio de equilibrio demográfico: “las bases esencialmente demográficas”. El principio desarrollado por el Consejo Constitucional de las disposiciones constitucionales antes citadas consiste en que la delimitación de las circunscripciones electorales debe ser efectuada respetando el principio de igual representación de las poblaciones de cada una de esas circunscripciones, sin estar por ello, sujeto a una estricta proporcionalidad.

La noción de proporcionalidad nos lleva a una primera precisión. En la decisión 196 DC el Consejo Constitucional había estimado, tratándose de la delimitación de las circunscripciones para las elecciones regionales, que él no dividiría los textos sino que esta representación debería ser “necesariamente proporcional a la población de cada región” (§ 15). En la decisión 208 DC, en cambio, la proporcionalidad parece exigida, la reserva anterior había desaparecido como formando parte de la regla ella misma (en este sentido, J. Boulouis, *AJDA*, 1987, p. 269, B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, p. 251). Pero eso no puede ser sino una proporcionalidad “aproximada”, como veremos más adelante.

La noción de “población” hace necesario igualmente algunos comentarios. El Consejo Constitucional se refiere a ella expresamente y subraya que el elemento tomado en consideración es el número de habitantes por circunscripciones y no el de los electores, sobre todo cuando toma en cuenta la “repartición de la población sobre el territorio nacional tal como resulta del último censo general” (208 DC, § 22). Por

otra parte, esto confirma la posición tomada anteriormente en la decisión 196 DC.

b) El principio de equilibrio político: “la delimitación de las circunscripciones no deberá proceder de ninguna arbitrariedad”. Este principio formulado en la decisión 208 DC (§ 24) es la traducción de otra exigencia del principio de igualdad en materia electoral: actúa menos en la igualdad entre electores que en la igualdad entre candidatos, o mejor dicho, entre fuerzas políticas en competencia en la batalla electoral. De hecho, encontramos la preocupación mayor de asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho de voto porque queremos evitar con esto que “los dados estén cargados” y que el elector no sea timado o en parte despojado de su derecho de escoger un arreglo apropiado de las circunscripciones electorales.

Pero, evidentemente, la aplicación del principio en este caso será más difícil de controlar.

## *2. Las condiciones de aplicación de los principios*

a) Aplicación del principio de equilibrio demográfico. El Consejo Constitucional hizo suyos un cierto número de preceptos que pueden aparecer como los correctivos al criterio demográfico pero que constituyen a sus ojos arreglos necesarios. En efecto, el legislador puede tener en cuenta los imperativos de interés general susceptibles de atenuar el alcance de esta regla fundamental (§ 22); no obstante a condición de no hacerle “sino en una medida limitada” (§ 22).

Estos “imperativos de interés general” pueden ser: la representación mínima de cada departamento; los caracteres específicos de los territorios de ultramar; o los “imperativos precisos de interés general”.

El Consejo Constitucional aceptó que el legislador respete la tradición según la cual cada departamento esté representado por lo menos por dos diputados, menos en el nombre de esta tradición (no evocada) que en el de la utilidad “de asegurar un vínculo estrecho entre los electos de una circunscripción y sus electores” (§ 22), lo que está quizá en desacuerdo con la concepción inicial de la representación política en derecho francés pero de acuerdo con la concepción moderna de ésta. Sin embargo, las “desviaciones de representación” que pudieran resultar no son consideradas como contrarias a la Constitución, en relación sólo cuando existe “un número muy restringido de departamentos por los cuales la opción también acarrea una desviación de representación en su favor” (§ 22).

De hecho, si consideramos que la cifra media estimada era de 108,000 habitantes por diputado, sólo dos departamentos (Alpes Altos y Lozere) se hubieran beneficiado de un escaño suplementario. Así pues, la primera condición planteada por el Consejo Constitucional fue satisfecha. La segunda condición era que en esos departamentos las desigualdades de representación así provocadas “no podían ser sensiblemente aumentadas por el cauce de las reglas que rigen la delimitación de las circunscripciones al interior de un mismo Departamento” (§ 22). Al parecer estas reglas descritas abajo no acentuaron las disparidades en el seno de los dos departamentos mencionados.

Los ‘imperativos de interés general vinculados a las características específicas de los T.O.M.’ (§ 27) son fácilmente comprensibles, tratándose de la Nueva Caledonia y de la Polinesia. Sin embargo, la jurisprudencia establecida por las decisiones 196 DC y 197 DC de fecha 8 y 23 de agosto de 1985, no puede ser exactamente aplicable a la Nueva Caledonia porque se refiere a las elecciones regionales y no a las elecciones legislativas.

En fin, los “imperativos precisos de interés general son definidos, caso por caso, bajo el control del juez constitucional (si la delimitación opera por la ley) o por el juez administrativo (si lo es por ordenanza).

El Consejo Constitucional formuló, sin embargo, un número determinado de directivas permitiendo encuadrar en cierto modo la determinación de estos “imperativos precisos de interés general”.

Los imperativos que pueden conducir a encauzar la igualdad demográfica son los siguientes:

En primer lugar, la regla de la “continuidad territorial de las circunscripciones” al que el legislador proponía no derogar sino “en lo que concierne a los departamentos de los cuales el territorio comprende las partes insulares o encerradas”. En su decisión 218 DC el Consejo comprueba que la división electoral proviene de la ley que establece “salvo imposibilidad de orden geográfico, las circunscripciones se constituyen por un territorio continuo”.

Una segunda restricción se basa en el respeto de los límites cantonales. A. Roux lo explica así:

tal como estaba redactado el artículo 5 segunda línea de la ley considerada, permitía a los autores de la división quedar exentos del respeto de los límites cantonales, no sólo para los cantones de más de 40,000 habitantes (en el número de 105) o para aquellos constituidos por un territorio discontinuo (en el número de 53) sino también para todos los cantones de un departamento en los que uno de ellos

hubiera sobrepasado la puerta de población o hubiera sido formado por un territorio discontinuo.

Así concebida esta excepción daba pues una gran libertad de acción a los autores de la división, sobre todo en los departamentos más poblados, pues ellos elegían la mayoría de los diputados.

Para reducir este margen de maniobra, el Consejo Constitucional decidió que “es conveniente considerar que la facultad de no respetar los límites cantonales en los departamentos que comprendan uno o más cantones no constituidos por un territorio continuo, o en los que la población es superior a 40,000 habitantes *no sirve más que para estos cantones*” (208 DC, § 24).

En su segunda decisión de 18 de noviembre de 1986, el Consejo Constitucional pudo comprobar que la “facultad” arriba señalada no había sido utilizada “sino en un número restringido de casos” (§ 8): 15 cantones sobre 53 tenían un territorio discontinuo y 18 cantones sobre 105 tenían más de 40,000 habitantes.

En fin, el Consejo Constitucional ha vuelto a reforzar las reglas que él mismo había fijado al legislador en honor del gobierno establecido por ordenanzas (y que finalmente son aplicadas a él mismo):

1) La autoridad competente para operar la delimitación al interior de un mismo departamento puede “separar más o menos del 20% respecto a la población media de un departamento”.

2) Esta separación puede ser justificada por la preocupación de respetar los límites cantonales, o bien, en el caso de no respetar esos límites, por la preocupación de tener en cuenta “las realidades naturales que constituyen ciertos conjuntos geográficos” y las “solidaridades que los unen” (§ 23).

3) La aplicación de la separación máxima (20%) “debe reservarse a los casos excepcionales y debidamente justificados” (§ 24).

4) En toda hipótesis “la utilización de esta facultad no podrá intervenir sino en una medida limitada y deberá apoyarse, caso por caso, sobre los imperativos precisos de interés general”.

b) Aplicación del principio de equilibrio político. La aplicación de este principio es mucho más delicada de realizar y el Consejo Constitucional no se ha arriesgado, en verdad, a dar las directivas o las orientaciones a este respecto. Dos veces ha afirmado que “la delimitación de las circunscripciones no deberá proceder de ninguna arbitrariedad” (208 DC, § 24 y § 27); pero aparentemente no sugiere ningún criterio que permita descubrir esa arbitrariedad.

Señalaremos, sin embargo, que el cuidado dado para “encuadrar” u orientar el paso siguiente para operar la delimitación al interior de los departamentos (ver parágrafo anterior) denota la preocupación de evitar que se produzcan abusos ya no sobre el plano demográfico, sino sobre el plano político.

En otra decisión, el Consejo Constitucional tomó en cuenta al Consejo de Estado estatuyéndolo a título consultativo, y sobre la comisión de los juicios instituida por la ley de 11 de julio de 1986, para vigilar la imparcialidad de la división.

### 3. *La Comisión electoral*

Los *Boundary Commissions* en Gran Bretaña dieron nuevamente un informe sobre una eventual relimitación de las circunscripciones o *home secretary*. Estos informes deben presentarse al Parlamento por el “secretario de Estado” acompañados de un proyecto de “orden en consejo”.

En Francia, la obligación de presentar un proyecto de ley (incluso con modificaciones) retomando las proposiciones de la comisión electoral, sería contraria al derecho de iniciativa legislativa conferido al primer ministro por el artículo 39 de la Constitución (confrontar la jurisprudencia del Consejo Constitucional sobre la prohibición de las órdenes, CC, 76-73 DC de 28 de diciembre de 1976, Rec. p. 41; 78-102 DC de 17 de enero de 1979; 91-290 DC de 9 de mayo de 1991).

Por consiguiente, para evitar este riesgo de inconstitucionalidad sería necesario tener cuidado de precisar que esta comisión electoral pueda proponer pero que el gobierno no esté nunca vinculado por estas proposiciones y pueda siempre rehusar presentar un proyecto de ley ya iniciado.

## IV. DERECHO DE VOTO Y DE ELEGIBILIDAD (DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO)

### 1. *Los titulares exclusivos del derecho de voto y de elegibilidad: los nacionales franceses*

La cuestión de la titularidad del derecho de voto y de elegibilidad la marcamos desde ahora: sólo los nacionales franceses mayores de edad, hombres y mujeres, tienen el derecho de votar y ser votados en las elecciones legislativas. Esto deriva de la interpretación que el Consejo Cons-

titucional dio al artículo 3, 4a. línea de la Constitución en sus decisiones de 18 de noviembre de 1982 (cuotas por sexos) y de 9 de abril de 1992 (Maastricht I), y las cuales conforman la opinión de la gran mayoría de los autores.

Una revisión constitucional sería pues necesaria para abrir el derecho de voto y de elegibilidad a los extranjeros que comprendería a los nacionales comunitarios. Sobre este punto, evidentemente, el Tratado de Maastricht no da cambio alguno, ya que la autorización dada por el artículo nuevo 88-III de la Constitución, no se refiere sino a las elecciones municipales. La tesis sostenida por algunos autores,<sup>9</sup> según la cual los redactores de la Constitución de 1958 habrían dejado la puerta abierta a la adición de otras categorías de electores (particularmente extranjeros) por la vía de una simple ley, está en efecto explícitamente descartada por la jurisprudencia precitada.

## *2. Las posibles restricciones a la elegibilidad y a la libertad de candidatura*

Elegibilidad y derecho de voto están vinculados (CC 18 noviembre de 1982) y no se les puede dissociar normalmente. Por lo tanto, las disociaciones existen en el Estado de derecho pero ellas están previstas por los textos que no fueron supeditados al Consejo Constitucional:

- La edad: dieciocho años para ser elector, 23 para ser elegible.
- La capacidad: los casos previstos por los artículos L.O. 130 que privan del derecho de elegibilidad de los individuos teniendo el derecho de voto.

—Las obligaciones del servicio nacional: el artículo 3 de la ordenanza 58-998 de 24 de octubre de 1958 dispone que “nadie puede ser electo en el Parlamento si no ha satisfecho definitivamente las prescripciones legales concernientes al servicio militar activo”.

A decir verdad, la constitucionalidad de algunas de estas disociaciones entre el derecho de voto y de ser votado, no provocan dificultades porque es posible justificarlas.

A este respecto, en cambio, tratándose de la obligación de tener satisfecha la prescripción relativa al servicio militar, podemos plantear la cuestión de su constitucionalidad (ver Roux y Terneyre en *AJJC* V-1989, p. 260) porque hay desigualdad entre hombres y mujeres, y también entre los que estuvieron exentos de prestar dicho servicio y los que no.

<sup>9</sup> O. Duhamel, F. Luchaire.

Por otra parte, es admisible que no haya coincidencia entre edades del electorado y de quienes eligen, sobre todo que las diferentes edades se fijan de acuerdo con el tipo de elección (dieciocho años para las elecciones municipales, legislativas y europeas; 35 para las elecciones senatoriales).

## V. LOS LÍMITES

La cuestión es saber si el legislador puede fijar los límites para determinar la devolución de los gastos electorales, el otorgamiento de asientos o la capacidad para presentarse a una segunda vuelta después del empate.

Esta cuestión había sido abordada por primera vez en el asunto territorial de la Nueva-Caledonia de 17 de mayo de 1979: el Consejo Constitucional admitió la fijación de un porcentaje de votos (5%) para la restitución de la garantía entregada y la devolución de los gastos de propaganda; y había implícitamente admitido la constitucionalidad de una disposición según la cual sólo las listas que hayan obtenido un número de sufragios por lo menos igual a 7.5% del número de los electores participantes a la repartición de los asientos a ocupar. Se trataba de elecciones a la Asamblea territorial de un T.O.M. y de elecciones locales.

Sin embargo, en la decisión 89-271 DC de 11 de enero de 1990, consideró que un porcentaje de 5% de los votos expresados en cada circunscripción exigida para aspirar a la repartición de la ayuda pública a los partidos políticos, sería con miras a "estorbar la expresión de nuevas corrientes de ideas y de opiniones".

¿Significa esto que son condenados los límites de 5% exigidos para la devolución de la fianza (L. 158 del Código electoral) y de los gastos de propaganda (L. 167) en materia de elección de diputados? Sin duda no, porque "la finalidad de las legislaciones relativas (financiamiento público de los partidos: condiciones de devolución de la garantía y los gastos de propaganda) no es idéntica" (B. Genevois, *AIJC* VI-1990, p. 662).

Esó no impide que podamos descubrir en el juez constitucional una tendencia a una severidad grande que corresponde a la actitud del juez constitucional alemán (que había estimado en 1968 que un límite de 2.5% de sufragios expresados exigidos por el otorgamiento de la ayuda pública a los partidos, era contrario al principio de igualdad de oportunidades entre los partidos, y redujo el límite a 0.5%. Igualmente, en

1990 consideró que el porcentaje de 5% de segundos votos obtenidos a nivel federal no debía ser extendido sin discernimiento a los *Länder* de la Alemania del Este). Notaremos también, en el mismo sentido, que en España el porcentaje exigido en materia de ayuda pública a los partidos es de 3% de los sufragios expresados, de 2% en Italia y de 3% en Grecia.

En conclusión, podemos deducir de lo anterior que el límite susceptible de ser fijado para la repartición de los asientos a ocupar, en la hipótesis de un escrutinio a la representación proporcional, no hubiera sido probablemente superior a 5% de los sufragios emitidos. Lo mismo y con mayor razón para la devolución de la garantía y de los gastos de propaganda.

El segundo problema que se plantea es saber si los límites fijados para tener acceso a la segunda vuelta de una elección organizada al escrutinio mayoritario a dos vueltas, no son muy elevados en el estado actual de la legislación.

En efecto, en los términos del artículo L.162 del Código Electoral “nadie puede ser candidato a la segunda vuelta [...] si no obtuvo un número de sufragios por lo menos igual al 12.5% del número de los electores inscritos”. Si sólo un candidato llena esta condición, el otro candidato que haya obtenido después de él el número más grande de sufragios en la primera vuelta, puede mantenerse en la segunda, y si ningún candidato llena esa condición, los dos candidatos que hayan obtenido los mayores números de asientos pueden mantenerse.

Falta el caso en el que uno de los candidatos que llene las condiciones exigidas se retire: en este supuesto un solo candidato continúa.<sup>10</sup>

Esta situación se efectuó en 1988: se sostuvo ante el Consejo Constitucional que la presencia de un solo candidato a la segunda vuelta sería incompatible con las estipulaciones del artículo 3 del protocolo número 1 adicional a la Convención Europea de los Derechos del Hombre, en los términos en los que “los altos partidos contratantes se comprometen a organizar en intervalos razonables las elecciones libres con escrutinio secreto, en las condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión del pueblo sobre la elección del cuerpo legislativo”.

El Consejo Constitucional en su decisión de 21 de octubre de 1988 (A.N. Val d'Oise, 5 cir., Rec., p. 183) aceptó examinar la facultad a

<sup>10</sup> Esta solución sostenida bajo el imperio de la ley de 19 de julio de 1976 fue confirmada cuando volvió a entrar en vigor esta ley, por la ley de 11 de julio de 1986 (CC 13-7-1988 AN Val de Marne 9a. circ. Rec. p. 94). *Cfr.* sobre este punto: B. Genevois, *AJJC* IV, 1988, p. 432, nota 52.

fondo: la ha descartado en definitiva porque estimó que “tomadas en conjunto las disposiciones de la ley No. 86-825 de 11 de julio de 1986 [...] no son incompatibles con las estipulaciones del artículo 3 del protocolo número 1”.

En cambio, dicho Consejo rehusó examinar —en la misma decisión— la conformidad de estas disposiciones legislativas a la Constitución, de tal manera que (según una jurisprudencia bien establecida) “no le corresponde a él, cuando se pronuncia en calidad de juez de la elección en virtud del artículo 59, apreciar la constitucionalidad de una ley”. Pero podría hacerlo muy fácilmente sobre la base del artículo 61, 2a. línea, en el caso de una reforma al modo de escrutinio.

Si el juez constitucional tuviera que examinar la constitucionalidad de las disposiciones actuales —límite de 12.5% de los inscritos y posibilidad de presencia de un solo candidato en la segunda vuelta— podría dictar una declaración de no conformidad en dos puntos. Recordemos, en efecto, que si el Consejo Constitucional pudo mostrar bastante indulgencia con respecto a la apreciación de la conformidad de estas disposiciones a las estipulaciones de la Convención europea, es porque como lo apunta M. Genevois (en *AIJC* IV, 1988, p. 433) la Corte Europea de los Derechos del Hombre acordó “un largo margen de apreciación a los Estados contratantes reconocido en atención a la diversidad en el espacio y a la variabilidad en el tiempo, de sus leyes en la materia (*CEDH*, 2 de marzo de 1977, Mathieu, Mohin y Clerfayt)”.

Pero, podría ser de otro modo si el juez constitucional hubiera examinado la cuestión en el cuadro del control normal de las leyes. En ese caso, él podría estar atento a que los límites muy elevados no fueran susceptibles “de obstaculizar la expresión de nuevas corrientes de ideas y de opiniones”.

## VI. LA LIBERTAD DE INSCRIPCIÓN EN LAS LISTAS ELECTORALES

Esta situación ha sido objeto de controversia a propósito de la adopción del artículo 85 de la Ley sobre el Estatuto de Córcega que impone la reforma de las listas electorales. Se sostuvo que la Constitución confería a los electores una libertad de elección del lugar de inscripción en las listas electorales y que la disposición antes citada no conocía esta libertad imponiendo la inscripción en las listas electorales del lugar de residencia (ver sobre todo J. O. Debate Ass. Nat. 1a. sección de 5 de abril de 1991, pp. 660 y ss.).

Tomado expresamente de la validez del artículo 85, el Consejo Constitucional estimó en primer lugar (91-290 DC, 9 de mayo de 1991) “[...] que la legislación electoral no daba a los ciudadanos una total libertad de elección en las listas electorales”. Precisó después que: “si el artículo 85 de la ley es susceptible de afectar el lugar de ejercicio del derecho de voto, ese ejercicio no le afecta a él mismo”.

Esta motivación es idéntica a aquella adoptada por el Consejo de Estado en su decisión ESDRAT del 9 de febrero de 1983 (*RDP*, 1985, p. 830 concl. Labetoulle).

Así pues, la libertad de inscripción admite limitaciones e incluso podemos cuestionarnos su existencia en tanto que libertad constitucionalmente protegida. Sólo el ejercicio de voto está protegido y la cuestión del lugar de inscripción no podía tener incidencias constitucionales salvo que hubiera algún obstáculo al ejercicio del derecho de voto.

## VII. LA REPRESENTACIÓN DE LAS MUJERES

La reforma del modo de escrutinio, o más ampliamente considerado del sistema electoral, no puede dejar de comprender hoy día la cuestión de la representación de las mujeres en el seno de la Asamblea Nacional.

La actual Asamblea Nacional cuenta con 31 mujeres que representan el 5.4% contra el 6% que había en 1986, es decir, menos del 7% que había en 1946. Si adicionamos diputados y senadores, obtenemos una proporción de 4.6% (42 mujeres y 856 hombres). Esta circunstancia inspira las reflexiones siguientes en los autores (o autoras) de la obra intitulada *¡Al poder ciudadanos! Libertad, igualdad y paridad*.<sup>11</sup>

Estos porcentajes insignificantes en relación con la composición real de la población (¿es necesario recordar que más de un francés de cada dos es una francesa?) no son circunstanciales ni accidentales. Esto es así desde hace 50 años: la representación nacional sigue siendo un asunto de hombres. Sólo la importancia de la costumbre impide medir el carácter inigual y el carácter inaceptable de esta aparente democracia. Como si se refiriera de manera natural pues es el producto, construido, de nuestro sistema de representación política.

La conclusión de F. Gaspard, C. Servan-Schreiber y A. Le Gall, es que es necesario establecer no las cuotas (reivindicación presentada)

11 F. Gaspard, C. Servan-Schreiber, A. Le Gall, *Le seuil* (El límite), París, p. 20.

sino pura y simplemente la paridad, sólo conforme al principio de igualdad inscrito en la Constitución.

La técnica de las cuotas por sexos fue declarada inconstitucional por el Consejo Constitucional en su decisión de 18 de noviembre de 1982, a propósito de las elecciones municipales.

Presentada desde 1975 por Françoise Giroud, la idea de una proporción de candidaturas reservadas a las mujeres fue retomada en 1980 bajo una forma más hábil, inspirada en un artículo del decano George Vedel aparecido en *Le Monde* de 3 de febrero de 1979.

El texto presentado por Monique Pelletier en noviembre de 1980 prohibía que hubiera más de 80% de personas del mismo sexo en una lista de candidatos a las elecciones municipales: el proyecto fue adoptado por unanimidad en la Asamblea Nacional pero nunca llegó ante el Senado.

El proyecto se rechazó en octubre de 1982, a iniciativa de “la diputada Gisèle Halimi” bajo el aspecto de una reforma —presentada por Alain Richard— al proyecto de ley, poniendo un nuevo modo de escrutinio municipal: era retomado el texto votado en 1980 pero con una proporción más baja de candidatos del mismo sexo, es decir, el 75%.

Las dos asambleas la votaron pero la ley fue sometida al Consejo Constitucional por los parlamentarios de la oposición, quienes “hipócritamente” no pusieron atención a la inconstitucionalidad de la reforma Richard, esperando —como buen número de parlamentarios de la mayoría— que el Consejo Constitucional la tomara de oficio. En efecto, eso fue lo que sucedió, el Consejo Constitucional decidió que la instauración de una cuota de 25% era contraria a la Constitución debido a que

los principios de valor constitucional (tomados del artículo 3 de la Constitución y del artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) se oponen a toda división por categorías de los electores o de los elegibles y que así es para todo sufragio político [...] (§ 8).

Esta jurisprudencia, menos criticada en esa época que hoy (por lo menos en cuanto a la interdicción de las cuotas), ha estado siempre en vigor y se opone a toda instauración por vía legislativa de una proporción de mujeres entre los candidatos a las elecciones legislativas.

Sería necesaria una revisión constitucional para imponer una cuota de candidatos.

Y esta revisión constitucional sería todavía más necesaria si siguiéramos las proposiciones de los autores de la obra antes citada.

Se reclama, en efecto, una paridad que podría ser obtenida de la manera siguiente:

— En el caso de escrutinio de lista a la representación proporcional “un candidato de cada dos, en alternancia, sería una mujer” y parece que para que haya igualdad de elegidos eventualmente los hombres deberían ceder su lugar a las mujeres.

— En el caso de escrutinio uninominal habría dos candidatos (un hombre y una mujer) en la misma “boleta”, los electores designan al mismo tiempo dos representantes (una mujer y un hombre), lo que conduciría a doblar el número de los diputados o a dividir el número de circunscripciones en dos.

Los promotores dicen que esta reforma no exigiría la revisión de la Constitución porque ella tendría por efecto lo contrario, es decir, hacer respetar el principio de igualdad entre hombres y mujeres y de evitar que como a la hora actual, una “sección del pueblo” (los hombres) se atribuyan el ejercicio de la soberanía nacional contrariamente a las prescripciones de la línea 2 del artículo 3 de la Constitución.