

EL PRINCIPIO PROPORCIONAL Y VALOR DEL VOTO
EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ALEMANA
COMENTARIO CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN
SOBRE LOS MANDATOS EXCEDENTES
DEL 3 DE JULIO DE 2008

Dieter NOHLEN*

SUMARIO: I. *Valoración de la sentencia.* II. *Valoración del fundamento de la sentencia en general.* III. *El principio de la igualdad del sufragio.* IV. *El principio de inmediatez de la elección.* V. *Alternativas de reforma.* VI. *Consideraciones finales.*

El Tribunal Constitucional Federal (TCF) ha tenido que ocuparse una vez más del sistema electoral para el *Bundestag* alemán (Parlamento federal). Esta vez se presentaron dos quejas de revisión electoral que consideraban lesionados los principios de igualdad e inmediatez en los efectos paradójicos de los escaños excedentes en el sistema de la representación proporcional personalizada.¹

Como es sabido, los escaños excedentes tienen lugar en el sistema electoral federal alemán, cuando un partido obtiene más escaños con los primeros votos en las circunscripciones uninominales, que los que le corresponderían con base a los segundos votos cuya distribución entre los

* El autor agradece la traducción de José Reynoso Núñez.

¹ *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional Federal] (BVerfG) BvC 1/07 y 2 BvC 7/07, *Beschluss vom 3. Juli 2008* [Decisión del 3 de julio de 2008] (*Negatives Stimmgewicht* [peso negativo del voto]), citado en lo que sigue de la versión publicada por Internet, indicando los *Randnummern* (Rn) [números al margen] originales. Véase también la reproducción en: NJW 2008, pp. 2700 y ss., así como DVBl 2008, pp. 1045 y ss.

partidos determina la composición política del *Bundestag*.² A los escaños excedentes prácticamente no se les dedicaba atención, después de que, por una parte, el TCF en 1957 los había declarado condicionados por el sistema electoral combinado y compatible con el principio de igualdad,³ y por otra parte, en las elecciones de 1965 a 1987 tuvieron lugar sólo ocasionalmente y en un número reducido.⁴

Esta situación cambió repentinamente en 1994 cuando fueron repartidos 16 escaños excedentes, 12 de los cuales correspondieron a la CDU.⁵ Precisamente los escaños excedentes le permitieron a la coalición ganadora CDU/CSU⁶ y FDP⁷ una suficiente mayoría parlamentaria. Aunque bajo la perspectiva de la estabilidad de gobierno este efecto de la repre-

² El sistema electoral alemán es un sistema combinado. Vincula la regla decisoria de la mayoría con el principio de representación proporcional de manera que resulte un sistema de representación proporcional. Este sistema está personalizado en la medida en que permite al votante elegir entre personas. De allí su nombre: representación proporcional personalizada. Es importante tener presente esta categorización a la hora de pasar revista a la decisión del TCF que aquí se analiza. En relación con los detalles del sistema, 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 (del *Land* [Estado miembro]) de un partido. Las listas son cerradas y bloqueadas. La distribución del número total de escaños se lleva a cabo a nivel federal de acuerdo a la participación total de votos de los partidos, aplicando la fórmula electoral *Sainte-Laguë/Schepers*. Se aplica una barrera legal del cinco por ciento, la cual puede ser obviada por un partido en el momento en que éste gane tres escaños llamados directos en los distritos uninominales. Una vez que está definido 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 *Sainte-Laguë/Schepers*. De este número se descuentan los escaños directos que se hayan alcanzado en cada caso; los escaños restantes les corresponden a los candidatos en las listas regionales correspondientes. Si los partidos han alcanzado en los distritos electorales uninominales más escaños directos que los que les corresponden proporcionalmente (los llamados escaños excedentes), 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*, pero sin por ello influir en principio (si se prescinde de los escaños excedentes) sobre la composición del parlamento respecto a los partidos políticos).

³ BVerfG 2 BvR 9/56, Beschluss vom 3. Juli 1957 (*Listenwahl*); BVerfG 7, pp. 63 y ss., véase también DÖV 1957, pp. 715 y ss.

⁴ Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 272.

⁵ CDU: Christlich Demokratische Union [Unión Demócrata Cristiana].

⁶ CSU: Christlich Soziale Union [Unión Social Cristiana].

⁷ FDP: Freie Demokratische Partei [Partido Liberal Democrático].

sentación proporcional personalizada pudiera tener una connotación positiva, a partir de esta situación renacen las dudas acerca de la adecuación de los escaños excedentes con el principio de la igualdad en el derecho electoral. El TCF resolvió en su sentencia del 10 de abril de 1997, que el legislador puede prever una compensación en los escaños, pero ésta no sería obligatoria para el tipo de representación proporcional personalizada.⁸ El TCF reconoció que el legislador, al establecer una barrera legal del cinco por ciento, quiso limitar la proporcionalidad. En consecuencia, el principio de proporcionalidad no sería una pauta absoluta para la valoración de los elementos individuales de la representación proporcional personalizada, y tampoco de los escaños excedentes. En su momento, el Tribunal sostuvo el arreglo convencional como de derecho, siempre que se cuidara que el número de escaños excedentes no excediera límites prudentes.

Sin embargo, diez años después, el TCF se vio confrontado en relación al mismo tema con una argumentación modificada. Debe considerarse que ya se sabía que los escaños excedentes pueden conducir a que un partido, en el caso de conseguir una mayor proporción de segundos votos, puede perder en cantidad de escaños.⁹ El caso se agudizó por primera vez en una elección uninominal, rezagada por la muerte de un candidato en Dresden en 2005. Se corroboró y se hizo de conocimiento general, que puede ser ventajoso para un partido con escaños excedentes, recibir menos votos en un Estado miembro, cuando con ello el número de escaños en la distribución a nivel federal entre los partidos (*Oberverteilung*) no les afecte negativamente. El número de votos más bajo puede tener efectos en la distribución de escaños entre las listas particulares de los partidos en los *Länder* (*Unterverteilung*), porque un número de segundos votos más bajo aquí, puede ocasionar que otra lista regional del partido se beneficie con un escaño. Si en un Estado miembro un partido pierde en segundos votos, en el que alcanzó un escaño excedente, no sufre ninguna

⁸ BVerfG 2 BvC 3/96, Beschluss vom 10. April 1997 (*Grundmandatsklausel*); BVerfG 95, pp. 408 y ss.; compárense también NJW 1997, pp. 1568 y ss., DÖV 1997, pp. 595 y ss.

⁹ Véanse Meyer, Hans, *Der Überhang und anderes Unterhaltsames aus Anlass der Bundestagswahl 1994* [El excedente y otros temas amenos con motivo de la elección parlamentaria de 1994], *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 77, 1994, pp. 312-362 y Behnke, Joachim, *Von Überhangmandaten und Gesetzeslücken* [De Escaños excedentes y vacíos legales], *Aus Politik und Zeitgeschichte B* 52, 2003, pp. 21-28.

desventaja, porque su lista de todas formas no hubiera tenido ninguna pretensión a un escaño, pero él no puede perder los escaños directos conseguidos. Sin embargo, en otra lista regional puede agregarse un escaño. Por ello el partido en cuestión incrementa también su parte de escaños a nivel federal. El efecto inverso es igualmente imaginable. Un partido puede perder un escaño excedente en un Estado miembro a partir de haber conseguido allí una cantidad de segundos votos más alta, y con ello igualmente perder un escaño en el nivel federal.

Este “peso negativo del voto”, o en otros términos, este “valor de logro inverso”, fue declarado por el máximo tribunal alemán el 3 de julio de 2008 como inconstitucional. Un procedimiento que posibilita¹⁰ “que un aumento en segundos votos pueda llevar a una pérdida en escaños de las listas de partido de los Estados miembro o a que una pérdida en segundos votos ocasione un aumento en los escaños para las listas de partido de los Estados miembro”.¹¹ A partir de esta interpretación, el TCF determinó que el legislador está obligado “a más tardar hasta el 30 de junio de 2011 a establecer una regulación compatible con la Constitución”.¹²

I. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

Si primero se analiza la sentencia en su resultado, entonces se debe estar absolutamente de acuerdo con el TCF. El recurrente había argumentado en la línea de la jurisprudencia reiterada del Tribunal, en el sentido de que desviaciones en la proporcionalidad en el sistema de representación proporcional personalizada son aceptables y respecto a esto había remitido a la barrera legal del 5%, que limita el principio de proporcionalidad puro. También había resaltado que debía ser reconocible para los electores “cómo sus votos podrían contribuir al éxito o fracaso de los candidatos”. Sin embargo, esto sólo podría ser entendido considerando un conocimiento de los efectos teóricamente concebibles, porque los efectos reales sólo podrían ocurrir en relación a la votación de todos los electores”. Con ello, el recurrente hizo patente no haberse dado cuenta, de que con el valor de logro inverso se trataba de algo muy distinto, lo que el Tribunal reconoció claramente: los efectos de una barrera legal son

¹⁰ Ley Electoral Federal, artículo 7o. párrafo 3 y artículo 6o., párrafos 4 y 5.

¹¹ De acuerdo al TCF lesiona el artículo 38 párrafo 1 frase de la Ley Fundamental.

¹² BVerfG 2 BvC 1/07 y 2 BvC 7/07, Rn 240.

previsibles. Los votos para los partidos que traspasan el umbral, tienen el mismo valor de logro. Por el contrario, cómo afectan los segundos votos que en su caso ocasionan el valor de logro inverso, no es previsible para los electores.

El valor de logro inverso es un efecto del procedimiento específico previsto en el sistema electoral para el *Bundestag*, tiene que ver con la forma en que el cómputo de los escaños uninominales tiene lugar en relación al total de los escaños distribuidos de manera proporcional entre los partidos. Esta regulación es especialmente difícil, porque puede producir resultados arbitrarios. El elector ya no es en realidad el “señor” de su voto. Él vincula con su voto una determinada intención que en el procedimiento de cómputo de los escaños uninominales puede, sin embargo, resultar lo contrario. Por consiguiente, al sistema le falta transparencia. El elector no puede encauzar su voto, pierde la confianza en el sistema electoral y, en consecuencia, el sistema pierde legitimidad. Transparencia y legitimidad son criterios decisivos para medir la calidad de un sistema electoral. Por ello es imperiosamente necesaria una reforma de la representación proporcional personalizada que regule de nuevo el cómputo de los escaños uninominales sobre los escaños adjudicados proporcionalmente a los partidos.

Ciertamente, los sistemas electorales viven con paradojas de sus resultados, a las que voy a regresar más adelante. El reclamo por una reforma es facilitado en este caso, porque el peso negativo del voto no es consecuencia indispensable del sistema de representación proporcional vinculado con la elección de personas, porque los escaños excedentes en el tipo de sistema electoral de la representación proporcional personalizada no deben tener lugar forzosamente. Se puede excluir su surgimiento *a priori*, pero se les puede también compensar proporcionalmente, de tal manera que ni tengan un efecto que restrinja la representación proporcional de los partidos, ni que puedan implicar a los electores acciones electorales tortuosas. Se trata de la corrección de un elemento, de un procedimiento dentro de la representación proporcional personalizada, no de una reforma más amplia. El que ahora sea obligado llevar a cabo correcciones con motivo de la sentencia del TCF, y que esto lleve a reflexionar sobre una reforma fundamental es, sin embargo, otro tema. El propio Tribunal insinúa —con la indicación de que una reforma en el sentido de un sistema electoral segmentado (*Grabensystem*) sería constitucional—

reflexiones sobre la reforma del sistema electoral más allá del tipo de la representación proporcional personalizada.

II. VALORACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA EN GENERAL

Si se puede coincidir con el juicio del Tribunal, resulta que no sólo diferentes fundamentos —como ya se mostró— sino algunos argumentos del TCF son altamente problemáticos desde el punto de vista de la teoría de los sistemas electorales. En primer lugar, llama la atención que no se realiza ninguna diferenciación conceptual entre sufragio y sistema electoral. Eso da pie a la tendencia dominante en la sentencia de equiparar las exigencias en el derecho electoral individual y la elección como proceso de creación de una asamblea representativa, con las de un sistema electoral.

El sufragio, el derecho de elegir y de ser elegido, tiene principios claros cuya lesión es relativamente fácil de diagnosticar y de valorar. Con la característica “universal” se puede revisar si en realidad todos los ciudadanos disfrutan del derecho electoral, es decir, están incluidos en las listas de electores. Con la característica “igual”, se puede verificar si cada elector tiene el mismo peso electoral, es decir, ningún voto más que el que tiene otro elector: el derecho de grupos, estratos o individuos de tener más votos está descartado. Con la característica “directo” se pregunta si el elector elige directamente un candidato o un partido y no lo hace por él una persona o un gremio, que efectúe entonces la propia elección del titular del escaño. Estos principios constitucionales de un derecho electoral democrático no son trasladables directamente al sistema electoral. Especialmente el manejo dogmático de los principios del sufragio es menos apropiado para la valoración de cuestiones relacionadas con el sistema electoral. Son otros los criterios los que tienen relevancia, por ejemplo el cumplimiento de las funciones que se esperan del sistema electoral, la legitimidad a la que los sistemas electorales aspiran y disfrutan en la realidad.

En el ámbito de los sistemas electorales no hay ninguna solución óptima. Los sistemas electorales tienen ventajas y desventajas. Existen ilimitadas posibilidades de diseño en relación a cómo los electores expresan sus preferencias políticas en votos y cómo pueden éstos convertirse en escaños. Se trata entonces de ponderar y de decidir políticamente, con lo cual el contexto respectivo juega un rol muy importante. Todo lo anterior

no tiene aplicabilidad en el caso del derecho a sufragio en ambos sentidos, del derecho al voto y del derecho a ser votado.

Es bien comprensible que un tribunal constitucional se valga de principios fijos para resolver sobre la interpretación de principios establecidos en la Constitución. Debido a que la Ley Fundamental alemana no se manifiesta con respecto al sistema electoral, es también comprensible la tendencia del TCF de trasladar los principios clásicos del derecho a sufragio a las materias del sistema electoral. Así, se argumenta que para el sistema electoral, la igualdad y la inmediatez de la elección serían criterios esenciales de la valoración del sistema electoral, o en su caso de su conformidad con la Constitución. Su utilización en casos concretos ha llevado también continuamente en el ámbito jurídico a críticas a la argumentación del TCF.¹³ La perspectiva jurídico constitucional del TCF está además impregnada por las normas y la relación con ideas normativas de la Ley Fundamental. La investigación comparada de los sistemas electorales no puede naturalmente adoptar esta conexión.

Las Constituciones democráticas de todo el mundo establecen que las elecciones en general deben ser iguales, directas y secretas; sin embargo, los sistemas electorales son muy diferentes en los países, también y precisamente en el ámbito de los sistemas electorales de representación proporcional. Casi en ninguna parte se desprende de los principios del derecho electoral, como lo hace el TCF, que los sistemas electorales se deban medir constitucionalmente no sólo por el mismo valor numérico, sino también y precisamente por el mismo valor de logro de los votos de los electores. Frente al trasfondo de la investigación internacional comparada de los sistemas electorales, la jurisprudencia de la República Federal Alemana sobre el sistema electoral estrecha y deforma su horizonte de valoración, lo que se manifiesta en las siguientes carencias:

- En primer lugar en una ausencia de referencia empírica. Se torna con ello claro que variables de conducta que inciden en las consecuencias de los sistemas electorales, no son consideradas suficientemente. Las instituciones contribuyen a configurar la conducta de los electores. Los sistemas electorales establecen

¹³ Véase Frowein, Jochen, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht [La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho electoral]*, Archiv des öffentlichen Rechts 99, 1974, pp. 72-110.

fundamentalmente para ello diferentes condiciones, para que el voto de un elector cuente para algo. El que determinadas reglas de un sistema electoral influyan a los electores en la emisión de su voto,¹⁴ es un efecto buscado por los sistemas electorales. Los sistemas electorales de representación proporcional no constituyen por ello una excepción.

- En segundo lugar, en una carencia de experiencia internacional comparada, que es el fundamento del desarrollo conceptual y de consultoría política de la teoría de los sistemas electorales. La mirada sólo a las particularidades y experiencias alemanas limita innecesariamente las ideas normativas y posibilidades de configuración funcionales de los sistemas electorales. El día de hoy el legislador no decide más entre los clásicos sistemas electorales de mayoría y representación proporcional, sino configura sistemas electorales de acuerdo a los requerimientos funcionales que se le presentan en contextos específicos.
- En tercer lugar, en una carencia de criterios amplios de valoración para los sistemas electorales, lo que se demuestra en su agudización unidimensional y aplicación no homogénea, según se trate de representación proporcional o de mayoría. En los sistemas electorales no sólo es un asunto de consecuencias directas sobre la relación de votos y escaños, sino de efectos de más largo alcance. También de efectos secundarios y costos derivados en otros, más allá de las referencias exclusivamente tematizadas a través de la igualdad del derecho electoral. De igual forma se recomiendan criterios que al mismo tiempo se puedan utilizar en la representación por mayoría y en la representación proporcional, para posibilitar una comparación conveniente.

1. *El principio de mayoría y el principio de representación proporcional*

¿Qué es el principio de mayoría y qué es el principio de representación proporcional? Si se sigue el sentido de la resolución del TCF, entonces

¹⁴ Véanse Cox, Gary W., *Making Votes Count. Strategic Coordination in the World's Electoral Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; Pappi, Franz U. y Shikano, Susumu, *Wahl und Wählerforschung [Elecciones e investigación electoral]*, Baden-Baden: Nomos, 2007 y Norris, Pippa, *Electoral Engineering. Voting Rules and Political Behavior*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

corresponde al “objetivo de la representación por mayoría (...), que sólo los votos otorgados para los candidatos mayoritarios lleven al reparto de escaños. Los votos otorgados a los candidatos minoritarios, por el contrario, no son considerados en el reparto de escaños”. De acuerdo al TCF, “el objetivo de la representación proporcional consiste en que todos los partidos en una relación lo más aproximada a la distribución de los votos, estén representados en los órganos elegidos”. En estas afirmaciones se lleva a cabo una comparación de naturaleza asimétrica. La representación por mayoría ha sido definida de acuerdo a la regla de decisión en la circunscripción, y la representación proporcional de acuerdo a la composición política del parlamento. Esta comparación equivocada ha sido superada sin embargo hace mucho tiempo por la doctrina de los sistemas electorales.¹⁵

Cuando Roman Herzog, ex juez constitucional y ex presidente de la República, se pronuncia por un sistema de mayoría relativa,¹⁶ no opina que la mayoría relativa de votos debe decidir en las circunscripciones uninominales. Eso ya sucede para la mitad de los diputados. Herzog tiene en mente las consecuencias que este sistema electoral ocasiona en la composición del parlamento. Por su parte, Paul Kirchhof, antiguo juez constitucional, incluso es más explícito en su orientación del concepto del sistema de mayoría hacia la formación de mayorías en el parlamento, cuando propone¹⁷ que aquel partido o coalición que obtenga la mayoría relativa de los votos, automáticamente obtenga la mayoría absoluta de los escaños —quinta esencia de la reforma de Berlusconi en Italia—.¹⁸ El TCF no considera la diferencia entre regla de decisión y principio de representación. Esta diferenciación es importante cuando, por ejemplo, hay que valorar la garantía de la igualdad de valor de logro de los votos, lo que será tratado más adelante. Si la representación por mayoría se define desde el punto de vista técnico, entonces la igualdad de valor

¹⁵ Nohlen, Dieter, *Begriffliche Einführung in die Wahlsystematik [Introducción conceptual en la sistemática electoral]*, Dolf Sternberger / Bernhard Vogel (eds.) *Die Wahl der Parlamente und anderer Staatsorgane*, Band I, Europa, Berlin, Walter de Gruyter, 1969, p. 39; Nohlen, Dieter, *Wahlssysteme der Welt [Sistemas electorales del mundo]*, München Piper, 1978, p. 48, y Sartori, Giovanni, *Comparative Constitutional Engineering, An Inquiry into Structures, Incentives, and Outcomes*, Houndmills, u.a., 1994, p. 4.

¹⁶ Süddeutsche Zeitung, 17.3.2000.

¹⁷ Alpbacher Gespräche, 28.8.2008 así como Rhein-Neckar-Zeitung 28.8.2009.

¹⁸ Véase Poier, Klaus, *Minderheitenfreundliches Mehrheitswahlrecht [Sistema electoral mayoritario abierto a las minorías]*, Wien u.a., Böldau, 2001.

de logro está descartada. Los votos para la(s) minoría(s) no cuentan. Sin embargo, si se entiende la representación por mayoría como principio de representación, entonces es posible conformar sistemas de mayoría que consideran en cierto sentido el punto de vista de la igualdad de valor de logro. Cada sistema de mayoría que opera con circunscripciones en las que se elige más de un diputado, abre ya un espacio para una adjudicación proporcional de escaños. En un sistema de circunscripciones trinominales puede ser conseguida una observable igualdad de valor de logro de los votos. Las pequeñas circunscripciones de tamaño par, por ejemplo la circunscripción binominal, son especialmente adecuadas para que los votos de la minoría consigan un valor de logro sobreproporcional. Respecto a la representación proporcional, su definición como regla de decisión excluye en realidad la lesión de la igualdad de valor de logro de los votos. Existen sólo límites matemáticos, especialmente en circunscripciones pequeñas. Por el contrario, para la representación proporcional entendida como principio de representación, sin duda se pueden pensar limitaciones intencionadas de la igualdad de valor de logro, porque este objetivo está en competencia con otros, que entran en juego en el marco de una valoración política más completa y de criterios de mayor importancia (funcionalidad y capacidad de supervivencia de la democracia). Esto puede reflejarse (como el ejemplo más fácil) en el establecimiento de barreras legales.

¿Cuál es, entonces, la finalidad política de la representación por mayoría? En los sistemas de mayoría se persigue la mayoría parlamentaria para un partido o coalición. Se trata en esencia de que un partido (o coalición de partidos) esté en la capacidad de obtener la mayoría de escaños, aunque no haya obtenido la mayoría absoluta de votos. Así lo considera también el constitucionalista Hans Meyer¹⁹ el objetivo de la representación por mayoría “no consiste hoy ya fundamentalmente en que la mayoría (relativa) de los electores en una circunscripción (uninomial) otorguen un escaño a un partido, sino en posibilitar a un partido obtener la mayoría de los escaños en el parlamento, justo cuando no obtuvo la mayoría de los votos”. El objetivo político del principio de representación por mayoría es: un gobierno de un solo partido, independientemente de si ese partido obtuvo la mayoría de los votos.

¹⁹ Meyer, Hans, *Demokratische Wahl und Wahlsystem [Elección democrática y sistema electoral]*, Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (comps.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, Mohr, 1987, p. 37.

¿Cuál es el objetivo político del principio de representación proporcional? En los sistemas de representación proporcional se persigue en principio la reproducción más fiel posible de las fuerzas sociales existentes en la población y de los grupos políticos. La distribución de votos y escaños deben de corresponderse de manera aproximada. Como un objetivo adicional de la representación proporcional, se considera también que el valor numérico y el valor de logro de los votos de los electores se correspondan de manera aproximada. Históricamente y sistemáticamente este objetivo es una consecuencia de la búsqueda de proporcionalidad de votos y escaños, no su condición.²⁰ En el marco del desarrollo general de las ideas de la igualdad y en el ámbito de los sistemas electorales, este principio ha logrado un cierto —en Alemania extraordinario— reconocimiento.

Esta orientación de fines de la representación proporcional no significa, sin embargo, que en el sistema de representación proporcional “todos los partidos estén representados en los órganos elegidos en una relación lo más aproximada al número de votos”, como se sostiene en la sentencia que aquí se comenta. También en la representación proporcional existen barreras de representación, las que evitan, legítimamente, que todos los partidos lleguen al parlamento. Se observan, por ejemplo, en la forma más frecuente de representación proporcional: el sistema proporcional en circunscripciones de distinto tamaño. El tamaño de la circunscripción es —junto con la barrera legal— el factor más importante para la desproporcionalidad de los resultados electorales.²¹

La criticada frase del TCF es expresión de la idea de que con la representación proporcional no sólo el valor numérico sino también el valor de logro de los votos debería ser igual. Esta idea se impone en la sentencia completa y es llevada a la cumbre cuando se trata del procedimiento para convertir votos en escaños, que fue reformado en 2008 (sustituyendo Hare/Niemeyer por Sainte-Laguë/Schepers). Como “resultado desigual” el TCF considera todo lo que no corresponda “con proporcionalidad exacta y por ello tampoco de manera exacta al principio de igualdad de valor de logro”; sólo es vista como justificada la “inevitable

²⁰ Braunias, Karl, *Das parlamentarische Wahlrecht [El derecho electoral parlamentario]*, Berlin-Leipzig, Walte der Gruyter, 1932, pp. 191-203.

²¹ Véase Lijphart, Arend, *Electoral Systems and Party Systems*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

consecuencia de un procedimiento de distribución de cualquier clase”.²² El valor de logro es fijado por ello en la máxima proporcionalidad de los resultados electorales.

Con tales ideas estamos en un camino de regreso a Weimar, donde en el sistema de representación proporcional automático había un escaño para un determinado número de votos distribuidos en el territorio completo del *Reich*. Sin embargo, no hay ninguna duda de que la representación proporcional personalizada en la entonces dimensión política viable fue percibida como un sistema electoral alternativo al sistema proporcional puro de Weimar.²³ Eso también se manifestó en la errónea, pero siempre vigente idea, de que en la representación proporcional personalizada se elige la mitad de los escaños de acuerdo a la mayoría y la otra mitad de acuerdo a la representación proporcional.

Pensado en categorías de la sistemática electoral, se podría deducir más allá de la sentencia, la imagen de un *continuum* unipolar de los sistemas electorales, que lleve a la diferenciación esencial de los sistemas electorales entre representación proporcional pura y todos los demás sistemas electorales; aquí, “la más exacta proporción entre los votos ganados y la porción de asientos en el parlamento”, allí, una creciente restricción contra las oportunidades de los —en cada caso— partidos pequeños [...] hasta una situación en la que prácticamente apenas sólo dos partidos tengan la oportunidad de ganar escaños parlamentarios”.²⁴ La representación proporcional en forma “de la más exacta proporción pensable” como núcleo de la igualdad de derecho electoral y de la valoración del sistema electoral, es “Weimar”.

²² BVerfG 2 BvC 1/07, Rn 104; al contrario, Hans Meyer decía ya en *Wahlsystem und Verfassungsordnung. Bedeutung und Grenzen wahlsystematischer Gestaltung nach dem Grundgesetz* [Sistema electoral y orden constitucional. Significado y límites de la configuración del sistema electoral según la Ley Fundamental], Frankfurt-Main, Metzler-Verlag, 1973, p. 189, correctamente: “Son concebibles sistemas más o menos proporcionales igual que sistemas mayoritarios con mayor o menor efecto mayoritario”.

²³ Véanse Fromme, Friedrich Karl, *Von der Weimarer Republik zum Bonner Grundgesetz* [De la República de Weimar a la Ley Fundamental], Tübingen: Mohr, 1960, pp. 162 y ss.; Vogel, Bernhard *et al.*, *Wahlen in Deutschland* [Elecciones en Alemania], Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1971 p. 188.

²⁴ Meyer, Hans, *Wahlsystem und Verfassungsordnung. Bedeutung und Grenzen wahl-systematischer Gestaltung nach dem Grundgesetz* [Sistema electoral y orden constitucional. Significado y límites de la configuración del sistema electoral según la Ley Fundamental], Frankfurt, Metzler-Verlag, 1973, p. 189.

Desde una perspectiva de sistemática electoral comparada debe ser planteada la pregunta fundamental de ¿qué tan conveniente es la primacía absoluta puesta en la exactitud de la proporcionalidad en la representación proporcional personalizada? La exactitud es sólo una dimensión de sentido. Otras dimensiones son simplicidad, transparencia y sustentabilidad. La exactitud en la distribución proporcional tiene en general como costo un alto grado de complejidad en el cálculo proporcional. Surge la pregunta ¿quién puede comprender en su caso un sistema electoral fijado exclusivamente en la exactitud proporcional elevada que alcanza el procedimiento? El elector común y corriente seguramente no. Con ello se pierde mucho en transparencia. La sustentabilidad tampoco puede tener a su favor la gran exactitud, porque la crítica a la representación proporcional personalizada debido al incomprensible cálculo de escaños y la exigencia de un cambio fundamental del sistema electoral estaría aumentando. Este paso fue realizado recientemente por el antiguo juez constitucional Hans Hugo Klein.²⁵ Partiendo del derecho del ciudadano, para que “el sistema electoral sobre cuyo fundamento se elige el parlamento, se pueda entender sin la utilización de expertos en sistemas electorales y matemáticos”, considera la opción de introducir “el sistema electoral de mayoría fácilmente comprensible para cada persona”.

2. Representación proporcional personalizada como tipo de sistema electoral

Al TCF siempre le ha resultado difícil definir y clasificar el sistema electoral para el parlamento alemán. Es sintomática la sentencia del 10 de abril de 1997, con la que los escaños excedentes sin compensación proporcional fueron declarados como compatibles con la Ley Fundamental. La votación en el Tribunal fue de cuatro contra cuatro. El primer grupo de los jueces constitucionales utilizó diversas descripciones para explicar cómo debería entenderse la representación proporcional personalizada, comenzando por la imagen de la combinación de la representación por mayoría y representación proporcional, pasando por la de un sistema proporcional compensatorio hasta la de una representación proporcional con “mayoría intercalada”. La proporcionalidad en la distribución de los escaños, resul-

²⁵ Frankfurter Allgemeine Zeitung del 14 de Agosto de 2008 p.7

tante de los segundos votos, no habría sido establecida por el legislador como un criterio exclusivo, aun cuando la elección del Parlamento tuviera el carácter fundamental de una elección por representación proporcional. Por el contrario, el otro grupo de jueces definió de manera concluyente al sistema electoral de la República Federal como de representación proporcional, realmente desatendiendo la problemática de combinación de sus elementos constitutivos y de esta manera orientando la evaluación del sistema de forma exclusiva en la proporcionalidad, como si la distribución proporcional fuera el único criterio.

Según la Ley Electoral Federal,²⁶ se elige de acuerdo al principio de una representación proporcional vinculada con la elección de personas. Ni siquiera se menciona a la representación por mayoría. Sólo en la determinación del criterio de decisión para la “elección en circunscripciones (uninominales)”²⁷ se señala que se elegirá a través de la mayoría relativa. El concepto representación proporcional “personalizada” pone el acento todavía más claro. Se trata de la representación proporcional. La incorporación de elementos relativos a la elección de personas no lo cambia en lo más mínimo, por lo que todas las definiciones que denominan al sistema electoral alemán como un sistema mixto, llevan al error. La representación proporcional como principio de representación para la elección del parlamento alemán en su totalidad se combina con el criterio de decisión de la mayoría con la finalidad de elegir a personas en el caso de la mitad de los integrantes del parlamento. Con esta combinación pueden darse limitaciones al principio de proporcionalidad, cuya utilización ilimitada de todas formas no fue deseada a través de la introducción de la barrera legal.

En la sentencia aquí comentada se continúa con la inseguridad del TCF en la definición del sistema electoral alemán, en la medida en que en una parte señala que tiene lugar una “compensación proporcional a través de los escaños adjudicados por la representación proporcional”, mientras que en otro lado, se destaca, por el contrario, “que el primer voto decide fundamentalmente sólo cuáles personas llegarán como diputados por una circunscripción uninominal al parlamento, pero —en principio— la relación de las fuerzas políticas sólo se determina por la proporción de segundos votos”. Las diferencias definatorias parecen insignificantes,

²⁶ Ley Electoral Federal, artículo 1 párrafo 1 oración 2.

²⁷ Ley Electoral Federal, artículo 5 frase 2: “será electo el candidato que obtenga el mayor número de votos”.

incluso irrelevantes bajo criterios matemáticos. Sin embargo, empíricamente no lo son debido a que los sistemas de representación proporcional con escaños compensatorios —llamados sistemas electorales compensatorios— aspiran a una distribución proporcional, que frecuentemente no alcanzan porque intervienen muchas otras variables que lo impiden. En la configuración técnica también se pueden fijar acentos que permiten perseguir otros objetivos que los de la proporcionalidad.

Este es el caso de la representación proporcional en Hungría, donde primero se distribuyen 176 escaños en circunscripciones uninominales según mayoría absoluta con balotaje. Las desproporciones resultantes se intentan corregir en dos subsecuentes fases de adjudicación de 210 escaños en total. Sin embargo, la intencionada alta proporcionalidad de los resultados electorales no fue alcanzada debido a efectos contrarios de los modelos de comportamiento de los partidos y del electorado²⁸ (Como otro ejemplo podría servir Italia después de la reforma de 1993, sobre todo en relación a los efectos de los factores de contexto.²⁹ En la representación proporcional personalizada, por el contrario, está garantizada la distribución proporcional de escaños a los partidos en cada caso, a través de la utilización de la regla de decisión proporcional a nivel nacional. La definición de los sistemas electorales es sin duda de importancia para precisar el significado que se puede atribuir en su valoración a determinados criterios normativos.³⁰

III. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DEL SUFRAGIO

Aquí no es el lugar para reproducir la historia de la aplicación del principio de igualdad por parte del tribunal más alto, en relación a los elementos individuales de la representación proporcional, entre ellos los escaños excedentes.³¹ Me limitaré a los argumentos centrales del TCF en relación con el peso negativo del voto, los cuales tienen que ver

²⁸ Véase Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 306-314.

²⁹ Véase Nohlen, Dieter, *Wahlrecht und Parteiensystem [Derecho electoral y sistema de partidos]*, 6a ed., Opladen, Barbara Budrich, 2009, pp. 222-228

³⁰ Véase Meyer, *op. cit.*, p. 182..

³¹ Véase Nohlen, Dieter y Nohlen, Nicolás, “El sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal, La igualdad electoral a debate- con una mirada a Venezuela”, *Revista de Derecho Público, Caracas*, núm. 109, pp. 7-26; Nohlen, Dieter, *Derecho y*

con los conceptos de igualdad, igualdad de valor de logro e igualdad de oportunidad de logro.

El TCF sostiene que el principio de igualdad de elección estaría lesionado, porque requiere que el valor de logro de cada voto sea igual. Según el Tribunal, esto implica que el voto “debe poder desenvolver un efecto positivo” para el partido para el que fue otorgado.³² También la igualdad de oportunidad de logro sería afectada, cuando con la emisión de un voto surge la posibilidad de dañar la propia finalidad del voto.

Los sistemas electorales se distinguen precisamente en que diferencian el valor de logro de los votos. Esto también lo ha expresado el TCF ya al inicio de sus resoluciones sobre el sistema electoral, e incluso ha hecho depender la igualdad de valor de logro del sistema electoral. Conforme a esto, ella vale para la representación proporcional como criterio de la igualdad del voto, pero no para la representación por mayoría (aunque se tiene que recordar que el Tribunal piensa respecto a esta alternativa básica en la regla de decisión y no en el principio de representación). Al mismo tiempo, con esta diferenciación rígida el TCF ha sometido a la representación proporcional al criterio estricto de garantizar un máximo en igualdad de valor de logro de los votos. Desde entonces, las desviaciones de la igualdad del voto tienen que fundamentarse. Esto se ha aplicado en el sistema de representación proporcional personalizada para las barreras legales, el requisito de escaños mínimos para participar en la distribución proporcional de los escaños (*Grundmandatsklausel*), los escaños excedentes y el procedimiento de cómputo. Todos y cada uno fueron revisados por el TCF respecto a su conformidad con la Constitución, y en principio fueron considerados como compatibles con el principio de igualdad.

El enfoque de la investigación comparada de los sistemas electorales es sin duda diferente. Representación proporcional y representación por mayoría (ambos definidos como principios de representación) varían internamente en valor de logro de los votos. Los sistemas de representación proporcional aspiran en mayor medida a la igualdad de valor de logro que los sistemas de mayoría. Pero ni es correcto que los sistemas de representación proporcional estén obligados a alcanzar la mayor aproximación

política en su contexto, Introducción de Pedro Salazar Ugarte, México, UNAM, 2008b, pp. 31-78.

³² BVerfG 2 BvC 1/07 y 2 BvC 7/07.

posible de ambos valores, ni que estos puedan ser garantizados a través de la más alta medida en lealtad al principio de proporcionalidad formal. Las particularidades empíricas deben ser consideradas.

El grado de igualdad de valor numérico y valor de logro de los votos no depende por cierto sólo de la configuración del sistema electoral, sino del sistema de partidos y de la conducta de los electores. En general, resulta válido que: entre más partidos (posiblemente como consecuencia de la representación proporcional), menor es la igualdad de valor de logro. También el elector reacciona al sistema electoral — y éste puede hacerle equivocarse en su cálculo. En general es válido que: entre más proporcionalidad se incorpore en un sistema electoral, tanto más pronto el elector está inclinado a esperar que su voto cuente, también para pequeños y muy pequeños partidos. Él subestima las barreras naturales de representación que de todos modos están dadas con la pura matemática debido al número limitado de escaños disponibles,³³ por lo que, sumados los votos de los partidos que no sobrepasan la barrera natural, un número grande de votos puede no contar. Los votos que corresponden a candidatos o a partidos que no fueron exitosos, dejan de hecho que se contraiga la igualdad de valor de logro del sistema proporcional. Por el contrario, si a través de barreras efectivas que limitan de manera reconocible la igualdad de valor de logro, el elector es estimulado a votar útil, es decir a otorgar su voto a partidos o candidatos que tienen la posibilidad de ser elegidos, entonces se reduce el número de votos que permanecen sin logro. De hecho aumenta la igualdad de valor de logro de los votos. Estas consecuencias contradictorias al respectivo propósito teórico, que efectivamente demuestran sistemas de representación proporcional puros y con barreras legales, las denomino “paradoja de proporcionalidad”.

Es entonces posible que mediante la dotación de un sistema electoral con más igualdad de valor de logro teórico, surja una menor igualdad de valor de logro efectivo. A partir de una determinada medida de realización de la idea de ajustar por legislación electoral el valor numérico y el valor de logro de los votos, se puede en general sostener lo siguiente: cuanto más proporcionalidad, tanto menor igualdad de valor de logro. Por ello el argumento de la igualdad de valor de logro para la valoración de los sistemas de representación proporcional es sólo limitadamente adecuado y puede empíricamente contradecirse por sí mismo. Por esta

³³ Fíjense en la relación entre el tamaño del electorado y del Parlamento.

razón tampoco es conveniente argumentar que el principio de igualdad de voto estaría siendo lesionado, porque él favorecería que el valor de logro de cada voto fuera igual. Ya no es razonable asegurar que el principio de igualdad del voto, concretado en la igualdad de valor de logro, significaría que los votos que fueron otorgados para los partidos “deben poder desenvolver un efecto positivo”. Sólo es razonable descartar que la emisión del voto para un partido desenvuelve un efecto negativo en su contra.

En el fondo vale descartar desde una perspectiva jurídico legislativa (*rechtspolitisch*), que un sistema electoral posibilita que mediante la emisión de un voto existe el peligro que ese voto —que debería favorecerlo— pueda tener efectos en contra del partido; formulado de manera general, que el voto impacta contra el objetivo que persigue. El problema no es por ello que los sistemas electorales estimulen al elector a que se comporte tácticamente en su voto, para abrirse paso a su voluntad política, a la representación parlamentaria, al triunfo electoral de un partido, al surgimiento de una determinada coalición de gobierno. Es suficiente que el elector pueda reconocer el mecanismo de logro de un sistema electoral y correspondientemente pueda comportarse de manera racional. Así, la conducta electoral de muchos electores de la CDU en la elección complementaria en Dresden —lo que llevó la cuestión del peso desigual ante el TCF— ha sido del todo legítima y habla de la inteligencia de los electores. Ellos supieron utilizar el sistema para no perder ningún escaño. La elección complementaria en Dresden ha echado más bien luz sobre el problema, que el elector normalmente en el cálculo de los escaños directos en el nivel de los *Länder* no puede apreciar, si su voto para un partido también tiene este beneficio, si ayuda a fortalecer su parte de escaños, o si tiene el efecto contrario. Es la falta de transparencia la que expone el voto de un elector a efectos arbitrarios. El elector no puede comportarse racionalmente. Decisivo por consiguiente, no es considerar la conducta electoral táctica como ajena a la esencia de la elección o contraria a la igualdad de voto, sino la falta de transparencia del mecanismo de efectos en la vinculación de los elementos individuales del sistema electoral.

Esta diferenciación es importante en la medida en que sin ella, el terreno argumentativo es preparado para evaluar constitucionalmente otros mecanismos del sistema electoral que posibilitan e impulsan la conducta táctica electoral. Se debe pensar, por ejemplo, en el sistema de doble voto

de la representación proporcional personalizada, que ya ha ocasionado una queja constitucional.

En general, son unidimensionales las reflexiones que van en la dirección de medir a los sistemas electorales bajo la idea adoptada estrictamente de la igualdad de valor de logro, y de requerir la mayor aproximación posible entre igualdad de valor numérico e igualdad de valor de logro. Ellas desatienden los efectos secundarios y los posibles costos derivados. Lesionan también el precepto de que los sistemas electorales persiguen más que un solo objetivo. Sin duda, en la representación proporcional el resultado más apreciado es la proporcionalidad, mucho más que en el sistema de mayoría, pero no se justifica ninguna consideración parcial.

El TCF introduce en su sentencia además el argumento de que también la igualdad de oportunidad de logro sería afectada a través del peso negativo del voto, cuando con la emisión de un voto existe el peligro de dañar el propio objetivo del voto. Seguramente la igualdad de oportunidad de logro relativiza el principio de la igualdad de valor de logro, de la misma manera como lo hace la igualdad de oportunidades con el principio de igualdad. Con ello el Tribunal quizá quiere expresar que, tampoco por pretensiones más pequeñas de igualdad a un sistema electoral, puede ser aceptado un efecto inverso a la intención electoral del voto entregado. Aunque también las posibilidades de éxito que tienen los electores, son diferentes de acuerdo a los sistemas electorales, también y precisamente en los sistemas de representación proporcional.

Mientras que en el clásico sistema de mayoría relativa en general las posibilidades de éxito para los electores de los partidos más pequeños a nivel nacional son, en principio, igual a cero debido a la utilización de la regla decisoria de pluralidad en distritos uninominales, en los sistemas de representación proporcional las posibilidades de éxito son altamente diferentes, no sólo entre éstos, sino también dentro de cada sistema. En los sistemas de representación proporcional con circunscripciones de distinto tamaño no está dada de ningún modo la igualdad de oportunidad de logro de los votos. En circunscripciones grandes existen tendencialmente algunas posibilidades de éxito para los electores de pequeños partidos, en pequeñas circunscripciones no. Empíricamente, la distribución geográfica de las preferencias de los electores es una variable importante en el caso particular.

IV. EL PRINCIPIO DE LA INMEDIATEZ DE LA ELECCIÓN

El TCF también ve lesionado el principio de la inmediatez de la elección. De nuevo argumenta aquí con el efecto positivo o negativo del voto y considera que el principio estaría lesionado porque el elector no podría reconocer qué efectos tendría su voto.

Las elecciones para el *Bundestag*, según establece el artículo 38 de la Ley Fundamental, son directas. El principio de la inmediatez se refiere a que no se permite la intervención de ningún gremio intermediario entre los electores y el órgano representativo a integrar. La referencia al procedimiento de la elección del presidente en Estados Unidos puede ser suficiente para dejar claro *ex negatione*, qué significa aquí inmediatez. En Estados Unidos, los electores en los Estados miembro eligen a electores de segundo grado que a su vez elegirán al presidente.³⁴ Estas elecciones son indirectas. Con ello puede suceder que un presidente elegido aglutine para sí los votos de la mayoría de los electores, aunque la mayoría de los votos no hayan sido para él. En principio, los electores de los Estados miembro están vinculados a la decisión de la mayoría de los electores. Sin embargo, también ha habido casos en los que los electores han procedido de manera diferente. La elección indirecta tiene entonces inconvenientes. En todo caso, la voluntad de los electores es mediatizada, lo que descarta la elección directa.

Ahora el TCF argumenta en su sentencia que también el principio de la elección directa estaría lesionado a través del peso negativo del voto. Por qué es así, se pregunta el lego en derecho. El recurrente argumentó que “porque los votos no tuvieron efecto directo, sino que los votantes estuvieron obligados a denegar sus votos a su partido”. No se necesita explicar mucho que esta argumentación no tiene nada que ver con el verdadero objeto con el que es regulada la inmediatez del voto. Por otra parte, la descrita “obligación” no aparece mediante una elección normal (llevada a cabo en el mismo día en todo el territorio nacional), porque, como ya se mencionó, el elector no sabe cómo afecta su voto, consecuentemente él mismo tampoco se puede ver obligado a nada. El peso negativo del voto, como se ha establecido correctamente en la sentencia, “no es previsible

³⁴ Véase Lindner, Ralf y Schultze, Rainer-Olaf, United States of America, en: Nohlen, Dieter (ed.), *Elections in the Americas*, Oxford: Oxford University Press, 2005, t. I, pp. 646-729.

ni planeable y no puede ser influenciado por el elector en particular”. El elector sabe, sin embargo, cuáles son las oportunidades electorales de su partido en una elección rezagada (complementaria), cuando existen determinados cálculos; entonces el elector puede comportarse de manera táctica al emitir su voto, de modo que su partido obtenga la mayor utilidad.

¿Tiene sentido considerar la conducta electoral racional como elección no directa? El Tribunal no ha incluido la argumentación del recurrente, sin embargo ha considerado en la sentencia la lesión a la inmediatez de la elección. El principio exigiría “un procedimiento electoral en el que el elector pueda reconocer antes del acto de votar, cuáles personas concurren por un escaño parlamentario y cómo el propio voto puede afectar al éxito o fracaso de los candidatos. No sería decisivo que el voto tenga el efecto querido por el elector, ya bastaría la sola posibilidad de una influencia positiva en el resultado electoral”, con lo cual se entiende probablemente una influencia en el sentido intentado por el elector. En realidad, a la elección pertenece la propuesta electoral,³⁵ es entonces un requerimiento a la elección en sí misma, no tanto a su inmediatez. El aspecto adicional se refiere a la transparencia para el elector, como ya más arriba se planteó: “cómo el propio voto puede afectar al triunfo o fracaso de los candidatos”. En el fondo, dicho aspecto tampoco tiene que ver con la inmediatez. Resumiendo, se muestra poca sustancia para sostener que el peso negativo del voto lesionaría el principio de inmediatez de la elección.

Casi lo mismo sucede con la lesión de la libertad de elección, que se afectaría según el recurrente, “porque los electores, que podrían dañar a su partido con su voto, se abstendrían de ello, dejando de darle su voto”. Es importante contradecir esta argumentación, porque de lo contrario se podría afirmar *a la longue* que un elector que vota racional, y aleja el daño a su partido a través cualquier tipo de conducta electoral, también infringiría a la libertad de elegir. Afortunadamente el TCF no ha hecho suyo el punto de vista del recurrente, esto sin embargo, sin una consideración más detenida.

³⁵ Sternberger, Dolf, *Über Vorschlag und Wahl. Umriß einer allgemeinen Theorie [Sobre propuesta y elección. Perfil de una teoría general]*, Heinz Kaufmann, Karl, Kohl, Helmut y Molt, Peter, *Kandidaturen zum Bundestag*, Köln, Westdeutscher Verlag, 1961, Prólogo.

Se pregunta además, si en realidad habría sido necesaria la argumentación del Tribunal en relación a la lesión de la inmediatez de la elección, que se sostiene en los efectos positivos o negativos del voto no previsibles. Porque la problemática de la incertidumbre sobre cuáles efectos tiene el voto, no se plantea más cuando ya no es admisible el voto con efectos negativos sobre el partido elegido. Hacer valer el principio de la inmediatez del voto no está para nada exento de problemas. De nuevo conviene tener presente que en un sinnúmero de sistemas electorales el elector no puede reconocer con exactitud al votar, qué sucede con su voto. Mientras que en los sistemas electorales de mayoría el votante puede formarse una idea al respecto, en los sistemas de representación proporcional es casi imposible que el votante tenga en la cabeza el mecanismo de cómputo, cuya utilización contribuye también en el efecto que su propio voto tenga en la determinación del resultado electoral, más aún, cuando hay diferentes niveles de cómputo, a través de los cuales su voto se cuenta de esta u otra manera. La inmediatez del voto no debe ponerse en duda por esta ignorancia natural. Aquí también sería conveniente hablar más bien de la transparencia, que debería estar garantizada en relación a la dirección del efecto que tenga el voto entregado. Los sistemas electorales son construcciones complejas y entre más exigencias tienen que cumplir, menos comprensible se convierte su *modus operandi*. La representación proporcional personalizada no es ninguna excepción. Desde luego debe existir la confianza de que todo sucede rectamente, pero esta confianza es socavada cuando un sistema electoral admite efectos paradójicos.

V. ALTERNATIVAS DE REFORMA

En su sentencia, el TCF obliga al legislador a llevar a cabo una reforma al sistema electoral en concordancia con la Constitución. Para poder entender claramente qué significaría “conforme a la Constitución”, ha esbozado posibilidades de reforma: o abandono de vinculaciones de listas a nivel de distribución nacional de los escaños, o que el cómputo de escaños directos se efectúe no a nivel regional sino a nivel federal, o que la elección del *Bundestag* sea por mitades: una mitad según el principio de mayoría y otra según la representación proporcional (sistema segmentado). Con la consideración de que también otro tipo de sistema electoral —y el sistema segmentado es uno de ellos— sería una opción

viable constitucionalmente, el Tribunal ha proporcionado al legislador un ámbito de acción notablemente creativo. En virtud de que el TCF nunca ha puesto en duda que también un sistema electoral de mayoría sería conforme a la Constitución, todas las opciones parecen abiertas. Algunas posturas de personalidades de la vida pública, para introducir este o aquel sistema electoral de mayoría, nutren igualmente esta posición.

La experiencia internacional en las reformas electorales dice, sin embargo, que son raras las reformas fundamentales.³⁶ Al contrario, tienen lugar pequeñas reformas, adaptaciones de los sistemas electorales vigentes a nuevas experiencias y (leves) objetivos modificados. Dichas reformas tienen la ventaja de que sus efectos probables pueden ser mejor previstos, tanto los efectos queridos como también los famosos y desacreditados efectos secundarios. Es importante recordar que todos los sistemas electorales tienen ventajas y desventajas y que no existe un mejor sistema electoral, sino sólo aquel que mejor funcione. Sin embargo, sobre la forma adecuada deciden en los procesos de reforma, no los dadores de ideas en los medios de comunicación que recurren con gusto a los sistemas electorales clásicos de la representación por mayoría, y los expertos en sistemas electorales, que dominan el moderno *institutional engineering*, sino los partidos políticos. Y ellos son altamente precavidos en relación a las grandes reformas. También son cautelosos para pequeñas reformas motivadas sobre todo por intereses de poder; en su desarrollo cuentan no tanto las posibles ventajas partidistas, sino el afán de impedir una posible desventaja partidista. Sin embargo, ahora una reforma es obligatoria.

La solución más probable es, seguramente, efectuar la adjudicación de los escaños directos no más en el nivel de las listas de los Estados miembro, sino en el nivel nacional, inmediatamente después de la distribución proporcional de los escaños a los partidos políticos. El tipo de sistema electoral de representación proporcional personalizada en principio no se vería afectado por una reforma como esta. Sería la corrección del sistema vigente más neutral para los partidos, la más cuidadosa de las instituciones y no afectaría las virtudes de la representación proporcional personalizada. Ciertamente, con la reforma del cálculo de los escaños excedentes, se volvería caduca la parte relevante de los escaños en la vinculación de la elección de personas con la representación proporcional, de la que pueden surgir efectos formadores de mayoría. Pero, ¿sería suficiente tal

³⁶ (Nohlen 1984, Lijphart 1994, Katz 2008)..

reforma mínima, para salir de manera constructiva de la crisis de confianza del sistema electoral?

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La crítica a la argumentación del TCF no tiene que ver con mi apreciación de que el resultado obtenido convence. El elemento no necesario en el sistema de representación proporcional personalizada, el peso negativo del voto, tiene que ser suprimido. Seguramente es de apreciar que el Tribunal ha reconocido de nuevo la posibilidad de diferenciaciones en el sistema electoral, que se apartan de requerimientos de la igualdad de valor de logro. Se requieren por ello razones que deben estar legitimadas por la Constitución. “Son suficientes en esta relación” —así establece el Tribunal— “razones satisfactorias resultantes de la naturaleza del ámbito de la elección del órgano de representación popular. Aquí cuenta en especial la realización de los objetivos perseguidos con la elección. A ello pertenecen la seguridad del carácter de la elección como uno de los procedimientos para la integración de la formación de la voluntad política del pueblo y la garantía de la capacidad de funcionamiento de la representación popular a elegir”.³⁷ Hubiera sido deseable que el TCF en su argumentación hubiese procurado validez decidida y consistente a estas generales y muy fundadas reflexiones. Ellas se pueden vincular sin más con las funciones consideradas esenciales del sistema electoral, que he abstraído de los debates internacionales de reforma,³⁸ como son las funciones de representación (proporcionalidad), concentración (gobernabilidad), participación (elección de personas), sencillez (transparencia) y legitimidad (reconocimiento merecido y tributado). En lugar de eso, el TCF orienta —sobre lo que yo he intentado llamar la atención— la valoración de la representación proporcional personalizada en una sola función, la igualdad del valor de logro, y radicaliza esta función en varias argumentaciones, que para la fundamentación de la sentencia resultante no habrían sido para nada necesarias. Con ello, el Tribunal decae en parte en una acrobacia argumentativa, especialmente llamativa en la fundamentación de la lesión de la inmediatez de la elección, que asimismo resulta incomprensible como la parte criticada del sistema electoral —

³⁷ BVerfG 2 BvC 1/07 y 2 BvC 7/07, Rn 98; véase también BVerfGE 95, 408, 418).

³⁸ Véase Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, cit., pp. 147 y ss.

sólo con la diferencia de que a aquélla se le puede encontrar racional—. Desde mi punto de vista, no se trata de argumentar en favor de reforzar y asegurar formal y normativamente la igualdad de valor de logro, entre otras razones debido al efecto paradójico demostrado de tales intentos de maximización, sino sólo de eliminar de la legislación el valor de logro inverso, es decir, evitar que la emisión de un voto por un partido pueda ocasionar una carga de efecto negativo para ese partido, sin que el elector lo pueda saber al momento de emitir su voto.

Si la impresión no falla, los juristas y matemáticos se han apoderado cada vez más del tema de los sistemas electorales.³⁹ Si al principio de la República Federal el objeto de los sistemas electorales fue tratado fuertemente por los politólogos —de una entonces todavía joven disciplina—, tanto en lo relativo a lo normativo como a lo empírico (Ferdinand A. Hermens, Dolf Sternberger, Rudolf Wildenmann, Werner Kaltefleiter et cetera), los que sin excepción favorecieron la representación por mayoría o los elementos formadores de mayorías en el sistema electoral, entonces el cuadro ha completamente cambiado.

La actitud reservada de los politólogos⁴⁰ tiene seguramente que ver con que la representación proporcional personalizada entretanto se ha acreditado, e internacionalmente se ha convertido en un modelo de sistema electoral; en algunos países incluso ha sido introducida y en Nueva Zelanda ha desplazado al tradicional sistema de mayoría relativa.⁴¹ En Gran Bretaña, la hasta el momento última comisión para la reforma elec-

³⁹ Es una lástima que el reconocido jurista especialista en sistemas electorales, Hans Meyer haya fungido no como experto, sino como apoderado, es decir como abogado del recurrente. Como único perito fue invitado un matemático, lo que no habla en contra del colega Friedrich Pukelsheim, quien ha hecho un sobresaliente trabajo en el ámbito de los aspectos matemáticos de la investigación de los sistemas electorales, y que ha sido entretanto galardonado con el Premio de Investigación del Instituto Max Planck.

⁴⁰ Exceptuando a Jesse, Eckard, *Reformvorschläge zur Änderung des Wahlrechts [Propuestas de reforma para la modificación del derecho electoral]*, Aus Politik und Zeitgeschichte 41 (4), 2003, pp. 3-11. y Pehle, Heinrich, *Ist das Wahlrecht in Bund und Ländern reformbedürftig? Eine Bilanz seiner Mängel und Ungereimtheiten [¿Debe reformarse el derecho electoral en la Federación y en los Länder? Un balance de sus carencias y absurdos]*, Gegenwart 2, 1999, pp. 233-256.

⁴¹ Véase Lösche, Peter, *Do Electoral Systems Matter? Überlegungen am Beispiel Neuseelands [Do Electoral Systems Matter? Reflexiones sobre el ejemplo de Nueva Zelanda]*, Zeitschrift für Parlamentsfragen 35 (2), 2004, pp. 340-358.

toral en 1998 se pronunció a favor de un sistema electoral combinado según la comprensión del sistema alemán.⁴² Mientras en la ciencia política el debate sobre el sistema electoral perdió intensidad —Sternberger consideró a finales de los años setenta que debido a la práctica de las reglas de juego no se debería efectuar ninguna modificación que lo trastornaran en lo fundamental— los juristas y los matemáticos se quedaron con el balón; los juristas como consecuencia de la objeción contra “los absurdos” de la representación proporcional personalizada, que resultan de la vinculación de diferentes elementos de la regla decisoria (de acuerdo a la pluralidad en los distritos uninominales) y principio de representación (en el nivel de la integración del parlamento por los partidos). El TCF había participado de manera decisiva en esta preeminencia con sus sentencias en relación a la barrera legal, al sistema de doble voto y a los escaños excedentes. Los matemáticos de nuevo descubrieron los procedimientos de cómputo en sistemas de representación proporcional como campo de ejercicio de sus modelos matemáticos. Mientras a nivel internacional la gran mayoría de los países en los que se elige según la representación proporcional, se utiliza el sistema d’Hondt, o el más sencillo procedimiento (cuota Hare más resto mayor), en Alemania se introdujo el procedimiento Hare/Niemeyer, del que ahora se dice, llevaría a resultados paradójicos, y ahora el procedimiento Sainte Laguë/Schepers⁴³ que es muy complicado, trabaja con redondeos y agita el material numérico, hasta que surge la mejor proporcionalidad supuesta con ello.⁴⁴ Respecto a la igualdad de valor de logro, los juristas y matemáticos tienen una *idée fixe* común.

Si se considera que dado el desarrollo de un sistema de cinco partidos, corresponden menos componentes de los votos a aquellos dos partidos que hasta ahora estaban casi exclusivamente en la posición de obtener escaños uninominales, se hace entonces reconocible cuál componente formador de mayorías en forma de escaños directos se pierde precisamente en un tiempo, donde éstos bien podrían contribuir en su caso a la forma-

⁴² Véase Nohlen, Dieter, *Wahlrecht und Parteiensystem [Derecho electoral y sistema de partidos]*, 6a. ed., Opladen, Barbara Budrich, 2009, pp. 303 y ss.

⁴³ *Ibidem*, pp. 327 y ss.

⁴⁴ Pukelsheim, Friedrich, „Mandatszuteilungen bei Verhältniswahlen: Vertretungsgewichte der Mandate [Distribución de escaños en la representación proporcional: peso de representación de los escaños]“, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 83 (1), 2000, pp. 76-103.

ción de mayorías. Más allá de todas las sutilezas de la explicación en el surgimiento de escaños excedentes,⁴⁵ cada quien puede discernir que en una situación de fuerte concentración de los votos en dos (o dos y medio) partidos surgen pocos escaños excedentes, pero aumentan en la medida en que la parte de los votos totales de los dos grandes partidos disminuye, sin que terceros partidos puedan alcanzar escaños uninominales.

Por eso es razonable promover en la reforma del sistema electoral no sólo un arreglo “conforme a la Constitución”, sino también pensar en una sustitución del elemento de mayoría ahora suprimido, que precisamente estaría en la posibilidad de desenvolver un efecto relativo de formación de mayoría cuando la proporción (a pesar de la validez de una barrera legal, hoy común y corriente en casi todos los sistemas de representación proporcional) da rienda suelta a la desconcentración en el sistema de partidos políticos y a las crecientes dificultades en la formación de mayorías parlamentarias. Por la pérdida de escaños excedentes como recursos relevantes del elemento mayoritario en el sistema electoral alemán, la representación proporcional personalizada merece una compensación que favorezca la formación de mayorías parlamentarias, para no dejar surgir problemas de gobernabilidad *à la* Weimar.

⁴⁵ Véanse Grotz, Florian, *Die personalisierte Verhältniswahl unter den Bedingungen des gesamtdeutschen Parteiensystems. Eine Analyse der Entstehungsursachen von Überhangmandaten seit der Wiedervereinigung* [La representación proporcional personalizada bajo las condiciones del sistema de partidos alemán. Un análisis de las causas de surgimiento de los escaños excedentes desde la reunificación], *Politische Vierteljahresschrift* 41(4), 2000, pp. 707-729, y Behnke, Joachim, *Von Überhangmandaten und Gesetzeslücken* [De Escaños excedentes y vacíos legales], *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 52, 2003, pp. 21-28.