

DERECHO ELECTORAL Y CLAUSULA DE CIERRE

Algunas consideraciones generales de política constitucional

Profesor Dr. *Dieter Blumenwitz* *

A. FUNDAMENTOS

I. *El significado de la elección en una democracia*

1. "Todo poder público emana del pueblo", señala la disposición contenida en el artículo 20 inciso segundo de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, lo que puede calificarse, en forma simplificada, como el principio esencial de la democracia.

El pueblo es soberano y los organismos del Estado sólo pueden legitimarse invocando esta soberanía. La democracia se distingue, así, de otras formas de ordenamientos políticos, las que invocan para su legitimación una ideología "verdadera" o, como en la antigüedad, la gracia divina. Mediante esta definición la democracia se distingue, además, especialmente de una variedad de gamas que adopta la autocracia¹, pues señala en forma implícita que la totalidad del pueblo determina a los titulares del poder político y que éstos se deben a él, al pueblo soberano. Esta dependencia no puede, sin embargo, ser interpretada como un mandato imperativo, sino que meramente expresar en términos generales, que dichos titulares del poder político no actúan para sí y por propia justificación, sino que siempre como representantes del pueblo.

Si bien pueden concebirse una multiplicidad de modelos de estructuración práctica de la democracia, nos limitaremos aquí a tratar con especial énfasis sólo la democracia representativa, tal como la concibe, por ejemplo, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

2. Ya la frase siguiente del inciso segundo del artículo 20 de la Ley Fundamental alemana resalta la importancia de las elecciones en la democracia, al indicar que "Ese poder es ejercido por el pueblo en elecciones y plebiscitos . . .". Los plebiscitos, es decir, la decisión directa del pueblo respecto de determinados asuntos, son la excepción en la democracia como en el ordenamiento previsto

* Traducido por Martin Bruggendieck. Adaptación jurídica Dr. iur. utr. Teodoro Ribera Neumann.

¹ En este breve trabajo no se pretende, ni se puede, analizar a fondo el hecho que también los modelos contemporáneos de la autocracia invocan siempre para sí la voluntad popular para legitimarse, presentándose como sus ejecutores y/o auto-proclamando a un partido como su vanguardia o a un líder como su salvador; en mi opinión, la diferencia sustancial reside en el hecho que sistemas de esta índole siempre operan con una "volunte generale" construida de modo abstracto. Cfr. la profunda investigación de NOLTE, *Der Faschismus in seiner Epoche*, Munich, 1963, especialmente las páginas 65 y siguientes y 147 y ss.

por la Ley Fundamental de la R. F. de Alemania. El acento está pues claramente puesto en las elecciones ².

El derecho a voto constituye en este contexto el "derecho por excelencia" del ciudadano en la democracia; con su voto decide sobre las orientaciones fundamentales de la sociedad y consagra en sus cargos a los representantes en el parlamento.

II. *El significado del derecho a voto en su sentido estricto*

1. La estructuración del proceso electoral, es decir, el derecho a voto en su expresión técnico-legal, es en modo alguno una materia legislativa más. A este derecho a voto más bien compete una función significativa, una decisión previa, incluso para la estructuración concreta del ejercicio del poder por el pueblo soberano. El derecho electoral tiene que crear los supuestos para una verdadera vida democrática y parlamentaria, debiendo responder a la finalidad misma de las elecciones, tal es, representar la expresión de la voluntad del pueblo soberano en el Parlamento, como lo constata el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ³.

2. De ahí entonces que se deriven determinados principios a los que debe responder un derecho electoral democrático. El artículo 38 inciso primero de la Ley Fundamental alemana los determina de modo ejemplar, al prescribir que han de ser generales, igualitarias, libres y secretas.

a) El que sean generales es algo que casi se subentiende en la perspectiva democrática contemporánea. Significa que todos los ciudadanos tienen derecho a voto apenas alcancen la edad que se ha estipulado para sufragar. Con esto queda prohibida la exclusión de grupos enteros de individuos, como de aquellos carentes de fortuna personal o el de las minorías de todo tipo. La inclusión textual de este requisito resulta comprensible cuando se analiza a la luz de la historia del derecho electoral; todavía en el siglo XIX el derecho a voto estaba subordinado a determinados supuestos de propiedad y educación. Así, en la Inglaterra sólo pudieron votar los propietarios de viviendas y de bienes inmuebles; en la Francia de la Restauración el derecho a voto estuvo sujeto al censo de fortuna.

b) El principio de la elección igualitaria constituye un caso de aplicación del principio de la igualdad general (BVerfGE 13, 12, 246). En lo funda-

² Es discutido hasta qué punto una componente plebiscitaria es conjugable con las ideas fundamentales de la democracia representativa sin incurrir en interferencias de las funciones propias de ésta. Las experiencias de la República de Weimar imprimieron un sesgo más escéptico a los padres de la Ley Fundamental alemana, dado que con la apelación directa al pueblo soberano el equilibrio de los poderes puede escapar demasiado fácil del control. Eso sucede especialmente cuando un organismo del Estado de por sí provisto de una plenitud de facultades, como lo era el Presidente del Reich en la República de Weimar, apelaba directamente al pueblo en contra del Parlamento. A nivel de Estados federados alemanes, las experiencias con el plebiscito y la iniciativa popular pueden evaluarse bajo determinadas premisas como altamente positivas, especialmente cuando juegan determinados supuestos de permisibilidad, como en el caso de Baviera.

³ Así, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisiones del Tribunal Constitucional Federal), tomo 1, págs. 247 y ss. (a citarse como BVerfGE 1, 247 y siguientes).

mental afirma este principio que en la esfera de la formación de la voluntad política todos los ciudadanos deben ser valorados de igual forma. Con ello queda prohibida una evaluación de los votos según la educación, la fortuna personal, la religión, etc., del votante, pues esto se opondría a los principios democráticos (BVerfGE 6, 91) ⁴.

El verdadero problema en esta materia, tal es, del valor igualitario de cómputo y del valor final de los votos, se presenta recién con el análisis de los diversos sistemas electorales, por lo que será tratado en ese contexto.

c) Libertad de elección significa que el ciudadano ha de tomar su decisión sin mediar presión estatal, política o económica ⁵.

d) El principio del voto secreto está destinado a garantizar directamente la emisión del sufragio.

3. Debe señalarse, eso sí, que dentro del marco de esos principios el legislador dispone de un amplio espacio para dar forma a las disposiciones pertinentes, como lo ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional Federal de la R. F. de Alemania en los fallos antes mencionados. El legislador está especialmente facultado, por tanto, para escoger entre los diversos sistemas electorales. El análisis de los mismos ocupará la parte principal de este trabajo, que se entrega a continuación ⁶.

B. SISTEMAS ELECTORALES

I. Generalidades

1. Ya con anterioridad se expusieron los requerimientos básicos que debe respetar una legislación electoral democrática, señalándose asimismo que existe un amplio espacio para darle forma en consideración a que diversos caminos pueden conducir a idéntico fin. Pero antes de proceder a presentar en detalle diversos sistemas electorales, es necesario analizar brevemente un elemento que debe considerarse para su regulación.

2. Como se indicó, el organismo emanado de la elección, el Parlamento, debe representar fielmente al pueblo. En el marco de la separación de las funciones del Estado, que constituye otro de los principios de la democracia liberal, el Parlamento cumple una función determinada. Por una parte debe representar al pueblo en su generalidad y ser, en términos ideales, una imagen "fotográfica" de ese pueblo, dando expresión a la multiformidad del mismo; por otra, tiene en un sentido más estricto y técnico la función de cumplir las tareas legislativas, de organismo contralor del ejecutivo y, en términos generales, aquella de formar el gobierno. Esto último puede verificarse de modos disí-

⁴ Un ejemplo histórico muy conocido de la evaluación de los votos de acuerdo al patrimonio o fortuna personal (y status social) es el derecho electoral de tres clases de Prusia.

⁵ Un transcurso concreto es la celebración de elecciones dirigidas o la mera aclamación de listas unitarias en sistema autoritarios o totalitarios.

⁶ También se pensó aquí en los actos eleccionarios aclamatorios, como los de los países socialistas, donde, por ejemplo, el empleo de una cabina electoral es objeto de descrédito y conduce irremediamente a la sospecha de ser un objeto de la "disidencia". Conjuntamente con la presión del Estado sobre los "desviacionistas", ello genera, por supuesto, al obligado 99% de los votos favorables.

miles: ya sea eligiendo al Jefe de Gobierno (y eventualmente también de los diversos integrantes del Gabinete del Gobierno) de entre las filas de la Asamblea, o confirmando (voto de confianza) al Jefe de Gobierno o de Gabinete, tal vez propuesto por el Jefe de Estado, etc. En el transcurso del desarrollo histórico desde la monarquía constitucional hacia la democracia parlamentaria, el centro de gravedad también sufrió una alteración en la relación Parlamento-Gobierno. Si originalmente el Parlamento estaba contrapuesto "in corpore" al ejecutivo, dominado y dirigido por el monarca, como su organismo contralor, en la actualidad se enfrentan el gobierno (la mayoría del gobierno) y la oposición (la minoría que forma la oposición) en el seno del parlamento. En esta situación, la mayoría ya no se entiende, al menos en cuanto a su función principal, como el organismo contralor, sino que como apoyo al gobierno emanado de sus filas; la tarea del guardián es asumida, así, por la minoría de la oposición. Con ello, el modo de observación de la función del Parlamento se ve necesariamente desplazado en dirección a la "formación de una mayoría capaz de actuar", lo que implica la formación de un gobierno capaz de actuar.

A esto se une que bajo condiciones de una democracia de masas, la formación de la voluntad política se verifica en mayor o menor grado ya sólo a través de los partidos, en calidad de organizaciones consolidadas (Estado partidista). Bien puede aceptarse o rechazarse esta circunstancia, pero este hecho se sustrae nitidamente de la estructuración de la vida política. Todos los intentos hasta aquí realizados de menguar el papel jugado por los partidos políticos han tenido escaso éxito⁷. Esta circunstancia condujo, al menos en la R. F. de Alemania, a la conclusión de que el derecho electoral "debía ser conformado de modo tal, que de las elecciones surgieran mayorías facultadas para gobernar"⁸. Con toda la crítica que es posible formular en principio a esta concepción, no debiera desde luego pasarse por alto que aquí también se hace necesaria una orientación de acuerdo a las realidades políticas: un Parlamento fragmentado, legislativamente incapacitado e imposibilitado de formar un gobierno, conducirá, justamente bajo condiciones de una democracia escasamente consolidada y arraigada en el pueblo, a un inmovilismo partidista, parlamentario y estatal, que eventualmente puede provocar un llamado en pos de un "hombre fuerte"⁹.

En consideración a la premisa antes mencionada, daremos en adelante por sentado el objetivo de crear un Parlamento capacitado para actuar. Procede-

⁷ ¡Y esto a pesar de que no se ha considerado la influencia subterránea, difícilmente evaluable de los grupos de presión!

⁸ SCHMIDT/BLEIBTREV, *Kommentar zum Grundgesetz*, pág. 577. Este reflejo se explica también por la experiencia de la época de Weimar, con sus coaliciones parlamentarias inestables, caracterizadas por mayorías constantemente cambiantes. Esta tendencia fija de crear condiciones de gobierno estables marca a la Ley Fundamental alemana también en otros pasajes. Por ejemplo, en la institucionalización del llamado "voto constructivo de desconfianza", es decir, el Bundestag puede deponer un Canciller Federal únicamente si a la vez elige a su sucesor (art. 67, inciso primero de la Ley Fundamental).

⁹ La incapacidad de los partidos políticos de unirse condujo justamente en la época de Weimar a la descalificación del Parlamento como "antro del chisme" y suscitó en amplios círculos, incluyendo el de los más educados, una profunda reticencia respecto al sistema parlamentario. Véanse sobre este particular las "Betrachtungen eines Unpolitischen", de Thomas Mann.

remos, entonces, a analizar más de cerca los tipos principales de sistemas electorales, es decir, el sistema mayoritario y el sistema minoritario de elecciones ¹⁰.

II. *El sistema mayoritario de elecciones. Ventajas y desventajas*

1. El sistema mayoritario de elecciones es fácil de representar en su forma clásica: en cada circunscripción electoral se elige directamente a un representante al Parlamento. Elegido resulta aquel que reúne en su persona la mayoría de los votos válidamente emitidos ¹¹.

Las ventajas de este sistema resultan seductoras a primera vista y son mencionadas repetidamente por la literatura especializada, principalmente en referencia al caso de la Inglaterra:

— Se trata esencialmente de una elección de personalidades. Se previene el surgimiento de aparatos partidistas “ajenos al pueblo” y la influencia ejercida por éstos, dado que un candidato designado únicamente en base a consideraciones internas del partido carecería en la práctica de una opción real.

— El contacto entre elector y elegido es estrecho, pues el representante sólo puede acceder al Parlamento a través de “su” circunscripción y porque en ella es conocido y accesible a sus electores. Este hecho, además, le es imprescindible para conservar sus posibilidades electorales.

— El ejemplo británico demuestra, según sus partidarios, que el sistema mayoritario de elecciones conduce a mayorías definidas, ejerciendo en forma imperativa una concentración del mundo partidista, lo que resulta saludable para la capacidad de acción del Parlamento.

2. Es, por otro lado, esta referencia al mundo político británico lo que nos obliga a ser cautelosos respecto de la generalización de las ventajas del sistema mayoritario de elecciones. Sus desventajas son menos manifiestas pero existentes, habiendo suscitado incluso en la Inglaterra no pocas críticas.

a) Si bien es efectivo que el sistema mayoritario de elecciones de hecho ha favorecido en la Gran Bretaña un sistema bipartidista, generando por regla con ello también una mayoría estable, cabría preguntarse si acaso no se ha confundido la causa con el efecto y si la mera transferencia a condiciones totalmente diferentes no podría traer efectos totalmente contrarios y eventualmente indeseados.

Un vistazo a la historia nos enseña que el desarrollo de la Inglaterra en dirección a la democracia parlamentaria transcurrió de modo relativamente

¹⁰ Desde luego, en el marco de este breve trabajo sólo es posible una elaboración de los rasgos fundamentales. Dentro de los sistemas básicos puede pensarse en una gran variedad de posibilidades de estructuración. Tampoco entraremos mayormente en la diferencia entre elecciones directas e indirectas, esta última como las norteamericanas, en que operan electores secundarios o compromisarios. La elección de listas en el sistema proporcional de elecciones es tratado como un caso especial en la elección indirecta (Cfr. BVerfGE 21, 355 y ss.).

¹¹ Una ligera modificación sería la exigencia de una mayoría calificada en la primera vuelta electoral, alrededor del 50% de los votos. Si ningún candidato obtiene esta cifra, se requiere de una segunda vuelta entre los dos candidatos con el mayor número de votos (como en la Francia hasta la introducción de la elección proporcional y nuevamente desde hace poco).

constante, siguiendo una línea generalmente continua. Con todas las diferencias regionales allí existentes, bien puede partirse de una tradición democrática consolidada y de una relativa homogeneidad de la estructura social y estatal. También el sistema británico de partidos creció en un dilatado proceso histórico y no surgió de un modo artificial.

b) Sin embargo, las mencionadas ventajas del sistema mayoritario de elecciones podrían revertirse en serias desventajas bajo condiciones estructurales distintas.

El estrecho vínculo del representante con "sus" electores conduce fácilmente a la acentuación de los intereses meramente locales y al abandono de los puntos de vista más amplios, ya que la experiencia indica que al elector promedio le interesa menos aquello que se decide en relación a temas abstractos, como defensa o presupuestos nacionales, que lo que dice relación a sus intereses inmediatos. El representante, a su vez, piensa —si bien no típicamente pero a menudo en la práctica— antes que nada en su reelección, por lo que actuará en primera línea en dirección a lograr la mayor cantidad de ventajas para sus electores¹². Mientras menos se encuentre arraigada una democracia en un determinado pueblo y menos aceptado se encuentre un modelo social por el pueblo, tanto más se manifestará por naturaleza este efecto. Basta pensar en un Estado con una estructura social no homogénea, grandes diferencias regionales, problemas de minorías y deficiente integración de grupos diversos, para percatarse que los peligros son evidentes.

c) También el énfasis de la elección de personalidades guarda su lado sombrío, especialmente cuando en la población predomina una adhesión marcadamente caudillista. Por un lado, los expertos en determinadas materias, carentes de habilidades carismáticas, tendrán dificultades en ser elegidos, aunque el Parlamento requiera de ellos para hacer frente al conocimiento especializado del ejecutivo; por otro lado, existe el peligro que resulten elegidos los caudillos locales, que casi siempre lucen sólo por su talento demagógico. Mientras mayor sea la inclinación de la población a elegir a tales figuras dirigentes, tanto más habrá que ponderar este peligro. Bajo condiciones estructurales agrarias socialmente estratificadas, como a menudo se dan en Latinoamérica, y en un mundo escasamente orientado de acuerdo a proposiciones programáticas, no cabe destacar la posibilidad de que los oligarcas locales conviertan al Parlamento —respaldados para ellos por su clientela electoral— en un instrumento de sus intereses localistas.

d) Junto con estas reservas más programáticas, también cabe expresar otras más fundamentales a la hora de pensar en las condiciones generales que generan estructuras no homogéneas.

aa) Los efectos estabilizados del sistema mayoritario de elecciones han sido constatados en una estructura social relativamente homogénea y con un sistema de partidos consolidados. El sistema mayoritario de elecciones conduce,

¹² En los Estados Unidos de Norteamérica se aprecia una y otra vez que el Presidente de la República en la práctica debe "comprar" el apoyo del Parlamento mediante la satisfacción de demandas sumamente locales, presentadas por los respectivos representantes. Ello especialmente en cuestiones de política exterior, que apenas interesan a nivel local.

eso sí, por la concentración en favor de la mayoría en la circunscripción electoral, fácilmente a la formación de baluartes regionales y locales. Con una estructura relativamente equilibrada en todo el Estado, esto por regla general se compensará. Por ejemplo, en la Gran Bretaña, los laboristas tienen sus baluartes en el norte del país y en la Escocia, mientras los conservadores los detentan en el sur y en las áreas rurales, siempre como consecuencia de estructuras sociales y tradiciones diferentes. Las restantes circunscripciones pueden considerarse como relativamente "abiertas".

Por otra parte, con una regionalización muy marcada puede suscitarse fácilmente una escisión entre las regiones, hasta el punto, incluso, que algunas pasen a ser dominadas unilateralmente por un solo partido.

bb) El mismo efecto puede también observarse con la concentración de minorías étnicas en determinadas regiones: Allí donde estas minorías poseen localmente la mayoría electoral, los partidos de minoría resultan prácticamente imbatibles. Esto es también valedero en el caso de estructuras socioeconómicas extremadamente diferentes, como, por ejemplo, en el caso de una marcada diferencia entre lo urbano y lo rural.

En los casos antes señalados, un sistema mayoritario de elecciones puede actuar desintegradoramente, ya que los delegados de las mayorías de una región tenderán a representar a aquélla como un todo en el Parlamento.

Dados tales supuestos, tampoco resultará difícil comprender que el sistema mayoritario de elecciones no fomenta en modo alguno la concentración del espectro partidista a nivel nacional, sino que por el contrario, incentivará el surgimiento de los partidos de raigambre regional; en lugar de estabilización se obtendrá, a fin de cuentas, más bien una descomposición nacional.

e) El sistema mayoritario de elecciones también plantea problemas en relación a la representatividad del Parlamento.

Con seguridad sería irreal postular que el Parlamento es un espejo fiel del pueblo; si se pretendiera insistir en esto con seriedad, habría que proponer cuotas profesionales, gremiales, etc., de representantes, lo que contradeciría aún más los principios electorales democráticos. Lo que sí podría exigirse, es que al menos la gran mayoría de los ciudadanos se sienta realmente representada por lo que ella ha elegido, no obstante que este componente psicológico no pueda ser objeto de medición.

Un problema immanente al sistema mayoritario de elecciones es justamente la "perdida", en caso extremo, del 49,99% de los sufragios de una circunscripción electoral. El valor de cómputo de los sufragios será siempre el mismo, pero el efecto de utilidad puede ser igual a cero en el caso aquí planteado. Con estructuras homogéneas, puede confiarse, por regla, en que esto se compensará a nivel nacional. Sobre este particular también puede argumentarse que la "premiación" del partido relativamente más fuerte debe aceptarse en interés de un Parlamento capaz de actuar. Con todo lo "injusto" que puede ser en este sentido un sistema mayoritario de elecciones queda demostrado de un modo casi patético por el destino de la Alianza liberal-socialdemócrata en la Gran Bretaña, que a nivel nacional cuenta con un respaldo promedio de entre un 20 y el 25 por ciento del electorado, pero que en consideración a la carencia de baluartes electorales apenas tiene la opción de elegir un puñado de representantes.

Mientras menos homogénea sea la estructura de un país, tanto mayor serán los efectos distorsionadores. De esto puede concluirse que, a partir de un cierto grado de no-representación, grupos completos de habitantes de un Estado ya no se sentirían participando, con todas las consecuencias negativas que ello acarrea. Lo mismo ocurriría en el caso de existir minorías, quedando así éstos u otros grupos de algunas regiones sin posibilidad de exponer directamente sus planteamientos.

A pesar de las ventajas del sistema mayoritario de elecciones, que no pueden discutirse, cabe advertir contra una irreflexiva transposición del "modelo británico" a circunstancias totalmente diversas.

III. *El sistema proporcional de elecciones*

1. A diferencia del sistema mayoritario de elecciones, en el sistema proporcional puro los sufragios de todos los electores son sumados, para que luego los mandatos sean asignados en forma porcentual a los diversos partidos. La ventaja de este sistema radica, antes que nada, en una vasta representatividad de los diversos estamentos sociales. Al tener cada voto el mismo efecto sobre el resultado, la justicia electoral estaría así plenamente asegurada.

2. A menudo se visualiza como una desventaja del sistema proporcional puro de elecciones que el elector en la práctica no ejerce una influencia en la selección de la persona del representante, pues sólo puede entregar su voto a una de las listas, considerándose cada una de ellas como un todo. Esto acrecienta la influencia de los partidos políticos en la composición de los Parlamentos, pero permite, desde un punto de vista positivo, la elección de "expertos", lo que, si bien aminora el contacto personal entre el electorado y el elegido, concede mayor espacio a la influencia de los grupos de interés en la proposición de los candidatos. Esto puede contribuir, eso sí, entre otras cosas, a una actitud de fondo más pasiva de muchos electores. Una modificación, en el sentido que el elector pueda escoger candidatos individuales en la lista, sólo puede concebirse a nivel local o, en caso extremo, regional, ya que sólo en un espacio posible de ser abarcado por el individuo son conocidas verdaderamente las personalidades de los candidatos. En el caso ya mencionado de las estructuras sociales no-homogéneas se presenta el peligro de combinar las desventajas del sistema mayoritario de elecciones, ligado a personalidades, con aquellas del sistema proporcional de elecciones. Así, los caudillos locales son elegidos y llevados al primer plano, mientras paralelamente acontece una fragmentación de los votos entre muchos partidos.

Sin embargo, las listas de partidos también pueden actuar en favor de la integración, especialmente cuando la estructura social no es demasiado homogénea, contribuyendo de esta manera a la existencia de partidos nacionales y velando por una representatividad relativamente pareja de todos los grupos y regiones.

3. El sistema proporcional puro de elecciones, que aquí se ha expuesto, alberga, indudablemente, el peligro de la fragmentación de los votos. Es evidente que será más atractivo para todos formar un partido político para concurrir a las elecciones, incluso para los grupos pequeños, asociaciones de interés, minorías, etc., mientras menor sea el riesgo de fracasar en ellas. Tales partidos de interés, por regla, tendrán sólo presente sus necesidades particulares,

teniendo poco que aportar a la solución de los problemas generales de la sociedad¹³.

También es fácil de apreciar que tales partidos de interés lograrán llegar sólo con enorme dificultad a un acuerdo constructivo con otros partidos. Una unidad en cuestiones relativas al bien común, como seguridad interior y exterior, finanzas públicas, etc., muchas veces será sólo posible a través de rodeos por las más amplias consideraciones de todos los intereses particulares.

4. De lo afirmado también se desprende nítidamente que en un universo político así de fragmentado la formación de un gobierno capaz de actuar será sólo posible bajo grandes dificultades y una infinita secuencia de negociaciones en pos de los acuerdos, dado que deberán considerarse todos los intereses particulares de las fracciones representadas. Consecuencia de tal situación serán mayorías cambiantes, gobiernos de minoría, con una muy restringida capacidad de actuar, paralización de los partidos por alas contrapuestas, alas radicales en éstos, etc.

5. No faltará quien indique que ello debe aceptarse en aras del interés de la multiplicidad de las opiniones y de representación de la voluntad popular. Lo cierto es que ello puede aceptarse sólo en una democracia consolidada y con una situación económica "normal". En tiempos de crisis, empero, se hace imperativa una conducción efectiva de la sociedad, pues la autoparalización de las fuerzas políticas conduce prontamente, como lo prueba la experiencia, a la búsqueda de otro tipo de soluciones y las posiciones extremas y los movimientos de protesta alcanzan un auge amenazante¹⁴.

Si se traslada este escenario a una democracia poco consolidada o a un país con una estructura social y política inestable, la experiencia demuestra que el fraccionamiento político será el camino más seguro hacia la institucionalización de la crisis permanente.

6. Para prevenir esta amenaza se vinculó, especialmente en la República Federal de Alemania, el sistema proporcional de elecciones con la llamada Speerklausel (cláusula de cierre o ley del umbral). La más conocida de las aplicaciones de este mecanismo es justamente la alemana, contenida en su Ley Federal de Elecciones, según la cual un partido necesita a nivel federal del 5% de los votos emitidos¹⁵ para lograr ser considerado a la hora de la asignación de los mandatos. Además de esta cláusula a nivel federal, también cabe de concebir la aplicación de otras homónimas a nivel regional, como, por ejemplo, el requerimiento del 10% de los sufragios en cada circunscripción en el Estado de Baviera, o combinaciones entre la asignación de varios mandatos en una circunscripción y una cláusula de cierre a dicho nivel. Una ley del umbral

¹³ La frase de Charles Maurras, en el sentido que el interés público carece de voz, mientras los intereses particulares ladran de día y de noche (citado por Nolte, op. cit.) tendría en este caso plena justificación.

¹⁴ Así en la fase ulterior de la República de Weimar, en Italia antes del triunfo del fascismo, en Polonia antes de la toma del poder por Pilsudsky: en todos los casos, un Parlamento de hecho desprovisto de toda capacidad de acción debido a la atomización del universo partidista se vio enfrentado indefenso a los desafíos que se le presentaron.

¹⁵ O tres mandatos directos. Ello emana del sistema de mandatos de circunscripción electoral y de listas de la Ley Federal de Elecciones de la R. F. de Alemania.

así estatuida constituye, quierase o no, una ruptura del principio de la elección proporcional, es decir, de la consideración igualitaria de todos los votos emitidos. Aquellos votos que fueron depositados en favor de los grupos que no alcanzaron el porcentaje mínimo exigido, no se computan en su favor, sino que se "pierden". Debe considerarse, además, que indirectamente surten un efecto contrario, pues los mandatos son repartidos entre los partidos que acceden al Parlamento, con lo cual al partido relativamente más fuerte le basta, en perspectiva puramente matemática, un porcentaje de votos muy inferior al 50% para alcanzar la mayoría absoluta de los mandatos.

a) Una de las principales objeciones a la ley del umbral ha sido desde siempre la acusación de que lesiona la igualdad del derecho a voto. Aquí surge, entonces, el ya mencionado problema del valor del cómputo y del valor final.

En el marco del valor del cómputo puro, la ley del umbral no atenta contra el principio de la igualdad del derecho a voto (cada ciudadano con derecho a voto puede depositar la misma cantidad de votos y cada voto tiene igual valor). El problema reside más bien en la igualdad del valor final (cada voto debe alcanzar igual consideración en el resultado electoral y debe surtir igual efecto sobre la distribución de los mandatos). En este sentido, efectivamente existe un trato desigual, dado que los votos que corresponden a grupos fracasados, por no alcanzar el porcentaje mínimo exigido, no se consideran. Como ya se indicó, el principio de la igualdad de las elecciones constituye un caso de aplicación del principio de la igualdad. Pero en el caso de este último, están permitidas diferenciaciones fundadas en hechos objetivos¹⁶. Como ya fue señalado, una de las metas es asegurar la capacidad de funcionamiento del Parlamento. Que su funcionamiento se vea lo menos dificultado por un fraccionamiento extremo del universo partidista es algo que salta a la vista.

Cabrá, entonces, ponderar la capacidad de funcionamiento del Parlamento con la exigencia del valor final esencialmente igual de todos los votos emitidos, así como con la igualdad de opción de los partidos políticos. Por tal razón el Tribunal Constitucional Federal de la R. F. de Alemania ha declarado admisible la cláusula de cierre en toda la jurisprudencia dictada al respecto, a fin de asegurar la capacidad de funcionamiento del Parlamento. Ello no obsta, eso sí, que haya establecido límites al respecto.

b) La crítica se enciende, y se ha encendido, especialmente respecto de un concepto, tal es el de "minipartido" y cuyo surgimiento en realidad se ha buscado evitar. Probablemente no existe un concepto de validez universal. Como aproximación se podrían definir como grupos numéricamente pequeños, caracterizados por intereses especiales bien definidos. El hecho que un sinnúmero de tales partidos se encuentren representados en el Parlamento, dificulta obviamente la formación de una mayoría.

c) Más peso ejerce seguramenae la objeción que la cláusula de cierre dificulta desproporcionadamente la fundación de nuevos partidos, conduciendo, así, a un anquilosamiento de la vida política. Este efecto es tal vez innegable, pero por otro lado podrá argumentarse, si se reconoce como un valor

¹⁶ Así la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en relación a la ley electoral. Véase especialmente BVerfGE 51, 223 (243 y ss.). De acuerdo a la "fórmula clásica", lo igual no debe ser tratado de modo desigual y lo desigual de modo igual.

la capacidad de funcionamiento del Parlamento, que no es absolutamente necesario que toda tendencia de moda alcance de inmediato una representación parlamentaria. Tópicos identificados por vastos círculos de la población como demandas serias, como los grupos que abogan en su favor, generalmente logran imponerse y acceder a una representación parlamentaria, como bien lo ilustra el ejemplo de los "verdes" en la R. F. de Alemania.

Por otra parte, no debiera subestimarse la capacidad de innovación justamente de los partidos tradicionales, en consideración a que a menudo nuevos problemas y temas en ellos encuentran la debida acogida¹⁷.

7. Respecto a si la cláusula de cierre ha sido o no adecuada para alcanzar los efectos de ella esperados, es algo que no está ajeno a las discusiones.

a) En la R. F. de Alemania la valla del 5% ciertamente ha contribuido a una concentración de los partidos. Claro que justamente las primeras elecciones para el Parlamento alemán nos enseñan que los grupos de interés relativamente pequeños pero fuertes son suficientemente poderosos para superar dicha barrera.

La desaparición de los grupos regionales o de interés debe buscarse, casualmente, en la integración de los electores representados en otras organizaciones políticas. La cláusula de cierre seguramente aportó lo suyo a esta realidad. El hecho que un movimiento de protesta temporal pueda diluirse rápidamente por el fracaso ante un acto electoral motivado por el derecho electoral, queda demostrado en el caso del Partido Nacionaldemocrático de Alemania, de corriente ultranacionalista, tras su estrecha derrota en las elecciones para renovar el Parlamento Federal alemán en el año 1969. Claro que en este caso también debe buscarse la causa principal de este resultado en los cambios del medio ambiente político y espiritual y no sólo en las disposiciones electorales.

b) Por tal motivo, cabe advertir contra la impresión que la cláusula de cierre pudiera ser la "panacea" en contra de la inestabilidad. Ella puede surtir un efecto disuasivo frente a las nuevas creaciones de partidos políticos y fracciones de poca importancia; puede contribuir a refrenar los movimientos de protesta y a acelerar la desintegración de los grupos particularistas o, desde una perspectiva positiva, fomentar la integración de éstos en las estructuras de los partidos enraizados en el pueblo. Y justamente en el caso de las estructuras regionales muy poco homogéneas con un comportamiento electoral fuertemente personalista, una cláusula de cierre puede con seguridad contribuir a impedir el surgimiento de grupúsculos unidos en torno a un líder local. Lo decisivo, en todo caso, será siempre la estructura política fundamental, siendo el derecho electoral únicamente un elemento de auxilio.

c) En Estado con problemas de minoría, una ley del umbral puede producir delicadas consecuencias. Por una parte vemos que los partidos representativos de minorías concentradas localmente son de difícil integración; por otra, la total ausencia de la minoría en el Parlamento probablemente puede ser aún más delicada, pues la conclusión psicológica al hecho de no estar representado es generalmente no sentirse parte del Estado. En este caso especial, cabría considerar regulaciones especiales a fin de asegurar una adecuada representa-

¹⁷ Así la reglamentación para la minoría danesa en el estado federado de Schleswig-Holstein.

ción de las minorías, como, por ejemplo, un quórum más bajo para una o más bancas de la circunscripción.

8. Para que una cláusula de cierre pueda realmente desplegar su eficacia, es de gran importancia el porcentaje de sufragios mínimos exigidos.

a) Un umbral electoral muy bajo, de un 1% ó 2%, en la práctica carece de efecto práctico (véase el ejemplo de Israel, con un 1% y los diversos grupos pequeños en su Parlamento). Un umbral muy alto, de un 10%, por otra parte, toca problemas relativos al problema de la igualdad, pues la diferenciación debe ser tanto provechosa como adecuada. En la evaluación de los bienes jurídicos, la igualdad no debería ser pasada por alto. Además, la exclusión de la vida parlamentaria de grupos relativamente grandes e importantes no carecería de problemas político-constitucionales, dado que de ella con mucha facilidad surgen el inmovilismo estatal y el camino hacia formas de oposición extraparlamentarias.

b) El nivel adecuado del umbral difícilmente puede fijarse en términos absolutos y abstractos. El Tribunal Constitucional Federal alemán declaró conforme a la Ley Fundamental el umbral del 5%. De acuerdo a la opinión actual de la doctrina esta cláusula resultó efectiva, también en relación al nivel que fija¹⁸. Bajo otras circunstancias pueden parecer indicadas otras cifras que oscilen en torno a dicho guarismo.

9. Finalizando, procederemos todavía a un análisis de la posibilidad de fijar cláusulas de exclusión a nivel de circunscripción electoral y de región.

a) Cabría pensar en una estructura como aquella que impera en Baviera, de un 10% por circunscripción. Lo arriba señalado halla aquí también plena validez. Una estructura como ésta parece ser adecuada cuando se quiere hacer justicia a regiones con una arraigada tradición propia, que, sin embargo, no llegarían a tener representatividad a nivel nacional, o a baluartes regionales extremos, estructuralmente condicionados.

En el caso opuesto, es decir, cuando existe una exagerada orientación de la vida política de acuerdo a la capital nacional, tal regionalización contenida en la ley electoral podría contribuir a la descentralización y al fortalecimiento de la autonomía regional o, a lo menos, a frenar el crecimiento, en la América Latina, del tan conocido fenómeno de la casta política capitalina, desvinculada de la base electoral. Por otra parte, en el caso de una "vida autónoma" excesivamente marcada en determinados territorios, la concentración en las regiones podría incluso fomentar movimientos separatistas latentes. Aquí nuevamente queda en evidencia que tales problemas son predominantemente de naturaleza político-constitucional y no de carácter meramente jurídico.

b) También sería posible concebir una ley del umbral en la circunscripción electoral, cuando en éste se asignan varios mandatos. Mientras menor sea el número de mandatos a elegir en una circunscripción, tanto menores serán las posibilidades de los partidos pequeños de acceder a una representación, por lo que la ley del umbral parece ser aquí innecesaria. En grandes circunscripciones electorales, por ejemplo cuando se eligen nueve o más representantes, el número de sufragios por mandato disminuye, pudiendo así la

¹⁸ El que aquél haya fracasado apenas por un límite numérico califique ésta de injusta, en un caso particular, es parte de la naturaleza de tales límites rígidos y no se limita al derecho electoral.

ley del umbral desplegar su efectividad. Tal método de asignación de los mandatos puede contribuir al fortalecimiento del nivel local de la política. Pero también es posible que se suscite el efecto combinado de las desventajas del sistema mayoritario de elecciones y aquéllas del sistema proporcional, tal es, la elección únicamente de caudillos locales interesados en determinados intereses de su circunscripción, combinada con una fragmentación de los votos en muchos partidos. En el caso de un universo partidista poco consolidado y de estructura no homogéneas, este efecto suele presentarse con facilidad.

C. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha expuesto en este trabajo, cada sistema electoral presenta sus ventajas y desventajas específicas. Cuál resulta más recomendable será siempre una cuestión política que sólo podrá decidirse con miras a la situación concreta. Lo que cabe destacar, eso sí, es que el sistema electoral será únicamente un elemento auxiliar, no obstante, para sanar debilidades estructurales de la vida democrática.

En una democracia consolidada, podría afirmarse de modo casi exagerado, la cuestión del sistema electoral seguramente será secundaria, sin perjuicio que bajo circunstancias inestables pueda ejercer valiosas correcciones. Cabe evaluar, en todo caso, tanto los peligros específicos de la personalización localista extrema como las acechanzas del fraccionamiento de los partidos y de las listas anónimas. Aquí tal vez valga recomendar un equilibrado camino basado en un sistema proporcional de elecciones con una ley del umbral a nivel regional.