

LEGISLACION ELECTORAL Y CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES: LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LOS PARTIDOS POLITICOS EN LAS PRIMERAS ELECCIONES GENERALES DE LA NUEVA R. F. A.

(Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de
29 de septiembre de 1990)

PEDRO CRUZ VILLALON

La Sala 2.^a del Tribunal Constitucional Federal alemán, en los conflictos entre órganos y recursos de amparo acumulados interpuestos frente a la modificación de la Ley Electoral Federal (LEF), contenida en la Ley de 29 de agosto de 1990, ha declarado la inconstitucionalidad de la ya vigente (art. 6.6) cláusula de porcentaje mínimo (CPM), o *Sperrklausel*, del 5 por 100, «en cuanto se refiere a todo el territorio electoral, a aplicar en las primeras elecciones a la Dieta Federal a celebrar en la totalidad del territorio alemán», como contraria a la igualdad de oportunidades de los partidos políticos (art. 21.1 LFB) y a la igualdad de voto (art. 38.1 LFB). Igualmente, y por los mismos motivos, ha declarado la inconstitucionalidad de la nueva disposición transitoria de la LEF (art. 53.2), por la que se pretendían suavizar las consecuencias del mantenimiento de dicha CPM en las primeras elecciones panalemanas mediante la autorización de «uniones de listas» que no concurriesen en un mismo *Land*.

El TCF parte de la ratificación de su doctrina anterior en relación con la igualdad de oportunidades de los partidos políticos, y en particular con la CPM: estricta igualdad formal con exclusión de diferencias en el «valor de cómputo» y en el «valor de éxito» de los votos [*BVerfGE* 51, 222 (234); 78, 350 (357)], compatible con mecanismos (CPM) que fomenten una democracia operativa que ha optado por un sistema de representación proporcional [*BVerfGE* 1, 208 (247)]. Ahora bien: ello no puede ser entendido como una legitimación incondicional de la cláusula del 5 por 100: «Una valoración de la CPM divergente de la hasta ahora existente puede resultar necesaria —aunque sea de modo transitorio— cuando las circunstancias

cambian sustancialmente en el seno del Estado, por ejemplo, en el caso de una notable ampliación del ámbito de vigencia territorial de la Ley Electoral a un territorio con otra estructura de partidos poco antes de unas elecciones.» En tal caso, el legislador tiene abiertas varias opciones (supresión, suavización de la CPM), con tal de que, ante todo, se mantenga *neutral*.

El TCF entiende que las primeras elecciones panalemanas se producen en circunstancias especiales, únicas incluso, que el legislador debe, por tanto, tener en consideración en la regulación de la CPM. Por el contrario, el mantenimiento indiferenciado de la cláusula del 5 por 100, extendida a todo el territorio alemán, tiene consecuencias mucho más gravosas para los partidos de la ex RDA que para los partidos de la antigua RFA; mientras a los primeros se les exigiría el 24 por 100 de los votos de su territorio para alcanzar el 5 por 100 nacional, a los segundos no les supondría más del 6 por 100. De otra parte, habría de tenerse en cuenta la muy distinta diferencia en la infraestructura de unos y otros partidos como consecuencia de la muy diferente historia inmediata.

Pero la constatación del carácter discriminatorio de la extensión indiferenciada de la CPM no resuelve por sí sola el problema planteado. Resulta necesario examinar si las uniones de listas permitidas en la citada disposición transitoria son suficientes para contrarrestar dicha desigualdad. El TCF no lo cree así. En primer lugar, porque dicha facultad tiene un alcance limitado; sólo es viable entre listas que no concurren en un mismo *Land*, lo que, en la práctica, elimina la mayoría de las posibilidades de asociación (*cláusula de concurrencia*). En segundo lugar, porque el TCF entiende que las «uniones de listas» (*Listenverbindungen*), por sí mismas, vulneran la igualdad de oportunidades de los partidos políticos, pues las mismas no son sino un expediente para escapar de los efectos de la CPM, en desventaja de los partidos no integrados en ellas. Esta consideración, sin embargo, no sería extensible a las «listas unidas» (*Listenvereinigungen*), previstas en la legislación electoral de la ex RDA; mientras las primeras no son sino una «comunidad cómputo» (*Zählgemeinschaft*), las segundas, al integrar a los candidatos de varios partidos en una única lista, suponen una forma más consolidada de colaboración política.

De todo lo dicho no se deduce, según el TCF, que el legislador se encuentre obligado a prescindir de cualquier CPM en estas primeras elecciones. Lo que no puede hacer es establecer una CPM uniforme para todo el territorio, ya sea la del 5 por 100 u otra inferior. La desigualdad del territorio y de la historia inmediata hacen que toda CPM común, cualquiera que ésta sea, opere en desventaja de los partidos hasta ahora radicados en la ex RDA. Lo que sí puede hacer el legislador es fijar una CPM *regionalizada*,

es decir, una misma CPM, pero calculada separadamente en el territorio respectivo de los hasta ahora dos Estados alemanes; el que el número absoluto de votos necesarios para alcanzar ese porcentaje mínimo sea muy distinto en uno y otro territorio no puede ser considerado contrario al principio de igualdad.

Finalmente, la sola *regionalización* de la CPM no cubre todas las exigencias de la igualdad de oportunidades en las condiciones de partida (*Startbedingungen*); en el territorio de la ex RDA coexisten partidos que se han beneficiado de la estructura política previamente existente y partidos cuya legalización es muy reciente. Esta desigualdad, entiende el TCF, puede ser corregida por medio del expediente citado de las «listas unidas» previsto en la legislación electoral de la RDA, y que el legislador de la RFA podría permitir en el territorio de la ex RDA. Por lo demás, dentro de la libertad de configuración del legislador quedaría la fijación de una CPM regionalizada inferior al 5 por 100, como incluso su supresión, en estas primeras elecciones; lo que no cabría sería fijar una CPM regional diferente en cada uno de los dos territorios.

Hasta aquí el contenido, muy resumido, de esta primera sentencia constitucional con alcance para toda Alemania. Cuya importancia se deriva ya de este solo hecho. Pero se trata sin duda también de una importante sentencia por sí misma considerada. De nuevo se asiste al fenómeno de una resolución judicial constitucional que no duda en desautorizar decisiones trascendentes del legislador; el TCF declara expresamente que las partes demandantes han contribuido a la clarificación de cuestiones fundamentales, de trascendencia constitucional para las primeras elecciones panalemanas, por lo que, haciendo uso del artículo 34.a).3 de la Ley del TCF, declara que la RFA debe abonar a los demandantes los costes del proceso. Motivo de reflexión desde la perspectiva constitucional española debe ser también el ejemplo de un control de normas, de carácter represivo, resuelto en cuatro semanas, vista oral incluida.

El TCF habla de libertad de configuración del legislador, pero, de hecho, la regulación alternativa a la declarada inconstitucionalidad viene prácticamente prefigurada, si no configurada. Es una sentencia marcadamente «constructiva». Ello, hay que reconocerlo, facilita la tarea de un legislador sometido a una notable premura. Por si ello fuera poco, el TCF advierte que, dadas las declaraciones de los órganos políticos, no considera por el momento necesario hacer uso de la facultad contenida en el artículo 35 de la Ley del TCF, que éste entiende podría permitirle «fijar los presupuestos jurídicos necesarios para la celebración de las elecciones». Por fortuna seguramente, el TCF no ha tenido que dar paso tan atrevido, es decir, lo que parece

la sustitución lisa y llana del legislador. Los órganos políticos con responsabilidad legislativa federal han efectuado, en cuestión de días, las modificaciones de la LEF impuestas por la sentencia, de tal modo que la fecha del 2 de diciembre para las elecciones generales haya podido ser mantenida. Sin duda otro ejemplo para nosotros.