

El sistema electoral alemán: visión general y nuevas tendencias*

Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff**



Nota del Consejo Editorial

Recepción: 3 de setiembre de 2013.

Aprobación: 17 de octubre de 2013.

Resumen: Describe y analiza los fundamentos jurídicos y políticos del sistema electoral alemán. Para lo cual explica los componentes del sistema, destacando entre otros aspectos: las condiciones institucionales existentes para el fomento de un régimen competitivo de partidos políticos, en las que subraya la llamada "Cláusula de Bloqueo" y las condiciones para su participación en los periodos electorales. Otro aspecto del sistema electoral alemán que señala es la estructura del voto ciudadano el que se caracteriza por la vigencia del sistema de doble voto y el procedimiento para la distribución de los mandatos o curules, a partir de los sufragios emitidos, así como las modalidades existentes para facilitar el acceso ciudadano al voto, entre las que sobresalen: el voto por correo y el voto electrónico.

Palabras clave: Sistemas electorales / Principio de representación / Principios del derecho electoral / Sistema de partidos políticos / Gobierno parlamentario / Parlamento / Sistema de elección de diputados / Barrera electoral / Voto electrónico / Alemania.

Abstract: It describes and analyzes the judicial and political foundations of the German electoral system through the explanation of the components of the system, highlighting, among other aspects, the existing institutional conditions to foster a competitive regime of political parties highlighting the so called "Block Clause" and the conditions for their participation in the electoral periods. The structure of the citizen vote is also addressed and it is characterized by the validity of the double vote system and the process for the distribution of the mandate or congress seats based on the votes cast as well as the existing ways to facilitate vote access to citizens. Among these modalities are: mail vote and electronic vote.

Key Words: Electoral systems / Representation principle / Electoral law principles / Political party system / Parliamentary government/Parliament / System of election to Congress / Electoral Barrier / Electronic vote / Germany.

* Ponencia presentada en el Panel "Sistema Electoral Alemán: características y desafíos", organizado por el Instituto de Formación y Estudios en Democracia y la Fundación Konrad Adenauer el 3 de setiembre de 2013 en el auditorio del Tribunal Supremo de Elecciones.

** Alemán, abogado, correo electrónico prbfh@mellinghoff.org. magistrado presidente de la Corte Suprema de Asuntos Financieros de la República Federal de Alemania. Fue magistrado de la Corte Constitucional Federal de dicho país, durante el periodo 2001-2011.

A. Introducción

En toda democracia representativa en la cual el pueblo ejerce el poder estatal a través de los órganos estatales, la transferencia del poder soberano a estos órganos resulta ser de importancia central. Por principio, esta transferencia del poder soberano se da a través de las elecciones. Las elecciones son el fundamento de toda democracia de Estado de derecho. Con las elecciones, el pueblo determina quiénes serán las personas que conforman los órganos del Estado y quiénes ejercen el poder en el Estado.

La concepción del procedimiento electoral y, por consiguiente, el sistema electoral correspondiente inciden de manera considerable en las opciones de articulación y decisión de los electores y las oportunidades competitivas de los partidos políticos y candidatos. En las democracias modernas, en las cuales la composición partidista del Parlamento es el factor dominante del poder, los procedimientos electorales son interesantes por ser los medios que determinan el modo por el cual los votos del electorado se transforman en mandatos. Los procedimientos electorales son usados concretamente para alcanzar la mayoría de Gobierno y fomentar e inclusive lograr las mayorías en el Parlamento.

B. Normas constitucionales para el legislador electoral

La manera de cómo la voluntad política conjunta de los ciudadanos se refleje en la adjudicación de mandatos en el órgano de representación a elegir, debe ser definida y concebida en detalle por el legislador. En Alemania, el legislador federal tiene casi toda la libertad de decidir a favor de uno u otro sistema electoral.

Sin embargo, la Constitución contempla normas centrales sobre la concepción del derecho al voto. Según el art. 38 de la Ley Fundamental (GG), los diputados del Parlamento Federal (Deutscher Bundestag) son electos en elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. Con ello, la Constitución alemana contiene los principios electorales clásicos, arraigados hoy en día en la mayoría de constituciones democráticas.

1. Principios de derecho electoral

a. Generales

De acuerdo a su evolución histórica, el principio de elecciones generales prohíbe toda limitación del derecho al voto por razones específicas inherentes a la persona como su estado, sexo, patrimonio, profesión o confesión. Prohíbe al legislador excluir a segmentos determinados de la población del ejercicio de su derecho al voto por motivos religiosos, políticos, económicos o sociales, y exige que, por principio, cada persona deba, en lo posible, ejercer su derecho al voto de la misma manera. El principio de que las elecciones deben ser generales subraya la igualdad de los ciudadanos y garantiza de este modo que la legitimación del poder estatal esté basada en un fundamento lo más amplio posible.

Sin embargo, el aspecto general de las elecciones puede ser restringido si existe una razón importante reconocida. Bajo este principio se están discutiendo las siguientes restricciones del principio de las elecciones generales: la edad mínima para poder ejercer el derecho al voto activo y pasivo, la nacionalidad como condición necesaria para ejercer el derecho al voto, el domicilio o la residencia permanente en la

circunscripción, la exclusión del derecho al voto por deficiencias mentales que determinan la incapacidad jurídica y la exclusión del derecho al voto debido a un fallo judicial.

Corresponde, por principio, al legislador determinar el equilibrio entre los objetivos constitucionales legítimos y el principio de que las elecciones deben ser generales. En las reclamaciones por irregularidades electorales ante el Tribunal Federal Constitucional sólo se analiza si los motivos que permiten restringir el principio de que las elecciones deben ser generales son constitucionalmente importantes, pero no si las soluciones encontradas por el legislador son útiles o deseadas desde el punto de vista de lo jurídico-político.

La última vez que el Tribunal Federal Constitucional consideró que se traspasaron los límites constitucionales del principio de las elecciones generales se dio con motivo del reglamento sobre la participación de alemanes residentes en el extranjero en las elecciones del Deutscher Bundestag, porque la ley electoral sólo exigía que los **alemanes en el extranjero** prueben una estadía ininterrumpida de tres meses en la República Federal de Alemania en algún momento. Dictaminó que el objetivo declarado del legislador de garantizar el conocimiento de la situación política de la República Federal de Alemania como requisito de participación en las elecciones no podría ser cumplido con la única condición de una estadía anterior de tres meses en Alemania. Además, sentenció que por más que este requisito resulte apropiado para excluir a ciudadanos alemanes sin relación con Alemania de la participación en las elecciones, implicaba a la vez, en contra de la intención de la ley, que los alemanes típicamente familiarizados con la situación política y afectados por esta no podrían participar en las elecciones del Deutscher Bundestag.

b. Directas

El principio de que las elecciones deben ser directas exige que los miembros del Parlamento sean electos de manera directa sin interposición de intermediarios. Excluye un proceso electoral en el cual se establece, una vez terminadas las votaciones, una instancia intermedia entre el votante y el candidato que escoge a discreción al representante, privando al votante individual de la posibilidad de determinar de manera autónoma, a través del depósito de su voto, los futuros miembros del Parlamento. La decisión sobre el mandato debe ser tomada por el votante mismo y no por un tercero. Este es también el caso cuando el votante vota por la lista de un determinado partido político.

Para cumplir con el principio de que las elecciones deben ser directas, se requiere un procedimiento electoral en el cual el votante puede saber antes de la votación misma cuáles son las personas que se candidatizan en búsqueda de un mandato de diputado y cómo el voto propio incidirá en el éxito o fracaso de los candidatos. El principio de las elecciones directas no depende del hecho de que el voto realmente tenga el efecto intencionado por el votante; la posibilidad de ejercer una influencia positiva sobre el resultado electoral resulta suficiente.

c. Libres

Las elecciones son libres si cada votante puede ejercer su derecho al voto sin coacción u otra influencia externa no permitida. Debe poder formar su opinión en un proceso libre y abierto de formación de opinión.

El principio de que las elecciones deben ser libres tiene dos aspectos. Por un lado, debe permitir la libre formación de la opinión del votante. Por

otro lado, el votante debe poder expresar su voluntad libremente lo que implica también que se debe combatir el fraude electoral. La libre determinación de la voluntad durante el acto de votar puede ser asegurada mediante múltiples medidas organizativas, especialmente en el recinto electoral. En contraste, resulta mucho más difícil proteger la libre formación de la opinión.

El Estado, responsable de la preparación y organización de las elecciones, debe mantener una estricta neutralidad. Esta neutralidad se refiere también a los medios de comunicación, la propaganda electoral, el derecho de realizar manifestaciones públicas y el financiamiento de los partidos políticos y los candidatos. En Alemania, el Tribunal Federal Constitucional tuvo que tratar de manera especial el tema de las relaciones públicas oficiales del Gobierno en tiempo de elecciones. En estos tiempos, el Gobierno no puede incidir en las elecciones con recursos del Estado. Sin embargo, se considera que el límite se sobrepasa recién en el momento en que la influencia resulta ser una especie de instrucción seria e inevitable que afecta la libre decisión del voto.

Resulta particularmente difícil encontrar criterios para determinar la inadmisibilidad de una influencia no oficial de las elecciones. Por ejemplo, las personas particulares, empresas, sindicatos y otras asociaciones de defensa de intereses colectivos no pueden amenazar a los votantes con sanciones en caso de un determinado resultado electoral o comportamiento electoral.

d. Igualitarias

Al igual que el principio de las elecciones generales, el principio de las elecciones igualitarias garantiza la igualdad de los ciudadanos, determinada por el principio democrático. El trato igual de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho al voto es una de las bases importantes de todo orden democrático libre y del orden del Estado. El principio de las elecciones igualitarias se caracteriza por su "carácter formal": todas las personas deben, en lo posible, ejercer sus derechos al voto activos y pasivos de la misma manera formal. Todo ciudadano tiene el mismo derecho al voto independientemente de su sexo, origen, idioma, nivel de educación, ideología o confesión.

Según la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, cada voto debe tener el mismo peso para el resultado electoral, es decir, que debe tener el mismo valor de conteo y tener la misma oportunidad legal de incidir en el resultado.

El efecto de este principio difiere entre un sistema electoral mayoritario y un sistema electoral proporcional. En el caso del sistema electoral mayoritario, el principio de la equidad sólo exige, más allá del mismo valor de conteo, que todos los votantes puedan participar en el proceso de creación con base en circunscripciones de igual tamaño aproximado y por ello con aproximadamente el mismo peso de sus votos. En el sistema electoral proporcional, se garantiza también el mismo valor de éxito; es decir, que cada voto incide de igual manera en la composición del gremio electo. En este sentido, el margen del legislador es estrecho cuando se trata de diferenciaciones que deben ser justificadas por un fin

legitimado por la Constitución, un fin que tenga el peso suficiente para que “no afecte el principio de la equidad”.

El legislador electoral debe garantizar la igualdad de oportunidades a nivel del éxito en todo el territorio electoral y debe asegurar que el sistema de adjudicación de mandatos determinado por él aplique en todos sus pasos sus reglas de igual manera a cada voto emitido, a la vez que conciba las consecuencias a manera de que cada votante obtenga la misma influencia potencial sobre el resultado electoral.

Por consiguiente, al dividir el territorio electoral en varios cuerpos electorales autónomos, las circunstancias que determinan la posible influencia de un voto deben ser aproximadamente iguales en todos los cuerpos electorales. Por consiguiente, el Tribunal Federal Constitucional exigió, para garantizar la igualdad de oportunidades, que en la elección de diputados en circunscripciones unipersonales con sistema electoral mayoritario, todo el electorado pueda participar en el proceso de creación sobre la base de circunscripciones de tamaño aproximadamente iguales y por ello con un peso similar de sus votos.

e. Secretas

El principio de que las elecciones deben ser secretas garantiza que el votante es el único que conoce el contenido de su decisión electoral. Este principio es la protección institucional más importante para la libertad de elección. Obliga al legislador a tomar las medidas necesarias para proteger el voto secreto (por ejemplo, papeleta de votación cubierta, cabinas que garantizan la privacidad del votante). Se prohíbe toda

averiguación de las intenciones de voto o del voto realizado de los votantes.

Toda excepción del voto secreto se permite únicamente si favorece el derecho al voto, es decir, en los casos en los cuales el principio de elecciones generales e iguales exige un procedimiento en el cual no se puede garantizar en cada caso que el voto quede absolutamente secreto. En Alemania, una persona discapacitada o gravemente enferma puede, por ejemplo, servirse de una persona de su confianza.

2. Elecciones públicas

Aparte de estos principios electorales clásicos, el Tribunal Federal Constitucional desarrolló, en su decisión sobre el voto electrónico, el principio de que las elecciones deben ser públicas. Aunque este principio no figura expresamente como tal en la Ley Fundamental, se deduce de las resoluciones básicas de derecho constitucional sobre democracia, república y Estado de derecho.

Elecciones públicas son la condición fundamental para que se formen voluntades políticas democráticas. El hecho de que sean públicas asegura que los procesos electorales se desarrollen de forma reglamentaria y comprensible, lo que crea una de las condiciones básicas para que los ciudadanos puedan confiar con conocimiento de causa en el desarrollo correcto de las elecciones.

Sólo si los votantes pueden cerciorarse por su propia cuenta de la legalidad del acto de transferencia, es decir, si las elecciones se realizan "a la vista del público", se puede garantizar la confianza del soberano en que la composición del Parlamento corresponde realmente a la voluntad

del electorado, confianza necesaria para asegurar el funcionamiento de la democracia y la legitimidad de las decisiones estatales.

No todo tipo de entrega de los votos cumple con estos requisitos. Volveré a este punto en el contexto de la apreciación del voto electrónico.

3. Igualdad de oportunidades de los partidos políticos

En vista de que en Alemania –al igual que en muchos otros países– las propuestas electorales emanan esencialmente de los partidos políticos, el legislador debe, al concebir el derecho al voto, considerar también la igualdad de oportunidades de los partidos políticos.

El derecho a la igualdad de oportunidades es parte del estatus constitucional de los partidos políticos. Si la democracia se basa en la libre competencia de opiniones e intereses, los partidos políticos, con sus opiniones diferentes, deben poder participar en la competencia política en las mismas condiciones y con igualdad de oportunidades. Por ello, el derecho a la igualdad de oportunidades es de por sí parte integral del orden democrático básico. La democracia no puede funcionar si los partidos políticos no entran a la campaña electoral en condiciones iguales. La decisión sobre el valor del programa de un partido político y su derecho de participar en la formación de la voluntad estatal, sólo puede ser tomada por el electorado; esta es una de las expresiones originales y más importantes de la democracia representativa en sí. Para que esta decisión pueda ser tomada en plena libertad, es necesario que los partidos políticos entren, en la medida de lo posible, con las mismas perspectivas a la campaña electoral.

La igualdad de oportunidades de los partidos políticos no sólo aplica al proceso electoral en el sentido propio, sino a todo lo "anterior", es decir, también a la preparación de las elecciones, incluyendo la admisión de las propuestas electorales.

En lo referente al contenido, el principio de la igualdad de oportunidades exige que, por principio, se deban conceder a cada partido político las mismas posibilidades en todo el proceso electoral y, por lo tanto, las mismas oportunidades en la competencia para la captación de los votos. Por ello, los partidos políticos deben también tener oportunidades iguales en el momento de la admisión a las elecciones. Por otro lado, el principio de la igualdad de oportunidades no exige que las diferencias resultantes del diferente tamaño, la eficiencia y los objetivos políticos diferentes sean equilibradas mediante una intervención soberana. El legislador no tiene la obligación de compensar o equilibrar diferencias en las oportunidades competitivas existentes resultantes de la diferente estructura sociológica de los partidos políticos.

4. Otras condiciones

Aparte de los principios del derecho electoral y la igualdad de oportunidades de los partidos políticos, el legislador tiene que tomar en cuenta varias normas constitucionales relacionadas con los objetivos de las elecciones. Las elecciones deben otorgar legitimación democrática a los diputados. Por ello hay que considerar cómo la concepción del sistema electoral afecta la relación entre votantes y diputados. La representación del pueblo que se elige debe además ser funcional. El legislador debe igualmente tomar en cuenta que debe asegurar la función de las elecciones como proceso de integración de las fuerzas políticas y tratar de

evitar que temas importantes que mueven al pueblo queden excluidos del trabajo del Parlamento. Además, el principio del Estado federal (art. 20 inciso. 1 GG) permite al legislador tomar como pauta la estructura federal de la República Federal de Alemania en el momento de diseñar el derecho electoral.

El legislador sólo puede cumplir con estos objetivos, en parte contrapuestos, si dispone de otro margen de acción. Por consiguiente, está, por principio, libre de decidir si quiere que el procedimiento de elección al Deutscher Bundestag siga el principio de un sistema mayoritario o proporcional. Puede también combinar ambos sistemas electorales. Por ejemplo, puede permitir que la elección del Deutscher Bundestag se realice una mitad por el sistema electoral mayoritario y la otra mitad por el sistema electoral proporcional (sistema llamado "Grabensystem" en alemán), o puede resolver que el principio electoral proporcional aplique a toda la adjudicación de mandatos bajo reserva de una ponderación adecuada de los mandatos directos, o decida a favor de cualquier otra combinación.

C. Visión general del sistema electoral alemán

En Alemania, el legislador concibió el derecho electoral de acuerdo a estas condiciones. A continuación presentaré una breve visión general del sistema y del procedimiento electoral.

1. Sistema electoral

a. Elección proporcional personalizada

El legislador federal optó por combinar determinados elementos del sistema electoral proporcional y mayoritario. Como resultado hay una preponderancia del sistema electoral mayoritario. Según el art. 1 de la Ley Federal Electoral (BWahlG), los diputados del Bundestag son electos según los principios de elecciones proporcionales combinados con una elección personal. Muchas veces se habla –aunque no resulte muy exacto– de una “elección proporcional personalizada”.

Del número total de 598 diputados regulares del Bundestag, 299 son electos vía mandatos directos en el mismo número de circunscripciones, mientras que los diputados restantes del Parlamento son electos por los partidos políticos vía propuestas electorales de los Estados federados las llamadas listas regionales.

Es decir que el territorio electoral de la República Federal de Alemania está dividido en 299 circunscripciones. Esta división toma en cuenta que Alemania está compuesta por 16 Estados federados. Para la delimitación de las circunscripciones hay que considerar estos límites entre Estados federados. Además, el número de distritos electorales en cada uno de los Estados federados debe, en la medida de lo posible, corresponder al porcentaje de su población.

El principio de la equidad de las elecciones exige que el tamaño de las circunscripciones no deba tener variaciones esenciales. Por ello, el número de habitantes de una circunscripción no debe superar o quedar por debajo del número promedio de habitantes de todas las circunscripciones en más

de un 15 por ciento. Si la desviación supera el 25 por ciento, las circunscripciones deben ser rediseñadas.

b. Sistema de dos votos

En este sistema electoral, cada votante tiene dos votos. Con su primer voto elige al diputado de la circunscripción. Para este voto se aplican las reglas del sistema electoral de mayoría relativa. Con el segundo voto se elige la lista regional de un partido político. Para este voto, que a fin de cuentas es el decisivo en el momento de la adjudicación de los mandatos, se aplican las reglas del sistema electoral proporcional.

El sistema de dos votos no es un elemento indispensable de la "elección proporcional personalizada". Una elección proporcional combinada con una elección personal puede también ser realizada mediante el sistema de un voto. Esto ocurre, por ejemplo, en el Estado federado de Baden-Wurtemberg que cuenta con 120 mandatos de los cuales 70 son determinados mediante el sistema mayoritario relativo en circunscripciones únicas. Los demás mandatos (los llamados "segundos mandatos") son adjudicados, separados por partidos políticos, a los respectivos candidatos que no ganaron en su circunscripción-por orden de su porcentaje relativo de votos- de los votos obtenidos por todos los candidatos de la circunscripción.

El argumento a favor del sistema del segundo voto es que el votante tiene la posibilidad de expresar su preferencia por un determinado candidato y también usar su segundo voto para votar por el partido político que debe tener la mayoría en el Parlamento.

El segundo voto resulta decisivo a la hora de la distribución de fuerzas en el Bundestag porque, por principio, la distribución de mandatos se realiza de forma proporcional a los votos emitidos a favor de las listas regionales. El número de mandatos logrados por el partido político en las circunscripciones del Estado federal es deducido del número total de mandatos correspondientes a las diferentes listas regionales de los partidos políticos. Los mandatos restantes son adjudicados a los candidatos de las listas regionales "rígidas" en el orden de sus puestos respectivos. En este procedimiento no se toman en cuenta los candidatos de la lista que ya lograron un mandato directo en su circunscripción.

El votante puede usar su primer y segundo voto de manera independiente. Esto significa que puede con su primer voto votar por un candidato de su circunscripción independiente o un candidato perteneciente al partido político X, y dar su segundo voto a otro partido, por ejemplo, el partido Y. Esto suele hacerse sobre todo cuando el votante vota por un candidato de su circunscripción por la personalidad de este o porque considera que sus opciones de ganar son mayores que las del candidato del partido político de su preferencia. Sin embargo, en la mayoría de casos, se dividen el primer y segundo voto por razones tácticas.

Especialmente en los casos en los cuales el votante opta por una coalición de un partido político grande con uno pequeño, votará con su primer voto por el candidato del partido grande y dará su segundo voto a la lista regional del partido político más pequeño. En vista de que el candidato de la circunscripción del partido pequeño tiene apenas pocas posibilidades de ganar debido al sistema electoral mayoritario, el votante dará su primer voto al candidato de un partido grande que en el

Parlamento probablemente formará una coalición con el partido político pequeño. Pero para que el pequeño partido también logre entrar al Parlamento, le dará su segundo voto, porque es el segundo voto el que decide sobre las relaciones de poder en el Parlamento. En Alemania casi una cuarta parte de los votantes hace uso de esta opción.

c. Mandatos excedentarios

Esta división entre el primer y segundo voto puede llevar a los llamados mandatos excedentarios que se agregan a los 598 mandatos regulares. Los mandatos excedentarios se generan en el caso de que un partido político obtenga más mandatos en las circunscripciones de lo que le correspondería por su resultado de segundos votos. Se queda entonces con estos mandatos "excedentarios" y el número total de diputados del Bundestag aumenta por el número correspondiente. Los mandatos excedentarios son mandatos ganados por los partidos políticos por el hecho de que los candidatos en las diferentes circunscripciones son mucho más exitosos que su partido, según el resultado de la elección proporcional obtenido con los segundos votos.

Hay varias razones que determinan su generación: el cómputo de los mandatos de las circunscripciones no a nivel federal, sino a nivel de los Estados federados; circunscripciones de tamaño claramente diferente; una participación en las elecciones por debajo del promedio y un porcentaje de votos inválidos superior al promedio en un Estado federado; mayorías justas en las circunscripciones de un partido político en un Estado federado; división muy numerosa de primer y segundo voto, así como acuerdos electorales sobre la coalición sistemática de varios partidos políticos en las circunscripciones.

d. Cláusula de bloqueo

En las elecciones del Deutscher Bundestag existe una cláusula de bloqueo del 5 por ciento. Esto significa que en el momento de la adjudicación de mandatos a las listas regionales no se toman en cuenta aquellos partidos políticos que han logrado menos del 5 por ciento de los segundos votos válidos entregados en el territorio electoral. Este porcentaje no aplica si el partido en cuestión logró un mandato directo en por lo menos tres circunscripciones (cláusula del mandato básico). Los mandatos de las circunscripciones no quedan afectados por la cláusula de bloqueo porque ahí aplica el sistema electoral mayoritario. Por ello puede suceder que un candidato individual de una circunscripción gane el mandato de esta, pero que su partido político no entra al Bundestag si alcanza menos del 5 por ciento de los votos.

e. Procedimiento de distribución de mandatos

En un inicio, se aplicó en Alemania el sistema d'Hondt para la distribución de los mandatos a las listas regionales, luego se pasó al procedimiento de proporción matemática de Hare/Niemeyer. En vista de que estos sistemas tienden a favorecer a los partidos grandes, se aplica, desde el año 2009, el método Sainte-Lague/Schepers también denominado método del divisor con redondeo estándar. Los votos de los partidos políticos son divididos por un divisor adecuado (votos por mandato) y redondeados con un estándar determinado. Según los cálculos de los matemáticos, este método es óptimo en lo referente a la igualdad de oportunidades de éxito (número de mandatos dividido por número de votos).

f. No hay combinación de listas o listas asociadas

En Alemania no está permitido combinar o asociar listas de diferentes partidos políticos. En caso de listas asociadas, varios partidos políticos competidores crean una lista conjunta en la cual se inscriben candidatos de diferentes partidos políticos en un determinado orden. Esto permitiría obviar la cláusula de bloqueo del 5 por ciento, porque los votantes de tal lista podrían ayudar a que más de un partido de la lista entre al Bundestag, aún en el caso de que ninguno o uno u otro de los partidos reunidos en la lista asociada hubieran logrado superar el porcentaje mínimo del 5 por ciento.

Sin embargo, los partidos políticos sí tienen el derecho de incorporar candidatos individuales independientes o candidatos pertenecientes a otro partido a sus respectivas listas regionales. No obstante, en estos casos, toda la lista debe poder ser adjudicada a un solo partido político.

2. El procedimiento electoral

El procedimiento electoral se divide en cuatro fases: la organización de las personas con derecho al voto, la propaganda electoral, las elecciones mismas y la determinación del resultado de las elecciones.

a. Organización de las personas con derecho al voto

En Alemania tienen derecho al voto todas las personas mayores de 18 años, edad de la mayoría de edad; puede ser electa toda persona que ha alcanzado la mayoría de edad.

Las personas con derecho al voto figuran en registros electorales manejados por los municipios. Las personas con derecho al voto son informadas sobre este hecho. Puede darse el caso de que una persona tenga que acudir a los tribunales para lograr la inscripción en el registro electoral. Sólo aquellas personas que figuran en estos registros electorales pueden votar el día de las elecciones.

b. Propaganda electoral

Para poder ser electo como diputado del Bundestag, hay que candidatizarse por una circunscripción o ser admitido a una lista regional de un partido político.

Las propuestas electorales pueden ser presentadas por los partidos políticos y, en caso de que se trate de propuestas para elecciones distritales, por personas con derecho al voto. En cada circunscripción y en cada Estado federado, los partidos políticos sólo pueden presentar una propuesta. Estas propuestas electorales deben ser presentadas por escrito a más tardar 66 días antes de las elecciones y deben cumplir con determinadas condiciones de forma y contenido.

Recién cuando las propuestas electorales han sido admitidas por los órganos electorales competentes, un candidato o un partido pueden ser electos. Las propuestas electorales admitidas son comunicadas al público. El que no sea admitido a las elecciones puede presentar recursos judiciales contra las decisiones correspondientes de los órganos electorales.

c. El acto electoral

Con base en las propuestas electorales, las papeletas de votación y los sobres para el voto por correo son elaborados por una entidad oficial. El voto se entrega el día de las elecciones entre las 8:00h y 18:00h en los recintos electorales puestos a disposición por las autoridades municipales. Las elecciones son públicas, pero el depósito del voto mismo es naturalmente secreto. Para poder votar por correo hay que presentar una solicitud verbal o escrita ante el tribunal electoral competente.

d. Determinación de los resultados electorales

Posterior al acto electoral, la Junta Electoral procede de inmediato al reconocimiento del resultado electoral. Esto se realiza en el marco de una sesión pública. En este contexto se define la validez de los votos emitidos. La Junta Electoral está obligada a redactar un acta sobre el acto electoral así como sobre la determinación y constatación de los resultados electorales. El director distrital electoral determina el resultado electoral preliminar en la circunscripción electoral y lo comunica al director regional electoral (a nivel del Land), que a su vez lo hace extensivo al director federal electoral. Este último constata el resultado definitivo y lo publica.

3. Recursos legales en el proceso electoral

El proceso electoral en Alemania sólo dispone de dos recursos legales. Por un lado, los partidos pueden objetar por no haber sido admitidos a la elección. Adicionalmente, tanto electores individuales, como grupos de electores pueden solicitar mediante reclamación por irregularidades electorales la validez de la elección.

a. Reclamación de no reconocimiento

En virtud de que la admisión de partidos a las elecciones del Bundestag juega un papel central, creó el legislador el año anterior un recurso legal que les brinda a los partidos la oportunidad de defenderse frente al hecho de no haber sido admitidos a las elecciones del Bundestag. En este caso, se le permite al partido o a la agrupación interponer un recurso ante el Tribunal Federal Constitucional.

El Tribunal Federal Constitucional estudia en esencia si una agrupación cumple con las características de un partido político en términos de la ley de partidos. Para ello es decisivo determinar si una evaluación global de las condiciones reales permite deducir que esa agrupación persigue con seriedad las intenciones manifestadas de ser partícipe en la formación de la opinión política del pueblo. Este año hubo un partido que logró su cometido mediante el recurso que interpuso, mientras que otros once (11) partidos no tuvieron éxito. La Comisión Federal de Elecciones había considerado, aludiendo razones formales, insuficiente la manifestación de participación de la agrupación "Vereinigung Deutsche Nationalversammlung DNV" (Agrupación Asamblea Nacional Alemana). El Tribunal Federal Constitucional no compartió este concepto y reconoció la agrupación DNV como partido con facultad para presentar propuestas electorales. Esta admisión de un partido minúsculo no debería tener ninguna incidencia en las próximas elecciones al Bundestag.

b. Reclamación por irregularidades electorales

El único recurso que puede interponer un elector o un grupo de electores contra la validez de la elección es la reclamación por

irregularidades electorales. El proceso de reclamación por irregularidades electorales consta de dos fases.

Inicialmente los recurrentes tienen que interponer recurso contra la elección ante el Bundestag. Hasta que este recurso interpuesto no sea denegado, no se puede interponer la reclamación por irregularidades electorales ante el Tribunal Federal Constitucional. El inicio del proceso de reclamación por irregularidades electorales depende en parte de otros requisitos formales, como por ejemplo, declaraciones de adhesión de un número determinado de electores.

La reclamación por irregularidades electorales sólo podrá tener éxito si el resultado electoral y la distribución de los mandatos no son compatibles con la ley o con la constitución. Este caso se da particularmente en el evento de que la base legal no tenga validez o que haya infracciones contra los principios electorales –arriba mencionados– de la Ley Fundamental.

D. Problemas centrales en la actualidad

En el marco de reclamaciones por irregularidades electorales, el Tribunal Federal Constitucional se ve precisado a tratar reiteradamente asuntos propios del derecho electoral. Los pronunciamientos emitidos recientemente han abordado de manera especial temas como cláusula de bloqueo, mandatos excedentarios, voto electrónico y admisibilidad del voto por correo.

1. Cláusula de bloqueo

La aplicación de la cláusula de bloqueo se basa en la evaluación del legislador de cara a la probabilidad de ingreso que tengan los partidos políticos minúsculos y los trastornos que este hecho pudiera generar en las funciones del Parlamento, así como en las consecuencias que pudieran surgir en el cumplimiento de las funciones. Al tomar esta decisión basada en un pronóstico, el legislador no puede justificar su intervención enfocándose solamente en la posibilidad teórica de que la capacidad funcional del Parlamento pueda verse restringida. En el caso de que el legislador, a discreción suya, pudiese determinar el grado de probabilidad a partir de la cual se verían afectadas las funciones del Parlamento, sería imposible someter las decisiones basadas en pronóstico, incluyendo sus verdaderos fundamentos, a un control judicial. Con estos hechos de fondo, no se puede justificar la intervención en los principios de la equidad e igualdad de oportunidades de cara a la afirmación general y abstracta, que al cancelar la cláusula de bloqueo del 5% se facilitaría el ingreso de partidos políticos más pequeños y de comunidades electorales a los órganos de representación, entorpeciendo la libre formación de la opinión en estos órganos. Por eso, no es suficiente “aliviar” o “simplificar” esta toma de decisión.

Lo único que puede justificar la cláusula de bloqueo del 5%, es que con alguna probabilidad se vea restringido el funcionamiento de los órganos de representación. Estos parámetros también son válidos para el análisis emitido por tribunales constitucionales en relación con el derecho electoral al Parlamento Europeo.

En este sentido, el Tribunal Federal Constitucional no admitió, en su pronunciamiento del año 2011, la evaluación del legislador de que la ausencia de la cláusula de bloqueo del 5% afectaría su capacidad de funcionamiento. El Parlamento Europeo, mediante una apreciación propia sobre las condiciones laborales específicas y sus funciones, concluye que la cláusula de bloqueo del 5% no es imprescindible. Según precisa, faltan argumentos concretos que permitan inferir que el incremento de partidos políticos conduzca a cambios estructurales dentro del Parlamento, que –con suficiente probabilidad– puedan afectar la capacidad de funcionamiento.

2. Mandatos excedentarios

El tema de los mandatos excedentarios también ha sido tratado en repetidas ocasiones por el Tribunal Federal Constitucional.

Un sistema electoral de 2 votos, que tiene el carácter fundamental de una elección proporcional, en virtud de que los escaños obtenidos por un partido en las circunscripciones de un Land sean abonados a los escaños alcanzados en la lista respectiva del Land. Si las elecciones al Bundestag pierden su carácter fundamental de elección proporcional debido al surgimiento de mandatos excedentarios no compensables, se infringen los principios de la equidad del derecho electoral y de la igualdad de oportunidades de los partidos políticos.

Como las elecciones del Bundestag se constituyen, en virtud a su carácter fundamental, en una elección proporcional, hay que medir la asignación de mandatos excedentarios fuera de la distribución proporcional de los mandatos regulares, según la necesidad de igualdad de oportunidades de éxito de los votos.

El principio de la equidad se ve afectado, debido a que surge una diferenciación del peso del voto entre los electores cuyos partidos políticos no hayan logrado mandatos excedentarios y aquellos electores de esos partidos que sí lo lograron. Por principio, la desigualdad en el peso de los votos es justificada mediante el cometido constitucionalmente legítimo de la elección proporcional personalizada. No obstante, se excede el límite constitucional de la asignación no compensable de mandatos excedentarios, en el momento que se desvirtúa el carácter de la elección como elección proporcional.

La constitución no señala de manera concreta el límite para el número de mandatos excedentarios. Mientras que en el año de 1997 el Tribunal tomaba como referencia la cláusula del 5%, el año pasado el Tribunal establece en su decisión un vínculo con la formación de bancadas en el Bundestag.

En el evento de que la cifra de mandatos excedentarios alcanzase la fuerza de una bancada, lograría tal fuerza que equivaldría a una fuerza política autónoma en el parlamento. Así las cosas, el Tribunal estima que ya no se salvaguarda una compensación adecuada entre la aspiración de alcanzar una proyección –en la mayor medida posible– proporcional a los resultados del segundo voto en el Bundestag y el propósito ligado a la elección personal de alcanzar irrestrictamente circunscripciones electorales, si el número de mandatos excedentarios supera aproximadamente la mitad de cantidad de diputados que es necesaria para la formación de una bancada.

Aunque según criterio del Tribunal Federal Constitucional le corresponde al legislador determinar este límite. No obstante, apunta el

Tribunal Federal Constitucional a establecer como función suya concretar de tal forma los requisitos de igualdad de derecho frente al sistema de asignación de escaños, que el legislador consiga concebir el derecho electoral sobre una base constitucional fiable, con el fin de minimizar el riesgo de una disolución del Bundestag en el proceso de reclamación por irregularidades electorales debido a falta de normas.

3. Votación por computador

Vivimos en un mundo dominado cada vez más por la electrónica y los aparatos electrónicos. El derecho electoral no podrá quedarse ajeno a estos desarrollos.

El espectro de las posibilidades de la elección electrónica comprende desde la utilización de máquinas electrónicas en las cuales el sufragante puede registrar su voto en el lugar de la mesa de votación correspondiente, hasta la elección en redes electrónicas, especialmente la elección en línea, donde el voto es transmitido por internet desde el computador personal a una central pública de sufragio.

En Alemania y en Europa hasta ahora la utilización de dispositivos electrónicos de elección, los así llamados computadores de votación, ha sido tema de debate en las Cortes Constitucionales. En Alemania se han utilizado especialmente computadores de votación en los cuales los votos dados por los electores han sido depositados exclusivamente en un archivo electrónico.

La Corte Constitucional Federal ha declarado inconstitucional el uso de estos computadores de votación porque con ellos se ha vulnerado el principio del carácter público de la elección resultante de las decisiones

constitucionales fundamentales en pro de la democracia, la república y el Estado de Derecho.

El carácter público de la elección es condición básica para una formación de voluntad política democrática. Garantiza la regularidad y el seguimiento de los procesos electorales creando así una base esencial para que los ciudadanos puedan tener motivos para confiar en el desarrollo correcto de las elecciones. En la forma de Estado de la democracia parlamentaria, el gobierno del pueblo es mediatizado, es decir, no ejercido en forma directa por las elecciones; exige que el acto de la delegación de la responsabilidad estatal a los parlamentarios esté sujeto a un control público especial.

Solamente si los electores se pueden convencer en forma confiable de la legitimidad del acto de delegación, es decir, si la elección se realiza “ante los ojos de la opinión pública”, se puede garantizar la confianza del soberano en la designación del parlamento acorde con la voluntad de los electores indispensable para el funcionamiento de la democracia y la legitimidad democrática.

Según la decisión de la Corte Constitucional Federal, los computadores de votación que registran electrónicamente los votos de los electores y determinan electrónicamente el resultado de las elecciones, solamente satisfacen las exigencias constitucionales si los pasos esenciales del acto electoral y de la determinación de los resultados pueden ser verificados por el ciudadano de manera confiable y sin conocimientos técnicos especiales. El elector mismo debe estar en condiciones de verificar, sin poseer conocimientos específicos de computación, si el voto dado por él ha sido registrado sin alteración

alguna para el conteo o, en todo caso, como base para un posterior recuento.

El gran impacto que pueden tener posibles errores en los aparatos de votación o falsificaciones deliberadas en el proceso de elección exige precauciones especiales para salvaguardar el principio del carácter público de las elecciones. Mientras al utilizar papeletas de votación, las manipulaciones o las falsificaciones de las elecciones en todo caso solamente son posibles con gran despliegue de recursos y corriendo un alto riesgo de ser descubiertas, los errores de programación en el software o falsificaciones intencionales de las elecciones por la manipulación del software en dispositivos de votación electrónicos solamente pueden ser detectados con dificultad. Si el resultado de las elecciones es determinado por un procesamiento computarizado de los votos depositados en un archivo electrónico, no basta con que sea posible tomar conocimiento del resultado del proceso de computación realizado en el dispositivo electrónico por medio de un resumen impreso en papel o un display electrónico.

La Corte Constitucional Federal, por cierto, no considera generalmente inconstitucional el uso de computadores de votación. Pero hay que garantizar la posibilidad, exigida por la constitución, de verificar de manera confiable la exactitud de los resultados y procesos. La Corte no tenía que decidir cuáles son las posibilidades técnicas existentes para facilitar la confianza de los electores basada en el seguimiento de los métodos correctos del proceso para determinar el resultado de las elecciones y con ello para satisfacer el principio del carácter público de la votación. Tan solo insinúa soluciones posibles que son discutidas en el mundo técnico o que ya se encuentran aplicadas en otros países, tales

como dispositivos de votación que, adicionalmente al registro electrónico del voto, imprimen un protocolo en papel, visible para el elector correspondiente, de su voto dado (así llamado VVPAT= Voter Verified Paper Audit Trail) que puede ser controlado antes de dar el voto definitivo, y a continuación es recolectado para facilitar la verificación. Una verificación independiente del registro electrónico del voto también es posible al utilizar sistemas en los cuales los electores marcan una papeleta y su decisión electoral es registrada de forma simultánea electrónicamente (por ejemplo con un "lápiz elector digital"), o con posterioridad (por ejemplo por un escaneador de papeletas electorales), con el fin de evaluarla electrónicamente al final del día de la elección.

Los problemas que causan las tecnologías modernas en el derecho electoral no solamente se han manifestado en la elección del presidente norteamericano Bush en el año 2000. En el mes de febrero del año pasado, un agente de la CIA dijo con ocasión de una audiencia ante la U.S. Election Assistance Commission en Florida: "Donde sea que en unas elecciones entren en el juego computadores, y un voto se convierta en electrones existe para actores insidiosos la posibilidad de cometer cosas malévolas". De este modo la CIA habría registrado irregularidades en procesos electorales en varios países. Los partidarios del candidato Wiktor Janukowytsch, en las elecciones presidenciales del año 2004 en Ucrania, habrían colocado clandestinamente "un computador no autorizado" en la Central de la Dirección Electoral. Esto habría sido descubierto por llamadas telefónicas interceptadas con el resultado de que más tarde la Corte Suprema en Kiev declaró nula la elección, y se ordenaron elecciones nuevas. Estas las perdió Janukowytsch contra su contrincante Wiktor Juschtschenko. De Macedonia, un agente de la CIA informó sobre un

“genocidio de votantes”, ya que allí los miembros de la minoría albanesa habrían sido simplemente borrados de las listas electorales digitales por medio de un comando de “delete”. Por el otro lado, “hackers” en Georgio operaron de manera contraria: Ellos agregaron a las listas electorales nombres de personas que en parte ya se habían muerto en el siglo 18.

4. Voto por correo

Especialmente con base en el principio del voto secreto, el voto por correo necesita ser justificado.

En el voto por correo esta reducido el control público de la votación. Tampoco la integridad de la elección está garantizada de igual manera que con la elección en urnas en el sitio de votación.

El hecho de que esté admitido el voto por correo; sin embargo, tiene por objeto lograr una participación de votantes lo más amplia posible con el fin de respetar el principio de la generalidad de las elecciones. El principio de la generalidad de las elecciones –por lo menos en relación con el voto por correo– representa una decisión constitucional básica opuesta a los principios de que las elecciones han de ser libres, secretas y públicas, que en principio se presta para justificar limitaciones de otras decisiones básicas de la Constitución. En este contexto, si bien en primera línea le compete al Legislador lograr, en el momento de configurar el derecho electoral para las decisiones básicas que colisionan una compensación adecuada; sin embargo, debe cuidar que ninguno de los principios del derecho electoral sea restringido desproporcionalmente o que quede ampliamente inefectivo.

La movilidad creciente en la sociedad actual y una mayor tendencia a configurar la vida de forma individual justifica el voto por correo sin más requisitos, con el fin de lograr una participación lo más amplia posible en las elecciones.

Antes era necesario presentar en forma fehaciente los motivos que imposibilitaron una elección directa en las urnas. Sin embargo, este requisito resultó en Alemania prácticamente inútil, ya que una comprobación, aunque fuera al azar, de los motivos indicados era imposible.

E. Conclusiones

Las elecciones son el mayor procedimiento de masas que conoce el derecho. Las elecciones constituyen el fundamento del Estado de Derecho democrático. Deben satisfacer determinados requisitos constitucionales. Por la brevedad del tiempo, solo me fue posible referirme a una parte de los múltiples problemas relacionados con la garantía de las elecciones democráticas. Especialmente desistí de tematizar la relación entre el derecho electoral y el sistema de partidos.

Quien habla sobre las elecciones como fundamento del Estado de Derecho democrático, en el fondo también debe dar una visión de aquellas organizaciones que juegan un papel esencial en la organización de la voluntad popular. La estructura democrática de partidos, su posición dentro del Estado y especialmente la financiación de los partidos están estrechamente relacionadas con las elecciones democráticas. En las ciencias políticas se discute con especial énfasis la relación entre el sistema de elecciones y el sistema de partidos. Sin embargo, sobrepasaría

el marco de esta conferencia abordar las cuestiones complejas relacionadas con este tema.

Por ello permítanme, para terminar, advertir que el derecho electoral y el sistema de partidos tienen un gran impacto sobre el desarrollo político de un país. De esta manera, ya en el año 2000 el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), cuando estaba discutiendo el contexto entre las instituciones políticas y la gobernabilidad, y extendió su mandato, emprendió una iniciativa para examinar las relaciones entre el sistema electoral, las reformas electorales y la gobernabilidad en América Latina. Las organizaciones internacionales están observando intensamente el derecho electoral y los sistemas electorales, y con ello mantienen en la agenda política el tema de la reforma del sistema electoral como parte de la reforma de las instituciones para aumentar la gobernabilidad. Por lo tanto, el tema del derecho electoral nos ocupará también en el futuro.