



La barrera legal: ¿problema o solución?

Descripción

La barrera legal o barrera electoral se ha convertido en uno de los institutos jurídicos más controvertidos del Derecho Electoral Comparado. Denostada y admirada a partes iguales, su utilización es escasa en Europa, donde sólo es empleada en once países de la Unión Europea (Alemania, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Letonia, Bulgaria, Estonia, Suecia, Países Bajos y España). Por lo que respecta al resto del mundo, su utilización es prácticamente residual, destacando especialmente el caso de Turquía, donde la barrera electoral se sitúa en el 10%, poniendo en cuestión su legitimidad democrática por la práctica imposibilidad de que partidos minoritarios puedan acceder a la representación parlamentaria.

En España, el debate sobre su aumento es recurrente y agrio (nuestra barrera electoral se sitúa en el 3% de los votos válidos emitidos en cada circunscripción), basado en la percepción de la sobrerrepresentación parlamentaria de los partidos nacionalistas y la creencia de la vulnerabilidad de los partidos mayoritarios de carácter nacional con opciones de formar gobierno, que ven mermada su capacidad de gestión política y la consecución de sus programas de gobierno por las cesiones que deben de hacer a partidos minoritarios, perjudicando la estabilidad parlamentaria del gobierno cuando sus deseos no son satisfechos. Por ello, recurrentemente, se producen intensos debates en los medios de comunicación cada vez que se plantea una reforma electoral que pudiese disminuir la importancia que en nuestra joven democracia han adquirido dichos partidos.

Mediante este estudio trataré de exponer una visión general de este instituto jurídico planteando un análisis comparativo de su regulación y funcionalidad en Alemania y España, haciendo especial hincapié en la legitimidad que le procuran las diversas sentencias del Tribunal Constitucional referidas a la constitucionalidad de la barrera legal.

LA BARRERA LEGAL: CONCEPTO Y SIGNIFICADO

La barrera legal, también llamada cláusula de obstáculo (*Sperrklausel*), o umbral mínimo, se utiliza «cuando la participación de los partidos, en la asignación de escaños, depende de que éstos obtengan un mínimo devotos u obtengan escaños». La barrera legal se configura a través de una

serie de elementos normativos que tienen por objeto la regulación del acceso a las cámaras representativas por parte de candidatos que no hubiesen alcanzado la cuota mínima necesaria. Esta barrera, objeto de frecuente y enconada polémica, resulta, no obstante, «obvia, puesto que en todo método de elección existe un umbral de apoyo electoral por debajo del cual las reglas generales del sistema impiden alcanzar representación».

La doctrina, en este sentido, ha estimado que el umbral de acceso suele ser, frecuentemente, más elevado en elecciones que se rigen por el principio mayoritario que en las regidas de acuerdo con el principio proporcional, puesto que la lógica que guía a los sistemas de representación proporcional es la de reducir drásticamente la disparidad entre la distribución del voto nacional de un partido y los escaños parlamentarios que le corresponden. En este sentido, Nohlen afirma que la barrera «limita el número de partidos con posibilidad de acceder a una representación parlamentaria de su electorado, y por lo tanto, afecta a la decisión del votante, restringiéndola a los partidos con posibilidades de franquear esa barrera y, distribuyendo la totalidad de los escaños de manera proporcional entre los partidos que lograron tal meta». Es por ello un elemento que incide pesadamente en las minorías, favoreciendo por tanto a las mayorías y evitando que nuevos actores puedan participar en la vida política. Incluso algunos autores la consideran «antidemocrática», en la medida en que favorece el monopolio de determinados partidos, obstaculizan la creación de nuevos y hacen «desaparecer» cierta oposición política, que no encuentra acomodo parlamentario. Otros autores, entre los que destaca el profesor Torres del Moral, van un paso más allá al afirmar: «Hoy se piensa más bien que todas las fórmulas electorales, sean de mayoría, sean proporcionales, limitan el número de partidos. En efecto, puesto que no conceden escaños a los escasamente votados, se convierten en un filtro o freno para la aparición de nuevos partidos y para la consolidación de los más pequeños ya existentes». La ventaja fundamental: la eliminación del voto no útil o inútil.

LA BARRERA LEGAL EN ALEMANIA

La barrera legal tiene su origen histórico en el caos político e institucional de la República de Weimar que propició el ascenso de Hitler a la cancillería alemana. Como expone Otto Bachof, «la atomización de los partidos y su incapacidad para construir coaliciones, contribuyeron intensamente a la destrucción de la democracia, así como introdujeron, o en su caso facilitaron, la toma de poder por parte de la dictadura nacionalsocialista». No obstante, la doctrina, a este parecer, no es unánime. Lo cierto es que la particularidad del sistema electoral de la Primera República Alemana (1919-1933), clasificado como proporcional puro, propició un aumento cada vez mayor de los grupos políticos con representación en el Reichstag, llegando, tras las elecciones de 1930 (las primeras tras el «crack» de la Bolsa de Nueva York en 1929, de gravísimas consecuencias para la maltrecha economía alemana), a la sorprendente cifra de quince partidos con representación parlamentaria, aunque posteriormente descendió ligeramente, a trece, tras las elecciones de 1932 (las últimas antes del ascenso de Hitler a la cancillería).

En ese sentido, resulta esclarecedor el hecho de que, a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de Weimar de 1919¹, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 no aparece ninguna referencia al sistema electoral a utilizar, quizá como medio para evitar una reforma cualquiera que pudiese ofrecer de nuevo una puerta abierta por la que entrasen elementos desestabilizadores del sistema. Por ello, en la *Bundeswahlgesetz* (Ley Electoral Federal), de 1949, se introdujo la barrera electoral, «con el objetivo de luchar contra la tendencia generalmente derivada de la elección proporcional» que contrarresta la fundación de nuevos partidos políticos, disminuye el número de

partidos que presentan candidaturas, favorece el fenómeno de concentración de votos e impide que el número de partidos políticos representados en el Bundestag sea elevado. A este parecer, es de destacar que, desde 1949, año de promulgación de la Ley Electoral, la cláusula para el acceso al reparto de escaños se elevó del 5% en el Land (o un escaño directo) al 5% en todo el territorio federal en 1953. El 1956 el sistema se configuró como proporcional personalizado, frente al proporcional puro de la Constitución de Weimar, y en 1985 se sustituyó el método D'Hont por el Hare-Niemayer. Tras la Segunda Guerra Mundial y la configuración de la nueva República Federal Alemana, el terror a la repetición de los errores legales y constitucionales que propiciaron el caos institucional de la República de Weimar y, consecuentemente, el ascenso nazi al poder, ha guiado la actuación de los dirigentes políticos en la elaboración, tanto de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 como la Ley Electoral Federal y sus sucesivas reformas.

El éxito del sistema resulta plausible analizando los resultados electorales desde 1949, aunque el éxito resulta más evidente tras las elecciones de 1953, en las que, de 17 partidos que concurren a las elecciones, sólo seis obtuvieron escaño, y en 1957, de 14 partidos, sólo cuatro obtuvieron finalmente representación parlamentaria. Desde 1961 y hasta 1983, sólo la CDU/CSU, SPD y FDP obtuvieron escaños. A partir de 1983, un nuevo actor entra en la arena política para no volver a salir de ella: Los Verdes. Tras las elecciones de 2005 un nuevo partido, Die Linke (La Izquierda), liderado por Oskar Lafontaine se situaría a la izquierda del SPD, con lo que el Bundestag, en la actualidad, está formado por cinco partidos, que se reparten los 614 escaños que componen el Bundestag (299 de elección directa y 315 de elección por las listas regionales o segundo voto).

Sin embargo, estos resultados no radican exclusivamente en la cláusula del 5%. En los primeros años de la República Federal Alemana (1949-1953), y a pesar de la *Sperrklausel*, conseguían representación parlamentaria un mayor número de partidos políticos. ¿Qué factor o factores determinaron el cambio de tendencia? Tras este giro subyace más bien un cambio de actitud de la población ante el sistema de partidos, en la convicción de que únicamente los grandes partidos políticos resultarían eficaces. En este sentido, las palabras de Sartori suponen una perfecta síntesis del sistema alemán: «En los países con circunscripciones uninominales se vota para crear un gobierno estable y responsable, y sólo de modo subordinado un gobierno representativo. En los países con un sistema proporcional se vota para crear un parlamento representativo, y sólo de modo subordinado un gobierno». En Alemania se ha conjugado la proporcionalidad, consagrada jurídicamente, con la estabilidad política consolidada socialmente a través de las sucesivas elecciones.

La única excepción a la vigencia de la *Sperrklausel* se produjo como consecuencia del proceso reunificador tras la caída del muro de Berlín. En efecto, la cláusula fue recurrida ante el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), quien, mediante sentencia del 29 de septiembre de 1990, declaró inconstitucional la *Sperrklausel* del 5%, 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 por ser contraria a la igualdad de los partidos políticos y a la igualdad de voto, declarando asimismo la inconstitucionalidad de la nueva disposición transitoria de la Ley Electoral Federal, por la que se pretendía suavizar las consecuencias del mantenimiento de dicha cláusula en las primeras elecciones en la Alemania unificada, mediante la autorización de las uniones de listas que no concurren en el mismo Land. La argumentación que el Tribunal Constitucional Federal expuso como causa fue la «excepcionalidad» de esas elecciones legislativas, las primeras para el conjunto de Alemania, lo que estimaba debería tenerse en cuenta para la regulación de la *Sperrklausel*, habida cuenta de que pudiera ser extremadamente perjudicial para los territorios de la extinta RDA y sus

partidos. «Mientras que a los partidos de la RDA se les exigiría el 24% de los votos de su territorio para alcanzar el 5% nacional, a los partidos de la RFA no les supondría más del 6%». De los casi 60 millones de alemanes en edad de votar, 48 se encontraban en la RFA y los 12 restantes en la RDA. Como se desprende de los datos, una diferencia sustancial que podría cuestionar la legitimidad y validez del histórico proceso electoral. Por ello, una nueva ley electoral regiría las primeras elecciones conjuntas, tras las que se haría necesaria una nueva regulación legal. Regulación que en la actualidad mantiene la barrera legal en el 5%.

No obstante, nadie cuestiona hoy su utilidad y viabilidad, teniendo en cuenta la presencia de varios partidos de ideología neonazi en parlamentos regionales que, con un cambio en la legislación electoral, podrían tener la posibilidad de acceder a la representación parlamentaria en el Bundestag, poniendo así en peligro el orden constitucional y la estabilidad de la que se ha dotado Alemania en los últimos sesenta años.

LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

La barrera electoral en España, consagrada por nuestra Ley Orgánica del Régimen Electoral General, ha sido denunciada ante el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones con motivo de elecciones regionales, utilizando como elemento vehicular de su pretensión la supuesta vulneración del artículo 23.2 de la Constitución en relación con el artículo 14. Sin embargo, dicha vulneración ha sido en todos los supuestos refutada por el Tribunal que ha afirmado reiteradamente la preeminencia del principio de gobernabilidad y estabilidad parlamentaria frente a una «pura» representación proporcional que, si bien sería más justa, no redundaría en una mayor y mejor gobernabilidad.

El Tribunal analizó por vez primera la barrera electoral en la sentencia 751985, de 21 de junio, a raíz de las elecciones al Parlamento de Cataluña en 1984, donde expone, refiriéndose al sistema electoral (proporcional o mayoritario), que «el artículo 23 de nuestra Constitución, que es el que da fundamento a las actuales pretensiones de amparo, no impone, por sí mismo, al legislador ninguna de las modalidades ya existentes en el derecho comparado ni cualquier otro nuevo sistema».

Sin embargo, el Tribunal, haciéndose eco de la reciente historia alemana y con el claro objetivo de evitar ese caos político, añade: «La experiencia de algunos periodos de nuestra historia contemporánea y la de algunos otros regímenes parlamentarios enseña, sin embargo, el riesgo que, en relación a tales objetivos institucionales, supone la atomización de la representación política, por lo que no es, por lo tanto, ilegítimo que el ordenamiento electoral intente conjugar el valor supremo que, según el artículo 1.1 de la Constitución representa el pluralismo -y su expresión, en este caso, en el criterio de la proporcionalidad- con la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos, por lo que la posibilidad de tal limitación de la proporcionalidad electoral resulta tanto más justificada cuanto que, según hemos visto, no cabe, en rigor, hablar de un derecho subjetivo a la misma sobre la base del artículo 23.2 de la Constitución».

Por otro lado, la sentencia 721989, de 20 de abril de 1989, en relación a un recurso planteado tras las elecciones autonómicas en Canarias de 1987, sostiene: «Lo significativo, en todo caso, desde la perspectiva del artículo 23.2 de la Constitución, puesto en relación con el artículo 14, es que la regla legal se aplica a todas las candidaturas por igual, sin que conste la existencia de obstáculos para que todas ellas concurren a unas mismas elecciones, y en unos mismos distritos o circunscripciones, en las mismas condiciones legales [...]. El principio democrático de la igualdad se encuentra abierto a las fórmulas electorales más diversas y ello porque se trata de una igualdad ante la ley, o como el mismo

artículo 23.2 de la Constitución establece, de una igualdad referida a las condiciones legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla, por lo que la igualdad, por tanto, no prefigura un sistema electoral y excluye otros, sino que ha de verificarse dentro del sistema electoral que sea libremente determinado por el legislador, impidiendo las diferencias discriminatorias, pero a partir de las reglas de tal sistema y no por referencia a cualquier otro».

El Tribunal lo relaciona asimismo con el artículo 152.2 de la Constitución: «La regla de un porcentaje mínimo, además de no vulnerar el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución en conexión con el 14 del propio texto fundamental, constituye previsión legal, no sólo razonable, sino imprescindible, para asegurar que las diversas zonas del territorio de las Comunidades Autónomas tengan representación en sus Asambleas legislativas -artículo 152.2 de la Constitución-».

Por último, la sentencia 1931989, de 16 de noviembre, en referencia a las elecciones en la Comunidad Autónoma de Murcia de 1987, redonda en las tesis expuestas: «Es reiterada doctrina de este Tribunal que, cuando se trata de cargos representativos, el derecho genérico a la igualdad del artículo 14 de la Constitución se ve normalmente reconducido o subsumido en lo específicamente previsto en el artículo 23.2 que es el precepto que, en su caso, pudiera haber resultado directamente transgredido». Añadiendo después que la proporcionalidad está supeditada a la gobernabilidad: «Se trata, en definitiva, de restricciones a la proporcionalidad, a favor de criterios favorables a la funcionalidad del sistema de gobierno como pueden ser favorecer la gobernabilidad, evitar la fragmentación de la representación, facilitar la capacidad de trabajo de las Cámaras o asegurar una opción razonable (de entre las varias posibles) en cuanto a la representación parlamentaria de las fuerzas políticas».

CONCLUSIONES

La historia contemporánea ha demostrado cómo la excesiva proporcionalidad de un sistema electoral -teóricamente la fórmula que, por tener la representación más justa, evita el desequilibrio entre los deseos de la soberanía popular y su plasmación parlamentaria- es el sistema que, adoptado en su vertiente más pura, propició la llegada del nazismo en Alemania y la ruptura de su orden constitucional. El sistema proporcional, que se consagró en la Constitución alemana de 1919, en teoría, dada la ausencia de una mayoría clara en el Parlamento, hubiera debido favorecer tanto el consenso y la negociación entre los diferentes grupos parlamentarios cuanto la ausencia de una fuerte polarización del sistema; por el contrario, propició el caos político e institucional que arrolló la incipiente democracia alemana de la República de Weimar (1919-1933), abriendo una brecha jurídica por la que, en medio de la violencia callejera y el caos social, Adolf Hitler fue nombrado canciller. Porque, en contra de lo afirmado con frecuencia, el ascenso de Hitler fue legal, en su convencimiento (tras el fracaso de su golpe de estado en 1923) de que sólo podría dismantelar el sistema desde dentro.

Tras el horror de la Segunda Guerra Mundial, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 quiso dotar a la nueva República Federal Alemana de un sistema casi infalible que impidiese la repetición de los errores que propiciaron el ascenso del nazismo y la excesiva fragmentación parlamentaria. El instrumento elegido, la *Sperrklausel* o cláusula de obstáculo, pretendía que ningún partido que no superase un umbral mínimo de sufragios en todo el territorio nacional -actualmente el 5%- pudiese acceder a la representación parlamentaria en el Bundestag. La *Sperrklausel*, en sus sesenta años de historia, ha dado sobradas muestras de eficacia sin que, salvo por los partidos de ideología neonazi,

haya sido puesta en cuestión, permitiendo durante el periodo de su vigencia la reconstrucción de Alemania y una estabilidad gubernativa -no exenta de pactos- sin precedentes en Europa.

En España, con posterioridad a la Transición y el proceso constituyente, se trasladó este eficiente instrumento de estabilidad parlamentaria a nuestra propia legislación electoral, adaptándolo a nuestra idiosincrasia política, jurídica y electoral. La barrera electoral o umbral mínimo quedó establecido para las elecciones generales en el 3% por circunscripción, como vía intermedia de conciliación entre aquellos que abogaban por un sistema mayoritario frente a los que pretendían el establecimiento de la fórmula proporcional.

En la actualidad, sin embargo, el sistema es fuertemente contestado de manera más o menos abierta por los principales partidos políticos, que siempre que han accedido a la responsabilidad de gobierno lo han hecho tras un pacto con fuerzas minoritarias nacionalistas, que, aprovechándose de su sobrerrepresentación parlamentaria, han utilizado la debilidad del Gobierno y la posibilidad de su caída como instrumentos de presión para obtener réditos políticos. La necesidad de una reforma aparece pues como imprescindible para no convertir la gestión del Gobierno en una quimera que ponga en peligro políticas a largo plazo, toda vez que la realidad de un «gran pacto» o *Grosskoalition*, como en Alemania, entre las principales fuerzas políticas se presenta a todas luces imposible.

Nuestro Tribunal Constitucional, en relación a la barrera electoral, ha proclamado su constitucionalidad en repetidas sentencias referidas a procesos electorales de las comunidades autónomas, siendo la más importante la 751985, de 21 de junio, pero determinando claramente en todas ellas la supeditación del principio de proporcionalidad al principio de estabilidad y gobernabilidad. La estabilidad parlamentaria y la capacidad de gobierno es el interés primordial.

Sin embargo, también cabe destacar, que la barrera del 3% no es operativa en España porque los sistemas electorales del Congreso y del Senado determinan por sí mismos la exclusión de los partidos minoritarios en cada circunscripción. El sistema mayoritario del Senado actúa como todos los sistemas mayoritarios concentrando escaños en los partidos más votados, y el sistema proporcional D'Hont del Congreso, combinado con un reparto inferior de siete escaños en el 75% de las provincias, actúa en esas provincias como mayoritario, de manera que es el mismo sistema, y no la barrera legal, la que excluye a los partidos minoritarios.

La perversión del sistema, no obstante, se hace patente tras un análisis de la gobernabilidad en nuestra reciente historia democrática. Desde las elecciones generales de 1993, en las que el PSOE perdió la mayoría absoluta que ostentaba desde las elecciones generales de 1982, hasta las últimas elecciones generales de 2008, ningún presidente de Gobierno ha sido investido sin el apoyo de determinados partidos nacionalistas, salvando la notable excepción de la legislatura 2000-2004, en la que, tras la mayoría absoluta fruto de las elecciones generales de aquel año, no fue necesario el apoyo parlamentario de ninguna minoría parlamentaria nacionalista (aunque se obtuvo de CIU, PNV y CC). Ha resultado evidente en estos años que la fuerza adquirida por dichos partidos no ha redundado en una mejora de la eficacia y de la estabilidad institucional, más bien al contrario, propiciando una inestabilidad política que se ha saldado con frecuentes desencuentros, amenazas de caída del Gobierno más o menos veladas e incapacidad manifiesta en muchas ocasiones para la realización de un programa de gobierno por el que el partido en el Gobierno resultó elegido por la ciudadanía. La gobernabilidad ha resultado especialmente difícil en la primera legislatura de José Luis Rodríguez Zapatero, quien, en virtud de pactos previamente suscritos y de dudosa ética, se

comprometió a no llegar a ningún tipo de acuerdo político con el Partido Popular, incidiendo aún más en la inestabilidad y propiciando que fuerzas no representativas del interés general tengan la llave de un Gobierno que sí representa el interés general.

El debate queda no obstante en manos de nuestros representantes políticos para que, partiendo de una inteligente construcción teórica, sepan alcanzar un acuerdo que permita una reforma electoral necesaria para afrontar el nuevo siglo con un sistema electoral que, sin merma de la proporcionalidad, sea capaz de garantizar que la acción de gobierno no sea un débil castillo de naipes regido por unos pocos que no desean, por su propia naturaleza, el interés general

BIBLIOGRAFÍA

Bachof, Otto, «Derecho electoral y derecho de los partidos políticos en la RFA». Conferencia pronunciada en la UNAM(México), 1979.

Cruz Villalón, Pedro, «Legislación electoral y circunstancias excepcionales: la igualdad de oportunidades de los partidos políticos en las primeras elecciones generales de la nueva RFA». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 30, septiembre-diciembre 1990.

Martínez Sospedra, Antonio, et al., *Sistemas electorales, un estudio comparado*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2007.

Morales Pérez, Pilar, y Alcántara Sáez, Manuel, «La ley electoral en el proceso de unificación alemana». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 72, abril-junio 1991.

Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales del mundo*, CEPC. Madrid, 1981.

Sistemas electorales y partidos políticos. Editorial Fondo de Cultura Económica, 2004.

Sartori, Giovanni, *Elementos de teoría política*. Alianza Editorial, Madrid, 2007.

Sentencias del tribunal constitucional: sentencia 401981, de 18 de diciembre; sentencia 751985, de 21 de junio; sentencia 721989, de 20 de abril; sentencia 1931989, de 16 de noviembre.

Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español, volumen 1*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UCM), Madrid, 2004.

Varela Suanzes, Joaquín (ed.). *Textos básicos de la historia constitucional comparada*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

Fecha de creación

29/10/2009

Autor

David Delgado Ramos