

C) RECENSIONES DE
LIBROS Y BIBLIOGRAFÍA

LAS BARRERAS ELECTORALES. GOBERNABILIDAD VERSUS REPRESENTATIVIDAD

Joan Oliver Araujo
Tirant Lo Blach (Valencia), 2017, 244 págs.

María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal
Universidad de las Islas Baleares

¿Gobernabilidad o representatividad? Difícil pregunta con una respuesta todavía más complicada. Ardua decisión es pronunciarse sobre el futuro político de nuestra democracia. Emitir un juicio sobre la pugna entre la necesidad de un Gobierno eficaz en cuanto a sus objetivos y de una representatividad que sea vivo reflejo de la diversidad política del país es, ciertamente, una de las cuestiones más complejas a las que a día de hoy puede enfrentarse un constitucionalista español. No obstante, es abordada con rigor y ciencia por el profesor Joan Oliver Araujo en el libro objeto de este comentario: *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*. Efectivamente, el trabajo del catedrático mallorquín –cuyo origen se encuentra en su brillante discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares– versa, como su propio título indica, sobre las barreras electorales o cláusulas de exclusión electoral. La bondad democrática de esta institución ha sido profundamente controvertida en la doctrina, pues condiciona el ejercicio de uno de los más relevantes derechos fundamentales del ciudadano en un país libre: el derecho al sufragio.

Aun conformando ésta una materia de importancia absolutamente crucial es, sin embargo, escasa la atención que la literatura jurídica española le ha prestado, algo que, por cierto, contrasta con el amplio tratamiento que ha tenido en otros países de nuestro entorno político, como Italia o Alemania. Dicha circunstancia convierte el libro del profesor Oliver en una lectura imprescindible para todo aquel que desee comprender cómo juegan los votos en la determinación de las mayorías y cómo juegan estas últimas en la atribución de escaños a cada fuerza política, esto es, en definitiva, cómo se traduce el resultado de nuestro voto en nuestra representación política.

Quiero adelantar, además, como notas relacionadas con el libro en su conjunto, su elevada calidad científica y su rigor técnico, cualidades siempre presentes en los trabajos del profesor Oliver Araujo. Ello se manifiesta, específicamente, en el carácter omnicomprensivo y detallado del análisis crítico presentado por el autor, el cual ha

sabido tener en cuenta el amplio espectro de la materia a tratar. Dicho lo anterior, veamos a continuación cuál es la estructura y contenido de la obra.

En cuanto a su estructura, el libro se divide en ocho capítulos. El primero, de carácter introductorio, contiene un acercamiento a la noción de sistema electoral y a sus elementos, permitiendo encuadrar en el marco del mismo a las barreras electorales. Los cinco siguientes capítulos están dedicados al análisis de las mismas. En el capítulo II el autor conceptúa las barreras electorales y analiza su naturaleza y finalidad, así como las distintas elecciones en las que éstas están presentes y los criterios utilizados para el cómputo de los votos a los efectos de establecerlas. En los capítulos III a V examina las distintas barreras del sistema electoral español, a saber, la barrera electoral establecida para las elecciones al Congreso de los Diputados, las barreras utilizadas en las elecciones de los Parlamentos autonómicos y la barrera electoral fijada para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales, respectivamente. El capítulo VI presenta, de forma ordenada y crítica, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia. Finalmente, el libro se cierra con dos capítulos de extraordinario interés: el capítulo VII, en el que el profesor Oliver ofrece una visión crítica de la propuesta realizada por un sector de la doctrina de implantar en España las barreras electorales existentes en el ordenamiento jurídico alemán; y el capítulo VIII, en el que estudia diversos casos en los que el umbral electoral se ha utilizado, de forma encubierta y tal vez espuria, como barrera electoral.

Por lo que se refiere al contenido, Oliver Araujo examina críticamente todos y cada uno de los aspectos fundamentales de la materia objeto de estudio, permitiendo al lector conocer con detalle cómo juegan las barreras electorales en la participación política de los ciudadanos españoles, en el marco de nuestro sistema democrático. Sin perjuicio de recomendar encarecidamente una lectura pausada y profunda del libro, voy a referirme de forma sucinta a los puntos más fundamentales sobre los que se ha pronunciado el autor. Ello –insisto– sin dejar de efectuar, en este momento, una remisión a la lectura del trabajo en su conjunto, al objeto de adquirir un conocimiento de alto nivel sobre las barreras electorales. Algo, además, de todo punto necesario para los estudiosos del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política.

1. En el capítulo I, el profesor Oliver Araujo presenta el sistema electoral como el elemento nuclear de la democracia representativa (pág. 25) y la pieza fundamental del régimen político (pág. 28), en tanto en cuanto conforma el instrumento mediante el cual se produce la participación política de los ciudadanos y la representación del soberano constitucional en el marco del Estado de Derecho. Junto a ello, reseña los distintos elementos que lo integran (cuerpo electoral, circunscripción electoral, fórmula electoral y barrera electoral), poniendo de relieve que no existe un solo régimen electoral admisible, sino que cada entidad política deberá adoptar el que mejor se adapte a su propia realidad y a sus necesidades políticas, decidiendo qué aspecto o aspectos desea potenciar (pág. 29). Subraya que lo más importante es que las técnicas electorales (lo que se ha venido a denominar la “ingeniería electoral”) reflejen, de forma honrada y exacta, la voluntad de los ciudadanos (pág. 30).

Analizando los elementos mencionados, el autor destaca el hecho de que el sufragio universal, como derecho público subjetivo entroncado con el concepto de

soberanía, deba ejercerse de forma colectiva por los nacionales del país que tienen la suficiente capacidad intelectual para ejercer los derechos políticos (pág. 31), criticando el hecho de que en algunos países los condenados penales queden excluidos del mismo (pág. 33). Además, también advierte acerca de la incorrección que supone identificar el término de votante con el de elector, es decir, quien ostenta la capacidad y cumple los requisitos para ejercer el derecho de sufragio, siendo que aquél, el votante, es quien efectivamente hace uso de su derecho de voto (pág. 33). Ello es así porque éste, el derecho de voto, no constituye una obligación jurídica, sino un derecho de libre disposición por su titular, de tal forma que la abstención también es una posibilidad legal y legítima (pág. 33). Ésta es usada, en ocasiones, de forma consciente como un reproche cívico que, si fuera exteriorizado masivamente, podría obligar a replantearse la legitimidad del sistema político en su conjunto (pág. 34).

De todos los elementos que integran el sistema electoral, Oliver Araujo señala que es la circunscripción (es decir, cada una de las porciones en las que se divide el territorio de una entidad política a efectos electorales) el elemento que condiciona de forma más decisiva el funcionamiento real del sistema electoral (pág. 36). Así, pues, manifiesta que el tamaño de las circunscripciones condiciona decisivamente la proporcionalidad de la representación y el fraccionamiento del sistema de partidos (pág. 38), de tal forma que un cambio en las circunscripciones puede implicar un cambio del sistema electoral (pág. 39). Finalmente, por lo que respecta a este capítulo, el profesor Oliver examina las distintas fórmulas electorales, abogando –a pesar de todos sus inconvenientes– por el sistema proporcional como el mejor sistema de reparto de escaños, por responder a una idea elemental de justicia igualitaria (pág. 39).

2. Es a partir del segundo capítulo donde Oliver Araujo se adentra de lleno en el análisis de las cláusulas de exclusión. Define la barrera electoral como aquella cláusula en virtud de la cual se establece el porcentaje mínimo de votos que debe lograr una candidatura (esto es, una lista electoral) para participar en la distribución de los escaños que están en disputa (pág. 46). Además, para evitar confusiones muy comunes, la diferencia rápidamente del “umbral electoral”, sin perjuicio de que en el capítulo VII analice cómo éste se utiliza en ocasiones, de forma encubierta, cómo barrera electoral.

Afirma que las barreras electorales son una decisión legítima del legislador orgánico o del legislador ordinario competente (pág. 64), ya que su finalidad es actuar como dispositivos correctores del excesivo fraccionamiento partidista, a los efectos de poder formar un Gobierno estable y eficaz. Sin embargo, el autor advierte enseguida de que, también, tienen un efecto concentrador, pues desincentiva el sufragio de los posibles votantes de aquellos partidos con escasas o nulas posibilidades de superar la cláusula de exclusión (pág. 58). Por este motivo, entiende que las barreras electorales establecen una diferencia de trato lesiva para los intereses de los candidatos de los partidos minoritarios (pág. 50), especialmente para los de nueva creación (pág. 54). Además, erosionan la posición de los partidos menores que no tengan la certeza de superar la barrera en el ámbito en el que se aplica (pág. 51). En cualquier caso, el profesor Oliver subraya, como dato esencial, que las barreras electorales constituyen barreras legales y no barreras constitucionales, ya que están establecidas por la LOREG, por las leyes electorales autonómicas o por los Estatutos

de Autonomía, pero en ningún caso por la propia Constitución, pudiendo por tanto ser suprimidas, rebajadas o aumentadas (hasta cierto límite) por el mismo legislador estatal o autonómico (pág. 63).

A continuación, el autor se pronuncia sobre la inclusión de los votos en blanco dentro de los votos válidamente emitidos para el cálculo de las barreras electorales. Tras señalar que garantizaría mucho mejor el secreto del voto la previsión de una papeleta específica para emitir el voto en blanco (pág. 75), indica –conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional– que estimar válidos los votos en blanco a efectos de computar el mínimo de apoyos exigible constituye una legítima opción política de participación en el proceso electoral (pág. 82). Por otra parte, en relación a la general utilización de la regla D'Hondt en todas las elecciones que se celebran en España (salvo las del Senado), afirma que muchas de las limitaciones a la proporcionalidad que se achacan a dicha regla son, en realidad, más imputables al pequeño tamaño de los distritos y a las distorsiones en el reparto territorial de escaños que a la fórmula electoral propiamente dicha (pág. 85).

3. El profesor Oliver Araujo dedica los capítulos III, IV y V a estudiar las barreras electorales en cada una de las distintas elecciones en las que se utilizan: las del Congreso de los Diputados, las de los diecisiete Parlamentos autonómicos y las de los órganos de gobierno de los entes locales (Ayuntamientos, Cabildos Insulares canarios y Consejos Insulares baleares). Asimismo, realiza una breve referencia a los comicios en los que se excluye la utilización de las referidas barreras (las elecciones de los diputados españoles al Parlamento Europeo) y a los posibles motivos de esta decisión política. Entre ellos destaca la voluntad de potenciar al máximo la proporcionalidad de los resultados (pág. 68), tanto por la referida inexistencia de cláusula de exclusión (opción que el Derecho Europeo dejó al criterio de los Estados) como por la amplia magnitud de la única circunscripción, todo el territorio del Estado (págs. 69-70).

- a) El capítulo III lo dedica a estudiar la barrera existente en las elecciones al Congreso de los Diputados, que es del tres por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción (artículo 163 LOREG). El autor destaca su escasa efectividad territorial (pág. 87), debido a la pequeña magnitud de la inmensa mayoría de las provincias españolas (pág. 88). En concreto, indica que esta cláusula solo puede ser efectiva en una circunscripción que tiene asignados más de veinticuatro escaños (pág. 90), magnitud que únicamente superan las provincias de Madrid y Barcelona, pero no las otras cuarenta y ocho circunscripciones provinciales ni, por descontado, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (pág. 89). Sin embargo, aunque subraya que se trata de una cláusula ornamental y casi inútil en la práctica (pág. 90), explica su existencia por una razón muy concreta: “Es una especie de declaración de principios que indica que los partidos pequeños no son bienvenidos al Parlamento español, al mismo tiempo que se les impele a formar grupos políticos más amplios, mediante un procedimiento de agregación de voluntades” (pág. 90). Es, además, expresión de la “conocida tendencia inmovilista del legislador” a la hora de reformar la legislación electoral (quien quiere no puede y quien puede no quiere).

- b) En el capítulo IV, el profesor Oliver Araujo analiza las barreras electorales utilizadas en las elecciones de los Parlamentos autonómicos. Señala que los diecisiete sistemas autonómicos han establecido barreras electorales, ya sea a través de su Estatuto de Autonomía o de la aprobación de leyes electorales propias. Advierte, sin embargo, que su altura varía muy sensiblemente de una comunidad a otra (pág. 108). En este sentido, clasifica las diferentes barreras electorales en seis niveles, que van desde el tres por ciento en la circunscripción al seis por ciento en el conjunto de la Comunidad Autónoma, según se prime la representatividad o la gobernabilidad (pág. 108). Subraya que, a diferencia de lo que sucede con las elecciones al Congreso de los Diputados, en los ordenamientos jurídicos autonómicos las barreras electorales producen, en numerosas circunscripciones, sus efectos característicos, esto es, dejar fuera del reparto de escaños a partidos cuyos resultados les permitirían, de conformidad con la fórmula proporcional utilizada, obtener uno o varios diputados. Ello se debe a la mayor altura de las barreras y/o a la mayor magnitud de las circunscripciones (pág. 144). También pone de relieve la constante modificación de las barreras electorales autonómicas (subiéndolas o bajándolas). A juicio del profesor Oliver, aunque estas reformas legislativas “siempre han ido acompañadas de respetables argumentos jurídicos” (pág. 140), “en realidad obedecen a la conveniencia política de las mayorías coyunturales... en una suerte de *gerrymandering*, que intenta esconder sus miserias bajo arcaísmos teórico prácticos que al rascarse mínimamente muestran endeble justificaciones” (pág. 139).
- c) El capítulo V estudia la barrera electoral fijada para las elecciones de los órganos de gobierno de los entes locales, que se sitúa, para todos los casos, en el cinco por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción. Manifiesta el profesor Oliver que se trata de una barrera muy elevada y, ciertamente, con notable eficacia, debido a la mayor magnitud de la circunscripción y al elevado porcentaje de apoyos que exige (pág. 159). Su justificación se halla en la Transición Política, pues fue un modo de favorecer la implantación de los partidos políticos frente a las posibles agrupaciones locales de electores. Por otra parte, el catedrático de la Universidad balear critica la disparidad de fuentes reguladoras de las elecciones de los gobiernos de las islas de las Comunidades Autónomas de Canarias y de Baleares, pues en tanto la regulación de las barreras electorales de los Cabildos canarios se encuentra en la LOREG, la los Consejos Insulares de Baleares se ha fijado por ley autonómica. Entiende el autor que esta incongruencia en la regulación de las barreras electorales insulares en Canarias y Baleares debería corregirse, incorporando en la LOREG un título IV bis (con su solo artículo: el 201 bis) con el siguiente rótulo: “Disposiciones especiales para la elección de los Consejos Insulares de Baleares” (pág. 157).

4. En el Capítulo VI examina detalladamente toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existente en materia de barreras electorales. El profesor Oliver pone el acento en este punto en la extremada condescendencia del máximo intérprete de la Constitución tanto con el legislador estatal como con los legisladores autonómicos al haber avalado la constitucionalidad de todas sus normas en esta materia (pág. 163).

Al mismo tiempo, subraya su excesiva ambigüedad a la hora de afrontar algunas de las cuestiones más complejas relacionadas con las mismas, como son los parámetros y los límites de las propias barreras electorales. En concreto, el Tribunal Constitucional sitúa el máximo admisible en el cinco por ciento de los votos emitidos en el conjunto del territorio donde se celebran las elecciones, pero dejando la puerta abierta a porcentajes más elevados al amparo de una fórmula indeterminada: “poderosas razones que lo justifiquen” (pág. 178-179). Para Oliver Araujo resulta bastante claro, en cambio, que la exigencia constitucional de proporcionalidad impone mucha moderación a la hora de establecer cláusulas de exclusión de partidos minoritarios, ya que –a su juicio– no son admisibles barreras muy elevadas que excluyan del reparto de escaños a partidos de cierta importancia electoral, “más allá de lo estrictamente necesario para conseguir un Gobierno eficaz”. En su opinión, el establecimiento de barreras superiores al cinco por ciento de los votos emitidos debe estar adecuadamente motivado y suficientemente ponderado por el legislador que las incorpora (pág. 175).

5. En los dos últimos capítulos del libro, el profesor Oliver Araujo aborda dos cuestiones muy presentes en el debate constitucionalista actual: la posible implantación en España de la barrera electoral regulada en el ordenamiento jurídico alemán (capítulo VI), y la frecuente utilización del umbral electoral como barrera electoral encubierta (capítulo VII).

- a) Respecto de la primera cuestión, considera que la barrera electoral alemana del cinco por ciento de los votos emitidos en el conjunto del Estado (regla general), puede no resultar compatible con la Constitución española, al perjudicar sensiblemente los mandatos de proporcionalidad y pluralismo político, que ésta establece en sus artículos 68.3 y 1.1. En efecto, la aplicación de esta cláusula conduciría a dejar fuera del Congreso de los Diputados a todos los partidos nacionalistas y a numerosos partidos políticos establecidos en todo el territorio del Estado (pág. 192). En relación con las dos excepciones que prevé el ordenamiento jurídico alemán para que un partido pueda acceder al *Bundestag* sin superar la mencionada barrera electoral –esto es, que sus candidatos triunfen, al menos, en tres distritos uninominales, en cuyo caso participarán en el reparto general de escaños–, o bien que uno o dos candidatos triunfen en sus distritos uninominales –supuesto en el que no participará en el reparto general de escaños–, Oliver Araujo considera permitirían la representación de algunos partidos nacionalistas, pero el resultado concreto dependería de la determinación de los distritos uninominales, siempre bajo la amenaza del *gerrymandering* (pág. 193). Con todo, el profesor Oliver, haciendo una rigurosa valoración de la barrera electoral alemana, tanto de su regla general como de sus excepciones, no considera aconsejable trasladarla al Derecho español, ya que estaría la borde la inconstitucionalidad, en la interpretación más favorable (pág. 196). Advierte, además, que, en el caso de que finalmente fuera adoptada, la barrera general debería ser rebajada del cinco al dos o tres por ciento de los votos válidos emitidos en el conjunto del Estado (pág. 195); y la barrera alternativa, del triunfo en tres distritos uninominales a la victoria en uno en uno solo (pág. 196).

- b) En el último capítulo, el VII, el autor describe una técnica que, a menudo, se utiliza para dejar fuera de la atribución de escaños a candidaturas con apoyos electorales pequeños o medianos, sin alterar ni la barrera electoral ni la circunscripción ni la fórmula proporcional de reparto. Nos referimos a la reducción del número de diputados atribuidos a cada circunscripción, lo que provoca automáticamente el incremento del umbral electoral. Muestra el autor cómo en no pocas ocasiones esta técnica, que califica de “maquiavélica”, se ha utilizado para cerrar el paso a formaciones políticas emergentes que amenazan con modificar el *status quo* existente. Advierte que, si se abusa de ella, un sistema electoral teóricamente proporcional puede devenir en un sistema mayoritario corregido, en donde solo dos partidos tengan posibilidades reales de obtener representantes en cada circunscripción (pág. 198). Tales observaciones son corroboradas, además, por el profesor Oliver a través del examen de dos casos concretos: el primero, una reducción de escaños aprobada en la legislación electoral de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en la legislatura 2010-2015; y, el segundo, una reducción de escaños rechazada, intentada a través del Proyecto de Ley de reforma de la Ley electoral de las Islas Baleares tramitado entre finales de 2014 y principio de 2015.

Relatadas las cuestiones más fundamentales del último de los interesantes capítulos que conforman esta obra del profesor Oliver Araujo, no me cabe más que concluir que dos son las singularidades más relevantes de la temática tratada: su complejidad y su amplitud. Características con las que el autor ha sabido lidiar a la hora de abordar el estudio y análisis crítico de las barreras electorales en el ordenamiento jurídico español. Efectivamente, Oliver Araujo ha convertido dificultad en accesibilidad y amplitud en claridad para hacer perfectamente asequible al lector una materia constitucional relevante y escasamente estudiada. Esta brillante obra aúna la perfecta armonía entre título, contenido y estructura, ofreciendo al lector un interesante recorrido de lo general a lo particular en el tema de las barreras electorales. Su lectura reposada resultará de gran utilidad tanto para los profesionales del Derecho Constitucional y la Ciencia Política, como para todas aquellas personas que estén interesadas en desentrañar, de nuestra realidad política, y la constante y callada lucha entre gobernabilidad y representatividad, que subyace a un sinfín de decisiones políticas relevantes a menudo sustraídas del debate público. En definitiva, polivalencia, claridad y rigor técnico en todos los aspectos son las tres notas que, en mi opinión, definen a la perfección esta obra y el fascinante tema que en ella se trata: las barreras electorales.