

LA ADECUADA PROPORCIONALIDAD EN LA DESIGNACIÓN DE LOS SENADORES DE DESIGNACIÓN AUTONÓMICA. LA FÓRMULA DE REPARTO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 116/2023, DE 25 DE SEPTIEMBRE. RECURSO DE AMPARO NÚM. 3837-2021. (BOE NÚM. 261, DE 1 DE NOVIEMBRE DE 2023)

ADEQUATE PROPORTIONALITY REPRESENTATION IN THE NOMINATION OF APPOINTED SENATORS OF THE AUTONOMOUS COMMUNITIES. THE DISTRIBUTION FORMULA. COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT 116/2023, OF SEPTEMBER 25. APPEAL FOR LEGAL PROTECTION NUM. 3837-2021. (BOE NUM. 261, OF NOVEMBER 1, 2023)

Raquel MARAÑÓN GÓMEZ
Letrada de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-8729-0404>

RESUMEN

En la sentencia que comentamos, la atención se centra en la elección por mayoría parlamentaria de una novedosa fórmula de reparto (la fórmula Imperiali) para el reparto proporcional de los senadores designados por las comunidades autónomas que dejó al grupo parlamentario de VOX sin senador designado y que se habría obtenido si se hubiera elegido otra fórmula. Este pronunciamiento supone una singularización del objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1992, de 13 de enero, en la que el Tribunal Constitucional se limitaba a la eventual necesidad de la aplicación de la regla D'Hondt en el nombramiento de senadores autónomos. Senadores con carácter supletorio, en defecto de una disposición reglamentaria expresa sobre el sistema proporcional de aplicación.

Palabras clave: senadores designados, adecuada proporcionalidad, fórmula de reparto, fórmula Imperiali.

Artículos clave: artículos 23.2 y 69.5 de la Constitución española. Artículo 3 de la Ley 6/2010, de 26 de marzo, del procedimiento de designación de los senadores que representan a la Generalidad en el Senado.

Resoluciones relacionadas: STC 76/1989 de 27 de abril. STC 4/1992 de 13 de enero.

ABSTRACT

In the ruling we are commenting on, the focus is on the election by the parliamentary majority of a novel distribution formula (the Imperiali formula) for the proportional distribution of senators appointed by the Autonomous Communities that left the VOX parliamentary group without an appointed senator and that it would have been obtained if another formula had been chosen. The ruling represents a singularization of the object of the ruling of the Constitutional Court 4/1992 of January 13 in which the Constitutional Court was limited to the eventual need for the application of the D'Hondt rule in the appointment of autonomous senators with supplementary nature, in the absence of an express regulatory provision on the proportional system of application.

Keywords: appointed senators, adequate proportionality, distribution formula, Imperiali formula.

Key articles: articles 23.2 and 69.5 of the Spanish Constitution. Article 3 Law 6/2010, of March 26th, on the procedure for appointment of senators representing the Generalitat in the Senate.

Related decisions: STC 76/1989 of April 27th. STC 4/1992 of January 13th.

La sentencia que comentamos trae causa del recurso de amparo 3837-2021 promovido por el Grupo Parlamentario VOX en el Parlamento de Cataluña respecto de los acuerdos de la Mesa del citado parlamento en relación con la designación de senadores autonómicos.

Los resultados electorales de las elecciones autonómicas catalanas de 14 de febrero de 2021 otorgaron 33 diputados al Partit dels Socialistes de Catalunya, 33 igualmente a Esquerra Republicana de Catalunya, 32 a Junts per Catalunya, 11 a VOX, 9 a la Candidatura d'Unitat Popular - Un nou cicle per guanyar, 9 a En Comú Podem, 6 a Ciutadans - Partido de la Ciudadanía y 3 al Partido Popular.

García-Escudero Márquez, en su obra *Los senadores designados por las Comunidades Autónomas*¹, clasifica los sistemas de elección de senadores en cuatro modelos: el de un único senador a elegir, el sistema de voto limitado vigente para la elección de senadores de elección directa, el modelo de asignación por la Mesa sin regulación del método de distribución en el que se encuadra el sistema catalán y, por último el modelo de asignación por la Mesa aplicando el sistema D'Hondt.

El sistema de elección pasa a grandes rasgos y en todo caso por la fijación del número de senadores a designar, la distribución de los senadores a designar entre los grupos parlamentarios, facultad atribuida por regla general a la Mesa de la Cámara de acuerdo con la Junta de Portavoces (o la Mesa en exclusiva en Madrid), bien sin fijación del procedimiento, caso de Cataluña y otros parlamentos como Galicia, Andalucía, Extremadura y Madrid o bien indicando que deberá seguirse el sistema D'Hondt para la distribución.

Posteriormente se abre el plazo de presentación de candidaturas, se realiza el control de incompatibilidades y la posterior elección por el Pleno que finaliza con la aceptación y proclamación del senador y la comunicación al presidente del Senado y la expedición de la credencial.

El artículo 3 de la Ley 6/2010, de 26 de marzo, del procedimiento de designación de los senadores que representan a la Generalidad en el Senado establece que una vez celebradas las elec-

¹ García-Escudero Márquez, P. (1995). *Los senadores designados por las Comunidades Autónomas*. Cortes Generales, Centro de Estudios Constitucionales. Pp. 185-204.

ciones al Parlamento y una vez constituida la Mesa de la Cámara, esta determina el número de senadores que corresponde designar al Parlamento, de acuerdo con la normativa aplicable. También será la Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces la que determine el número de senadores que corresponde proporcionalmente a cada grupo parlamentario.

Contempla una regla para el empate y, en el supuesto de que, al realizar la distribución de candidatos, se produjese el empate entre dos o más grupos parlamentarios, la candidatura se atribuye al grupo que no tiene ningún candidato o candidata, si se da el caso y de lo contrario al grupo que obtuvo el mayor número de votos en las elecciones al Parlamento.

La normativa correspondiente recoge igualmente la necesidad de guardar la debida paridad entre hombres y mujeres. De tal modo, los grupos parlamentarios a los que corresponde presentar más de un candidato o candidata como senador o senadora deben proponer como mínimo, un cuarenta por ciento de mujeres o de hombres, y ninguno de los dos sexos puede superar, en ningún caso, el sesenta por ciento. Asimismo, la Mesa y la Junta de Portavoces deben procurar que los grupos parlamentarios a los que corresponde presentar solo un candidato o candidata en conjunto tiendan a proponer alternativamente mujeres y hombres.

No existe como podemos comprobar ninguna fórmula predefinida legal ni reglamentariamente sobre la que haya de hacerse el reparto, dejando a la Mesa la potestad de decisión sobre la misma sin olvidar la prescripción constitucional del artículo 69.5 que, atribuyendo la designación a la Asamblea Legislativa, o en su defecto, al órgano colegiado superior de la comunidad autónoma conforme a los estatutos de autonomía asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional.

Se cuestiona por el recurrente que para la designación se haya optado por la mayoría de la Junta de Portavoces por la fórmula Imperiali como forma de cálculo de la distribución de senadores, y eso se traduce en la no consecución de senadores para el Grupo Parlamentario VOX, que podría haber obtenido de optarse por otra fórmula de cálculo como D'Hondt.

A juicio del Grupo Parlamentario VOX resulta manifiestamente inconstitucional acudir a la fórmula menos proporcional cuya opción atribuyen a la voluntad de excluir a un grupo minoritario.

A criterio de los recurrentes, la Mesa, así lo reconocen en virtud del tenor literal de la regulación legal, cuenta con amplias facultades, siempre que se respete el principio de proporcionalidad. El límite vendría dado por el hecho de que no se puede alterar el método de cómputo en atención a los intereses políticos de la mayoría, ni aplicar a un grupo un cordón sanitario, que es lo que consideran que ha sucedido con la fórmula finalmente propuesta. Esta intencionalidad la deducen de la fórmula elegida que ha permitido, a su juicio, repartirse la totalidad de los senadores a los tres grupos mayoritarios excluyendo del reparto a los grupos como el suyo o con una representación minoritaria, y que, en una fórmula de resto mayor, como el cociente Hare o D'Hondt hubiera evitado. Si bien ya anticipamos que el tribunal no ve por sí mismo que esto sea contrario a la exigencia de proporcionalidad.

Para ello solicitan la práctica de prueba, consistente en requerir al Parlamento de Cataluña que comunique al tribunal los criterios aplicados en cada una de las legislaturas para el cálculo de la designación proporcional de senadores con el resultado obtenido en cada caso y, si la fórmula Imperiali se habría aplicado en alguna ocasión previa.

Tanto el Ministerio Fiscal como el propio tribunal afean al recurrente esta solicitud por el hecho de ser una información de acceso público disponible en publicaciones oficiales y que podría haber sido adjuntada y trabajada por el recurrente para sostener su pretensión.

Lo que se pretende demostrar es que la elección de la fórmula de reparto fue intencionada y con una finalidad concreta, que no es otra que evitar la consecución por VOX de un senador de designación autonómica en Cataluña, pero tampoco el recurrente aporta elementos de prueba que lo sostengan sino la mera conjetura basada en el cruce de opiniones en medios de comunicación o debates parlamentarios. Y a mayor abundamiento, los acuerdos impugnados no incorporan en su motivación ninguna referencia a un supuesto cordón sanitario.

El Ministerio Fiscal interesa que se dicte sentencia desestimatoria al considerar que no se ha elegido una fórmula *ad casum* y que no se ha producido una infracción del régimen jurídico aplicable a

la designación de senadores autonómicos al cohonestarse la fórmula Imperiali con la exigencia de proporcionalidad y con especial atención al hecho de la motivación que la Mesa del Parlamento realiza sobre la fórmula elegida.

Coincidente es la opinión del fiscal con la postura de la representación procesal del Parlamento catalán que añade que el criterio utilizado por el Parlamento de Cataluña para establecer la cuota de reparto de los senadores ha oscilado desde la primera legislatura hasta la actual entre el sistema de restos mayores o el sistema D'Hondt, aunque decantándose mayoritariamente por la primera y, en concreto, por la fórmula Hare-Niemeyer, siendo que en la legislatura presente se opta dentro del sistema de restos mayores por la variante de la fórmula Imperiali.

Para fundamentar esa elección trae a colación la jurisprudencia constitucional que destaca la flexibilidad en la aplicación del criterio de proporcionalidad, cuyo límite infranqueable es la no alteración de su esencia ni la creación artificiosa de situaciones desventajosas, y añaden:

- Que la fórmula Imperiali no es una fórmula extravagante, siendo proporcional y que evitaría una distorsión aritmética que sería desfavorable para los tres primeros grupos que como hemos expuesto en las resultas electorales poseen fuerzas numéricas equiparables con 33, 33 y 32 escaños, respectivamente.
- Que no existe un derecho de los grupos parlamentarios a la aplicación de la fórmula más ventajosa para sus intereses.
- Que los grupos similares en importancia numérica al ahora recurrente también se habrían quedado sin senadores de designación autonómica.

Niegan una motivación o intencionalidad referida a un supuesto cordón sanitario. Esta afirmación, utilizada con frecuencia por el recurrente y, posiblemente, consecuencia de declaraciones políticas, es contradicha por el Tribunal que no realiza juicios de intenciones políticas conforme a reiterada jurisprudencia constitucional [Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 158/2019, de 12 de diciembre,

fundamento jurídico (FJ) 2 o STC 38/2022, de 11 de marzo FJ 9 e)]. No se aportó por la parte actora elementos de convicción que pudieran llevar al convencimiento de la exactitud de la afirmación de la existencia de un cambio inesperado *ex post facto* en el procedimiento de designación a la vista de los resultados electorales.

La trascendencia constitucional del recurso se encuentra en la singularización del objeto de la STC 4/1992, de 13 de enero, en la que el pronunciamiento principal del tribunal quedó limitado a la eventual necesidad de aplicación de la regla D'Hondt en la designación de senadores autonómicos con carácter supletorio, en defecto de una previsión normativa expresa sobre el sistema proporcional de aplicación y, en el caso que nos ocupa, el foco se pone en que la mayoría parlamentaria ha seleccionado una novedosa fórmula para el reparto proporcional de senadores de designación autonómica apartándose de los precedentes parlamentarios. Al no existir un criterio de proporcionalidad fijado normativamente, no puede tratarse de un acto reglado, sino que siendo la proporcionalidad un criterio tendencial, son acuerdos adoptados discrecionalmente por la Mesa asegurando la proporcionalidad.

La ausencia de una previsión normativa en el ordenamiento autonómico no puede suponer en consecuencia la necesaria aplicación subsidiaria de una regla prevista para las elecciones generales y autonómicas, pero no para una designación de senadores por parte de la asamblea de una comunidad autónoma.

Una síntesis de la jurisprudencia constitucional precedente incide en la dificultad de alcanzar una proporcionalidad estricta por lo que la adecuada proporcionalidad no puede entenderse como una proporcionalidad estrictamente matemática, sino que por definición será imperfecta y con un margen de flexibilidad, cuyo límite se encuentra en no alterar su propia esencia.

La lesión vendría dada por una «situación notablemente desventajosa» y «la ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que los justifique». En resumen, deben poseer una innegable entidad y estar desprovistos de todo criterio objetivo y razonable.

El marco normativo en el que nos movemos arranca con el artículo 69.5 de la Constitución española (CE), que establece que las comunidades autónomas designarán además un senador y otro más por

cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la comunidad autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los estatutos, que asegurarán en todo caso, la adecuada representación proporcional. Así se traduce igualmente la exigencia de proporcionalidad al artículo 61. A) del Estatuto de Autonomía de Cataluña y, en desarrollo de esta previsión estatutaria, al artículo 3 de la Ley 6/2010 de 26 de marzo del procedimiento de designación de los senadores que representan a la Generalidad en el Senado que establece que una vez celebradas las elecciones al Parlamento y una vez constituida la Mesa de la Cámara, ésta determina el número de senadores que corresponde designar al Parlamento, de acuerdo con la normativa aplicable y añade que la Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, fija el número de senadores que corresponde proporcionalmente a cada grupo parlamentario.

El Tribunal constata que la normativa autonómica al igual que en la STC 4/1992 ha utilizado la fórmula de atribuir a la Mesa, tras la celebración de las elecciones autonómicas y a la vista de la conformación de los grupos parlamentarios y en el uso de sus potestades de autorganización, la facultad de fijar el número de senadores a elegir proporcionalmente sin concretar la fórmula de reparto, y los hechos se han producido bajo esa premisa, optando por la fórmula Imperiali, tras escuchar a los portavoces y motivando la decisión.

No nos hallamos, pues, ante una laguna normativa sino ante la elección del legislador y no resulta constitucionalmente obligado ni a la aplicación supletoria del sistema D'Hondt ni a la opción por un sistema proporcional que establezca una proporcional igual o superior a esta, tan solo la de garantizarse la adecuada proporcionalidad.

La fórmula Imperiali, aunque resulte desventajosa para el recurrente, se trata de un criterio proporcional y preexistente, por tanto, plenamente válido.

Tampoco se puede inferir un desvío de los usos parlamentarios dado que no se ha acreditado que hubiera un criterio único y uniforme en la designación de senadores y tan solo se ha utilizado en tres legislaturas el criterio de reparto de los mayores restos en el que encaja la fórmula Imperiali.

Profundiza el Tribunal en esta cuestión, al ser el punto en el que fundamentó la esencial trascendencia constitucional del recurso y que no es otra que el alcance de los usos parlamentarios en la fijación de los criterios de distribución proporcional de los senadores autonómicos y que se concreta en dos extremos:

- a) El papel interpretativo y complementario que desempeñan las prácticas o usos parlamentarios en la aplicación del derecho escrito lo es mediante la precisión del sentido y alcance de alguna o algunas de sus normas en supuestos de ambigüedad o de insuficiencia de la norma escrita, con el límite de que no la contravenga.
- b) Los usos parlamentarios no han de tener necesariamente el mismo valor que la normativa escrita.

En resumen, los usos tienen trascendencia nometécnica pero no necesariamente el mismo valor que las propias normas del Reglamento parlamentario aprobadas por el Pleno de la Cámara.

En consecuencia, al no encontrarnos, como ya hemos indicado, ante una laguna ni una situación de ambigüedad, sino ante una decisión del legislador de dejar completa libertad de criterio a la Mesa para decidir sobre la fórmula de reparto de la proporcionalidad, los usos no pueden desempeñar un papel interpretativo y complementario y, a mayor abundamiento, aunque existiera una fórmula uniforme usada previamente, el considerarla de aplicación obligada implicaría una contravención de la libertad de criterio establecida en la norma escrita que no es aceptable.

Por todo ello se desestima la pretensión del recurrente en amparo.