

modificación posterior de la situación restrictiva de la libertad, indicando implícitamente a la parte la vía procesal adecuada para conseguir la modificación de la situación restrictiva de libertad, de acuerdo a lo previsto en el párrafo final del núm. 2 del art. 503 L.E.Crim., el solicitarlo directamente del Juez de Instrucción. Sin embargo, la actora, en vez de solicitar esa modificación, utilizó la vía de la impugnación del Auto originario, el cual ha sido considerado correcto legal y constitucionalmente por la Audiencia, con una interpretación de la legalidad, razonada, no arbitraria ni incompatible con el derecho fundamental reconocido en el art. 17.1 C.E. No es ocioso recordar que dicho Juez, posteriormente a la presentación de la presente demanda, ordeno la libertad de la actora, con obligación *apud acta*, por Auto de 28 de noviembre de 1989, ello confirma que la vía adecuada y el órgano competente para decidir sobre esa modificación de la situación de libertad, era el Juez de Instrucción, tal como en su resolución indicaba la Audiencia Provincial.

3224

*Sala Segunda. Sentencia 4/1992, de 13 de enero de 1992. Recurso de amparo 1.724/1991. Contra Acuerdos de la Mesa de la Asamblea de Madrid y del Pleno de la misma, relativos a distribución del número de Senadores que corresponde a cada Grupo Parlamentario y a su designación. Supuesta vulneración del derecho de acceso a los cargos públicos.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Rubio Llorente, Presidente; don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López, Magistrados ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.724/1991, promovido por el Grupo Parlamentario Popular de la Asamblea de Madrid, representado por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y asistido del Letrado don Luis Carlos Fernández-Espinar, contra los Acuerdos de la Mesa de dicha Asamblea, de 8 de julio de 1991, y del Pleno de la misma, del día 16 siguiente, relativos a distribución del número de Senadores que corresponde a cada Grupo Parlamentario y a su designación. Han intervenido el Ministerio Fiscal, el Grupo Parlamentario Socialista de la misma Asamblea, representado por el Procurador don Roberto Granizo Palomeque y asistido del Letrado don Manuel de la Rocha Rubí, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, representado por la Procuradora doña María Jesús González Garrido, y la propia Asamblea de Madrid, representada por su Secretario general, don Gregorio-Valero Jordana. Ha sido Ponente el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal Constitucional el 31 de julio de 1991, don Argimiro Vázquez Guillén, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación del Grupo Parlamentario Popular de la Asamblea de Madrid, interpone recurso de amparo contra los Acuerdos de la Mesa de dicha Asamblea, de 8 de julio de 1991, y del Pleno de la misma, del día 16 siguiente, relativos a distribución del número de Senadores que corresponden a cada Grupo Parlamentario y a su designación.

2. La demanda trae orgien en los siguientes antecedentes de hecho:

a) En las elecciones a la Asamblea de Madrid celebradas el pasado 26 de mayo, el Partido Popular (PP) fue la candidatura más votada y obtuvo cuarenta y siete escaños (un 46,62 por 100 del total de ciento uno que componen dicho Parlamento); al Partido Socialista Obrero Español (PSOE) le correspondieron cuarenta y un escaños (un 36,56 por 100); a Izquierda Unida (IU) trece escaños (un 12,04 por 100); las restantes candidaturas no obtuvieron representación parlamentaria. Una vez constituida la Asamblea se procedió al nombramiento de la Mesa; el Grupo Parlamentario recurrente denuncia en la demanda que el compromiso entre los otros dos Grupos llevó a relegarlo en la composición de la misma y, pese a ser la minoría mayoritaria, se le otorgaron únicamente dos miembros de la Mesa sobre los siete que la forman. Reunida la nueva Mesa, con fecha 8 de julio de 1991, acordó, por unanimidad, fijar en cinco el número de Senadores de designación autonómica a elegir, y, por mayoría con el voto en contra de los miembros de la Mesa pertenecientes al PP, distribuir esos Senadores entre los Grupos de la siguiente manera: PP, dos; PSOE, dos; IU, uno. Ya en este momento, el Grupo Parlamentario recurrente se opuso a esa forma de distribución proporcional de los Senadores, invocando su

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a trece de enero de mil novecientos noventa y dos.—Francisco Rubio Llorente.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—José Luis de los Mozos y de los Mozos.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—José Gabaldón López.—Firmados y rubricados.

derecho a obtener un tercer Senador en detrimento de IU, y anunciando su intención de interponer recurso de amparo, todo ello mediante escrito de fecha 15 de julio, cuya pretensión fue desestimada por la Mesa.

b) En sesión celebrada el 16 de julio de 1991, el Pleno de la Asamblea procedió a la elección de la lista conjunta de candidatos a Senadores propuesta por la Mesa; votación en la que el Grupo Parlamentario recurrente se abstuvo.

3. El Grupo Parlamentario solicitante de amparo entiende lesionado, por los Acuerdos parlamentarios impugnados, el derecho fundamental de sus miembros a acceder en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las Leyes a los cargos públicos (artículo 23.2 de la Constitución).

En efecto, el derecho fundamental constitucionalizado en el artículo 23.2 de la Norma suprema es un derecho de configuración legal y, por lo que aquí atañe, viene regulado en el propio art. 69.5 de la Constitución que se remite para la designación por cada Asamblea legislativa de estos Senadores a lo que establezcan sus Estatutos «que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional»; en este sentido, el Estatuto de la Comunidad de Madrid, art. 14.12, dispone que «serán designados en proporción del número de miembros de los grupos políticos representados en la Asamblea», y el art. 165, apartado 3.º del Reglamento parlamentario correspondiente señala que «la Mesa fijará el número de Senadores que corresponda proporcionalmente a cada Grupo Parlamentario»; más adelante, en el apartado 5, se añade que la Mesa someterá al Pleno la lista definitiva de los Senadores, una vez revisadas las propuestas de los Grupos.

De esta normativa se desprende que la designación debe hacerse, como ha reconocido la STC 76/1986, en proporción al número de escaños de cada Grupo representado en la Asamblea y «no en proporción al conjunto de grupos en oposición al mayoritario», como parece pretenderse en este caso. Esta exigencia coincide con la misma lógica de un sistema parlamentario representativo de la voluntad popular, representación que no puede venir alterada en el Senado por una elección indirecta.

Pues bien, concebido el Acuerdo de la Mesa sobre este extremo como un acto reglado, que vincula y limita la posterior decisión del Pleno, y no como un acto político o discrecional, la cuestión se centra en establecer qué criterio de proporcionalidad debe seguir la Mesa, para lo cual no es ocioso tener presente la doctrina constitucional expuesta en las SSTC 40/1981 y 75/1985. Es también de indudable relevancia poner de manifiesto que la regla D'Hondt fue el criterio adoptado por la Mesa en las dos anteriores legislaturas (como acreditan los Diarios de Sesiones de 25 de junio de 1983 y 28 de julio de 1987), regla cuya aplicación a los hechos llevaría a que el Grupo Parlamentario del PP obtuviera un tercer Senador al ser su cociente mayor que el de IU (PP 47/3 = 15,6; IU 12/1 = 13); sin embargo, este criterio fue inesperadamente modificado en esta legislatura por la Mesa. Dicha regla de proporcionalidad se ajusta también al resultado electoral en votos de ambos Grupos Parlamentarios, pues el PP obtuvo 3,5 veces más votos que IU (955.994 frente a 270.011). Además, la regla D'Hondt es la establecida por el legislador en el art. 163 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, precepto que resulta de aplicación supletoria a las Comunidades Autónomas por mandato de la Disposición adicional primera, apartado 3.º de esta Ley. Y es también el criterio que ordena aplicar a las elecciones para la Asamblea de Madrid el art. 118.3 de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid. Por consiguiente, de acuerdo con cuanto precede, pese a no establecerse un determinado sistema de designación de los Senadores en representación de la Comunidad ni en el Reglamento parlamentario, debe aplicarse la mencionada regla de proporcionalidad, pues si la Asamblea hubiera querido ordenar un sistema de designación distinto del general, lo hubiese hecho constar así en su Reglamento.

En virtud de lo expuesto, se solicita de este Tribunal que declare la nulidad de los Acuerdos parlamentarios impugnados y que reconozca el

derecho, deducible del art. 23.2 de la Constitución, del Grupo Parlamentario Popular de la Asamblea de Madrid a obtener un tercer Senador.

Por otro sí se solicita la suspensión de la ejecución de las resoluciones recurridas, y, en consecuencia, la suspensión del otorgamiento de la credencial como Senadora designada por IU a doña Isabel Villalonga Elvira.

4. Por providencia de 30 de septiembre de 1991, la Sección Cuarta (Sala Segunda) acordó admitir a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), dirigir atenta comunicación al excelentísimo señor Presidente de la Asamblea de Madrid a fin de que, en un plazo que no excediese de diez días, remitiese certificación o copia verdadera de los Acuerdos de la Mesa de 8 de julio de 1991 y del Pleno del día 16 siguiente, así como para que pudiese en conocimiento de quienes fueron partes afectadas por dichos Acuerdos la existencia de este proceso constitucional, por si deseaba comparecer y personarse en el mismo en idéntico plazo.

5. Mediante providencia de 31 de octubre de 1991, la Sección precitada acordó: a) Tener por personada y parte a la Asamblea de Madrid, representada por su Secretario general, don Gregorio Valero Jordana, así como a los Procuradores doña María Jesús González Díez, en nombre y representación del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en esa Asamblea, y don Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación del Grupo Parlamentario Socialista; b) acusar recibo al excelentísimo señor Presidente de la Asamblea de Madrid de las actuaciones remitidas; c) dar vista de las mismas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por un plazo común de veinte días, con el fin de que presentasen las alegaciones que estimasen procedentes, según determina el art. 52.1 de la LOTC.

6. El Ministerio Fiscal interesa de este Tribunal que otorgue el amparo que se solicita y anule los Acuerdos impugnados, reconociendo el derecho que asiste al Grupo Parlamentario Popular a la designación de tres Senadores de los cinco atribuidos a la Comunidad.

Tras reseñar los hechos, recuerda el Ministerio público que el artículo 14.2 del Estatuto de Madrid se limita prácticamente a reproducir el artículo 69.5 de la Constitución, y el art. 165 del Reglamento de la Asamblea tampoco se refiere al criterio de proporcionalidad que haya de seguirse, simplemente dice que la Mesa «fijará el número de Senadores que corresponden proporcionalmente a cada Grupo parlamentario» y, una vez examinadas las propuestas de los Grupos, someterá al Pleno la lista de Senadores definitiva para ser sometida a una votación de conjunto; no existe una Ley específica que regule este tema.

Partiendo de esta indeterminación normativa, en los antecedentes remitidos por la Asamblea no hay explicación alguna del criterio de proporcionalidad efectivamente empleado ni, menos aún, se indica en el Acuerdo adoptado por la Mesa. A juicio del Ministerio Fiscal, «ante la ausencia de una norma legal de proporcionalidad en esta específica materia, caso de no ordenarse por la Cámara un criterio predeterminado, no puede seguirse otro que el general de nuestro sistema electoral», la llamada regla D'Hondt. Así, el art. 18.3 de la Ley Electoral de la Comunidad de Madrid dispone que la atribución de escaños se hará en la forma establecida en la Ley Electoral General y ésta, en su artículo 163, introduce la regla mencionada. No puede olvidarse, además, que la Ley General Electoral es de aplicación supletoria a la de las Comunidades Autónomas Disposición adicional tercera.

Teóricamente, cabría cualquier otro criterio de proporcionalidad, pero ni la Mesa indicó cuál seguía ni se encuentra una explicación atendible para apartarse del sistema general. «Y hasta parece que la regla D'Hondt fue la seguida en las dos legislaturas precedentes», los datos que ofrece la demanda permiten llegar a esta conclusión, pues «su verosimilitud es manifiesta», «ante la carencia de más información» y «si no se acredita en la tramitación de este recurso otra cosa». En todo caso, lo que no permite la racionalidad de un sistema electoral es que se cambien los criterios de proporcionalidad en virtud de los resultados electorales y en función «de las mayorías y coaliciones que puedan resultar o conformarse después de las elecciones».

La aplicación de la regla D'Hondt a la designación de Senadores por las Comunidades Autónomas ha sido aceptada en la STC 76/1989, en un caso semejante a éste, y es el único criterio existente en nuestro sistema electoral para cargos públicos de representación territorial, introducir otro —y no se explica cuál sea— supone una vulneración del art. 23.2 de la Constitución.

Frente a esta conclusión, no puede reclamarse la necesidad de impedir la exclusión de IU, a la hora de la distribución de escaños, pues son bien conocidas las limitaciones a la proporcionalidad que impona la realidad en colegios reducidos en número (SSTC 40/1981 y 76/1989).

En suma, si la Mesa determina el número de Senadores que corresponden, proporcionalmente, a cada Grupo Parlamentario y la normativa aplicable no singulariza el cauce técnico de proporcionalidad que debe utilizarse, lo que no puede hacerse es que tal decisión se adopta siguiendo un criterio que no se revela y es «hasta donde sabemos» variable; actuar de esta manera supone violar el derecho fundamental comprendido en el art. 23.2 de la Constitución.

Por lo demás, las operaciones matemáticas que en la demanda se hacen, por su sencillez y claridad, no arrojan dudas sobre a quién corresponde el quinto Senador controvertido.

7. El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la Asamblea de Madrid solicita que se deniegue el amparo que se impetra y, en consecuencia, que se reconozca la validez de los Acuerdos parlamentarios impugnados.

La pretensión del recurso es inadmisibles, pues la designación de Senadores implica una votación conjunta y no unipersonal. En efecto, según el art. 165 del Reglamento de la Asamblea de Madrid, es la Mesa la competente para fijar el número de Senadores que corresponde a cada Grupo y lo somete al Pleno en una votación de conjunto; por tanto, la pretensión del Grupo recurrente de «intercambiar» la Senadora de IU por un Senador del PP es jurídicamente imposible.

Por otro lado, de la lectura de los arts. 69.5 de la Constitución, 14.12 del Estatuto de Autonomía de Madrid y 165 del Reglamento parlamentario, se desprende que no existe un criterio de proporcionalidad fijado normativamente; en consecuencia, no puede tratarse de un acto reglado como señala el Grupo Popular. La propuesta de la Mesa, pues, nada dice sobre el sistema electoral. Los criterios son adoptados discrecionalmente por la Mesa, asegurando que haya proporcionalidad. No es obligado aplicar la regla de D'Hont, sino únicamente no aplicar criterios mayoritarios.

La doctrina del Tribunal Constitucional es contraria a la tesis del Grupo recurrente, así cuando se ha enfrentado a esta cuestión, en las SSTC 40/1981 y 30/1983, ha elaborado la siguiente doctrina: la elección de Senadores por las Comunidades Autónomas es un régimen electoral especial que no se incluye en el general; precisamente por eso la Constitución (art. 69.5) emplea la expresión «designación» para referirse al procedimiento de elección; Los Estatutos de Autonomía pueden establecer razonables diferenciaciones en el régimen jurídico de tales Senadores, según se desprende del concepto de autonomía; la «adecuada representación proporcional» que exige el indicado art. 69.5 sólo podrá serlo imperfectamente y en el margen de una discrecionalidad que la haga flexible, siempre que no se altere su esencia. A modo de conclusión, cada concreta Asamblea autonómica puede usar criterios propios de proporcionalidad, y el sistema D'Hondt, cuya aplicación al caso es solicitada por el Grupo Popular, es el menos proporcional de los sistemas utilizables, es decir, el que ofrece una menos adecuada representación proporcional.

De lo anterior se deduce que la Asamblea de Madrid ha actuado dentro de la legalidad, porque nada le obliga a utilizar, necesariamente, la regla D'Hondt. Los actos recurridos asignan escaños «según la fuerza de cada Grupo y no a partir de la alianza entre dos Grupos, como gratuitamente señala el recurso». Y el criterio seguido ha permitido que IU, con trece Diputados regionales, tenga una Senadora, lo que es mucho más proporcional que lo que pretende el PP, quien con 47 Diputados regionales, intenta «acaparan» tres escaños y excluir a IU, pese a que esta formación obtuvo 270.011 votos en las elecciones regionales.

8. El Grupo Parlamentario Socialista pide también que se deniegue el amparo que el actor solicita. La demanda afirma que la designación de Senadores por la Comunidad de Madrid en las dos legislaturas anteriores se hizo aplicando la regla D'Hondt y que la Mesa se había apartado inmotivadamente de este criterio. Sin embargo, este «hecho es completamente ajeno a la realidad», pues en las dos legislaturas precedentes el criterio usado fue el de la proporcionalidad con el sistema de mayor resto.

De este modo, la aplicación del criterio de proporcionalidad aritmética con sistema de mayor resto, produjo los siguientes resultados:

#### A) I LEGISLATURA

	Escaños	Cocientes	Senadores
PSOE	51	2,71	3
Alianza Popular	34	1,88	2
PCE	9	0,47	-
Total	94		5

#### B) II LEGISLATURA

	Escaños	Cocientes	Senadores
PSOE	40	2,80	2
Alianza Popular	32	1,66	2
CDS	17	0,88	1
IU	7	0,36	-
Total	96		5

Es de destacar que en esa II Legislatura la designación de Senadores no fue hecha por unanimidad, produciéndose un debate parlamentario, que se recoge en el Diario de Sesiones del 28 de julio de 1987, debate en el cual queda claro que el criterio utilizado no fue la regla D'Hondt, como se desprende de la intervención de la Senadora señora Villalonga, quien justificó su oposición a la designación «dado por añadidura que por razones aritméticas y aplicando estrictas proporcionalidades, no aplicadas, por cierto, en las elecciones a otros órganos de la Cámara, se nos deja fuera de esta representación».

Tampoco se utilizó la regla D'Hondt en la elección de los miembros del Consejo de Administración de Radio Televisión Madrid (de acuerdo con el art. 4.1 de la Ley 13/1984, de 30 de junio, de creación de dicho Ente público) y de la Diputación Permanente de la Cámara (según el artículo 54.1 del Reglamento parlamentario), según se deduce de una lectura del Diario de Sesiones, sino un criterio de «Proporcionalidad estrictamente política» que vino «impuesto» por los Grupos Parlamentarios del CDS y PP, modificando el criterio que se venía utilizando con anterioridad —Un sistema de proporción aritmética basado en el mayor resto—, por eso es sorprendente que el propio PP reclame ahora el empleo de la regla D'Hondt.

En la actual Legislatura, se ha seguido también el criterio del mayor resto con el siguiente resultado:

### C) III LEGISLATURA.

	Esaños	Cocientes	Senadores
PP .....	47	2,32	2
PSOE .....	41	2,02	2
IU .....	13	0,64	1
Total .....	101		5

Como se ve, por los cocientes enteros corresponden dos Senadores al PP y otros dos al PSOE, atribuyéndose el quinto Senador al mayor resto, que es precisamente el de IU.

Respecto del fondo del asunto, la cuestión no es tanto establecer criterios de proporcionalidad a los que deba ajustarse su actuación la Mesa, como determinar si el concreto criterio de proporcionalidad usado viola el art. 23.2 de la Constitución. Planteada así la cuestión, debe recordarse que la proporcionalidad no es un sistema puro, sino un criterio tendencial (STC 75/1985, fundamento jurídico 5.<sup>o</sup>), que debe procurar una cierta adecuación entre votos recibidos y obtención de escaños, o, dicho con otras palabras, asegurar a cada Grupo una representación ajustada a su importancia real (STC 40/1981, fundamento jurídico 2.<sup>o</sup>). Por último, las directrices constitucionales y estatutarias en este tema tienen un considerable ámbito de indefinición (STC 75/1985, fundamento jurídico 5.<sup>o</sup>).

El Criterio de proporcionalidad utilizado por la Mesa cumple con los requisitos de constitucionalidad expuestos y, además, se acerca mejor a una abstracta proporcionalidad que la regla D'Hondt, así como, desde el punto de vista político, garantiza bien el derecho de los Grupos minoritarios y su adecuada representación. En este mismo sentido, la STC 32/1985 sentó que las Comisiones municipales deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura de proporcionalidad del Pleno. Ciertamente puede afirmarse que es posible usar un criterio distinto al seguido, pero ello no priva de racionalidad al empleado.

Por último, carece de fundamento la tacha de desigualdad en el acceso a los cargos públicos (art. 23.2 de la Constitución), puesto que tal principio debe predicarse a partir de las reglas del sistema y no desde cualquier otro. Y este alegato revela el «oportunistismo» del Grupo recurrente quien pretende beneficiarse de una regla electoral que le concede mejores resultados.

9. El Grupo Parlamentario recurrente en amparo ratifica las alegaciones efectuadas en la demanda y solicita que se otorgue el amparo que se insta.

10. La Asamblea de Madrid, por mediación de su Secretario general, solicita que se acuerde denegar el amparo. Una vez reseñados el escrito de demanda y los preceptos constitucionales y estatutarios de aplicación, se afirma que los Acuerdos parlamentarios impugnados satisfacen las exigencias de distribución proporcional entre los Grupos requeridos, puesto que aplican el sistema proporcional de los restos mayores, lo que lleva a la Mesa a atribuir el quinto Senador a IU al ser la formación que posee un resto mayor, resultado al que se llega:

«dividiendo el número de escaños en la Asamblea (Popular, 47; Socialista, 41, e Izquierda Unida, 13), entre la totalidad de los miembros de la Cámara (101), multiplicando el cociente obtenido (Popular, 0,465; Socialista, 0,405, e Izquierda Unida, 0,128) por el número de Senadores a elegir (cinco) y atribuyendo a cada formación un número de Senadores igual a la cifra resultante de la multiplicación, sin decimales (Popular,

dos Senadores, al ser el resultado 2,325; Socialista, dos Senadores, al ser el resultado 2,025, e Izquierda Unida, ninguno, por ser dicho resultado 0,64), atribuyendo el quinto Senador a este último Grupo Parlamentario al ser la formación que tiene un resto mayor.»

Y ya en la STC 40/1981, y luego en la STC 36/1990, se sostuvo que cualesquiera modalidades de representación proporcional satisfacen las exigencias de proporcionalidad constitucionalmente exigibles, a la par que se expuso que la proporcionalidad enjuiciable en amparo, en cuanto constitutiva de discriminación, no puede ser entendida de forma matemática, sino que debe venir anudada a una situación notablemente desventajosa y a la ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que la justifique. Mas ninguna de estas dos circunstancias se dan en el presente supuesto, porque el resto de IU es el doble que el del PP y existe un criterio objetivo que justifica el reparto.

Carece, por otra parte, de sentido la pretensión del Grupo recurrente, referida a la inevitable y obligada aplicación de la regla D'Hondt, al ser la fórmula electoral establecida por el legislador a nivel nacional y en la Comunidad de Madrid y, en segundo lugar, al ser la aplicada por la Mesa en las dos anteriores legislaturas, para realizar la distribución de Senadores entre los distintos Grupos. Ambos razonamientos no pueden ser admitidos.

En efecto, nada puede llevar a pensar que la regla D'Hondt sea el único sistema proporcional que pueda aplicar la Mesa, tanto más si se cae en la cuenta que esta fórmula se usa en nuestro ordenamiento en las elecciones directas y los Acuerdos recurridos contemplan una elección indirecta de segundo grado, no cabe por ello pensar en la supletoriedad de esta pretendida regla general; cuestión bien distinta es que, voluntariamente, se elija la regla D'Hont, pero puede perfectamente seguirse otra modalidad de proporcionalidad, como se señaló en la STC 76/1989, y entre ellas, el sistema de cociente con aplicación de restos mayores.

A mayor abundamiento, es ese el sistema «tradicionalmente seguido en la Asamblea de Madrid» para cualquier distribución proporcional de puestos entre los Grupos Parlamentarios —Diputación Permanente, Comisiones—, sin perjuicio de que en algunos casos se haya modulado:

«En todo caso, en las actas de la Mesa de 9 de junio de 1983 y 21 de julio de 1987, reuniones en las que se acordó la distribución entre los Grupos Parlamentarios de los Senadores a designar por la Asamblea en la primera y segunda legislatura, no existe referencia alguna al sistema seguido, por lo que la afirmación del recurrente de que la Mesa se ha apartado en la tercera legislatura del criterio mantenido en las dos anteriores, en los que afirma se aplicó el sistema D'Hondt, no puede ser probado, tanto menos cuanto que la distribución que se realizó en las dos anteriores legislaturas ... es un resultado al que se llega no sólo a través del sistema D'Hondt sino también por aplicación del sistema de cociente con restos mayores.»

Por consiguiente, la modificación de criterio que se imputa a la Mesa no se ha producido.

No obstante, «para el caso que el Tribunal Constitucional considere que en casos anteriores la Mesa aplicó sistema D'Hondt en la distribución de los Senadores», debe traerse a colación que en la STC 149/1990, fundamento jurídico 5.<sup>o</sup>, se dijo que la existencia de un solo precedente en sentido contrario no puede ser argumento para sostener la infracción del derecho fundamental comprendido en el art. 23.2 de la Constitución, si tal precedente puede considerarse «integrado» en la Ley que ha de ser aplicada en condiciones de igualdad para el acceso al cargo público.

Finalmente, y en contra de lo que defiende el Grupo recurrente, la proporcionalidad debe predicarse respecto del número de miembros de cada Grupo Parlamentario y no respecto de los votos obtenidos en las elecciones autonómicas.

11. Por providencia de 8 de enero de 1991, se acordó señalar el día 13 de enero siguiente para votación y deliberación de la presente Sentencia.

### II. Fundamentos jurídicos

1. El Grupo Parlamentario Popular de la Asamblea de Madrid denuncia la lesión del derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos con los requisitos que señalan las Leyes (art. 23.2 de la Constitución), como consecuencia de la decisión de la Mesa de la Cámara de atribuirle dos Senadores de designación autonómica, en vez de los tres que le habrían correspondido de aplicarse la regla D'Hondt como fórmula de proporcionalidad. De este modo, se afirma en la demanda que la Mesa modificó «inesperadamente» en la tercera legislatura de la Cámara el criterio seguido en las dos precedentes, no era otro que el D'Hondt, en virtud de un Acuerdo que luego hizo suyo el Pleno, desprovisto de toda justificación. Se impugnan por este motivo los Acuerdos de la Mesa de la Asamblea de 8 de julio de 1991, y del Pleno de la misma del día 16 siguiente. Según el Grupo recurrente, el Diario de Sesiones de la Cámara de 25 de junio de 1983 y el de 28 de julio de 1987, acreditan suficientemente que la regla D'Hondt fue la

fórmula de proporcionalidad utilizada en los casos anteriores y más tarde —se pretende— arbitrariamente modificada.

Partiendo de esta argumentación, el Grupo recurrente se extiende, por otro lado, en razonar que la regla D'Hondt es el criterio de proporcionalidad que, con carácter general, emplea tanto el legislador nacional (art. 163.1 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General), como el autonómico (art. 18.3 de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid), y asevera que, al no prever la Constitución (art. 69.5) ni el Estatuto de Autonomía de Madrid (art. 14.2), ni tampoco el Reglamento de la Asamblea (art. 165) una determinada fórmula de proporcionalidad en el procedimiento para la designación de Senadores en representación de la Comunidad Autónoma, debe aplicarse supletoriamente tal regla. De suerte que el Acuerdo de la Mesa por el cual se fijó el número de Senadores que correspondían proporcionalmente a cada Grupo Parlamentario era un acto reglado y no discrecional, puesto que, si se hubiera querido establecer una regla distinta a la D'Hondt, «se hubiera hecho constar así en el Reglamento de la Asamblea».

Por su parte, el resto de los Grupos Parlamentarios que han comparecido en el presente proceso constitucional (IU y PSOE), así como la representación de la Asamblea de Madrid, defienden la validez de los Acuerdos parlamentarios impugnados, sosteniendo, sustancialmente, que la Mesa puede adoptar libremente cualquier criterio de proporcionalidad sin venir obligada al empleo de la regla D'Hondt, y niegan —con mayor o menor rotundidad— que dicha regla fuera la empleada en las dos legislaturas anteriores, y que la Mesa se apartase en la tercera de este criterio, sin razón expresa para ello, y a la vista del resultado de las elecciones autonómicas. El Ministerio Fiscal, en cambio, discrepa de la tesis expuesta y afirma que, ante la ausencia de una previsión normativa sobre un criterio de proporcionalidad, no puede seguirse otra fórmula que la D'Hondt, pues es la regla general de nuestro sistema electoral.

2.1 Una vez reseñado el objeto del amparo y las posiciones de las partes, la solución del recurso exige tener presente una doctrina jurisprudencial de este Tribunal muy consolidada, conforme a la cual se recuerda que es notorio que una proporcionalidad estricta es algo difícil de alcanzar en toda representación, y tanto más cuanto más reducido sea el número de representantes a elegir o el colegio a designar; no puede entenderse, por tanto, «la adecuada representación proporcional» que exige el art. 69.5 de la Constitución para la designación de los Senadores de las Comunidades Autónomas como una proporcionalidad estrictamente matemática (STC 40/1981, fundamento jurídico 3.º). Por el contrario, esta «adecuada representación proporcional» sólo puede ser, por definición, imperfecta, y resultar exigible dentro de un razonable margen de flexibilidad, siempre y cuando no llegue a alterarse su propia esencia (SSTC 40/1981, 32/1985, 75/1985 y 36/1990). En consecuencia, la proporcionalidad, o mejor las desviaciones de la misma enjuiciables en amparo por devenir en constitutivas de una discriminación vedada por el art. 23.2 de la Constitución, no pueden ser entendidas de una forma estrictamente matemática, sino que deben venir aunadas «a una situación notablemente desventajosa» y a «la ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que las justifique» (SSTC 75/1985, fundamento jurídico 3.º, y 36/1990, fundamento jurídico 2.º). Dicho de otra manera: las desviaciones de la proporcionalidad susceptibles de configurar una lesión del art. 23.2 de la Constitución y, por ello, revisables en vía de amparo constitucional, tienen que poseer una innegable entidad, a la par que estar desprovistas de un criterio objetivo y razonable que pueda permitir justificarlas.

La aplicación de esta doctrina a los hechos permitiría, por sí misma y sin necesidad de posteriores razonamientos, denegar el amparo que se insta, declarando la inexistencia de transgresión alguna de derechos fundamentales, dado que no puede decirse, ni en la demanda se sostiene, que la decisión de la Mesa, aceptada por el Pleno de la Asamblea de Madrid, haya supuesto una desviación significativa de la proporcionalidad, ni que el criterio utilizado no haya sido objetivo y razonable, teniendo en cuenta además la dificultad de distribución proporcional de un número reducido de puestos, y dado también que el criterio elegido ha permitido, cumpliendo también finalidades propias de la regla de proporcionalidad, el acceso al Senado de representantes de todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara.

Lo que la demanda cuestiona, sin embargo, no es tanto la falta de proporcionalidad y objetividad del criterio utilizado, sino que el criterio de distribución de Senadores entre los Grupos Parlamentarios que la Mesa de la Asamblea de Madrid decide someter a la aprobación del Pleno de la Cámara (conforme al art. 165.5 de su Reglamento), no está reglamentariamente previsto, que no es el mismo —se dice— que el adoptado en las legislaturas anteriores y que, además, lleva a la pérdida de un escaño por el Grupo Parlamentario demandante, que lo habría obtenido de haberse utilizado el criterio que estima debería haberse seguido, el de la regla D'Hondt.

Desde la perspectiva del presente recurso de amparo sólo nos corresponde examinar si la decisión de la Asamblea de Madrid ha lesionado efectivamente el derecho fundamental invocado en la demanda, el del art. 23.2 C.E., de acceder en condiciones de igualdad a la función de Senador con los requisitos que señalan las leyes. Ello sólo

sucedría si, de acuerdo a esos requisitos, constitucional y legalmente, dicho escaño corresponde al Grupo Parlamentario Popular, de modo que la decisión de la Mesa y de la Asamblea, al negar o desconocer ese derecho, han lesionado aquel derecho fundamental. Para ello resulta decisivo pronunciarse sobre si, como pretende la demanda y sostiene también el Ministerio Fiscal, era constitucionalmente exigible la aplicación de la regla D'Hondt en el presente supuesto.

3. Así singularizado el objeto del recurso, deber traerse a colación lo siguiente. Es cierto, sin duda, que ni la Constitución ni el Estatuto de la Comunidad de Madrid ni el Reglamento de la Asamblea (título XI, capítulo primero, art. 165) ni Ley autonómica alguna concretan el procedimiento de designación de los Senadores de la Comunidad de Madrid hasta el punto de predeterminar una regla concreta de proporcionalidad; a diferencia de lo que ocurre en otras muchas Comunidades Autónomas, donde con mejor técnica y seguridad jurídica, se prevé una regulación del método de designación dotada de las suficientes dosis de predeterminación normativa y fijeza de la regla. Resta, por tanto, en el caso que nos ocupa, un amplio margen de decisión a la Cámara, para distribuir el número de Senadores con arreglo a cualesquiera de los criterios de proporcionalidad existentes.

La ausencia de una regulación expresa de la fórmula de reparto proporcional, tanto en el Estatuto de Autonomía, como en el Reglamento de la Cámara, hace decir al Ministerio Fiscal que «ante la ausencia de una norma legal de proporcionalidad en esta específica materia, caso de no ordenarse por la Cámara un criterio determinado, no puede seguirse otro que el general de nuestro sistema electoral», esto es, la llamada regla D'Hondt. Tal tesis no puede en modo alguno ser admitida, puesto que, en primer lugar, la regla D'Hondt opera precisamente como correctivo de la regla de proporcionalidad pura, y como tal es una modulación de la regla de proporcionalidad que no puede ser objeto de aplicación extensiva y analógica allí donde el precepto se refiere sin más y sin matices a la proporcionalidad. Por otro lado, el carácter supletorio del art. 163 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General opera ciertamente para las elecciones para la Asamblea de Madrid, a las que es aplicable además directamente la regla D'Hondt por el art. 118.3 de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid, regla que se ha aplicado precisamente para la distribución de escaños entre los grupos parlamentarios tras las correspondientes elecciones. Ni una ni otra Ley son de aplicación, sin embargo, a la presente designación, por parte de la Asamblea, de los Senadores, de acuerdo a lo previsto en el art. 69.5 C.E., que se remite al respecto a los correspondientes Estatutos de Autonomía, imponiéndoles precisamente como único límite la necesidad de asegurar «la adecuada representación proporcional». La ausencia de 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.

En segundo lugar, no cabe hablar aquí de una laguna reglamentaria, en el sentido de imprevisión del procedimiento de designación de los Senadores, sino de la utilización de una fórmula, que puede ser discutible pero que es clara, la atribución a la Mesa de la facultad de fijar en cada caso el número de Senadores que proporcionalmente corresponden a cada Grupo Parlamentario (art. 30.9 en relación con el art. 165.3), en el ejercicio de esta función, no existe previsión normativa alguna en el ordenamiento autonómico que limite la potestad de la Mesa para articular dicha proporcionalidad, como órgano de dirección y gobierno de la Cámara, y elevar su propuesta al Pleno. Este procedimiento de designación, o la indeterminación del mismo dejándolo en manos de la Mesa su concreción, es el resultado querido por el juego de la autonomía, primero, de la Comunidad Autónoma mediante las potestades de autoorganización ejercidas en su respectivo Estatuto y, luego, de la autonomía reglamentaria de la Asamblea de Madrid; y no puede estimarse lesivo de los derechos fundamentales del Grupo recurrente, porque, una vez elegida la regla de proporcionalidad por la Mesa, se aplica a todos los Grupos Parlamentarios por igual, circunstancia que satisface lo exigido por el art. 23.2 de la Constitución en materia de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalan las Leyes. Y es patente que, dicha Asamblea atribuye una potestad a la Mesa para aplicar el Reglamento, tras ser concedida esa facultad no cabe, lógicamente, pensar, en la necesidad de la aplicación supletoria de una pretendida regla general; cuestión bien distinta es que la Mesa al ejercer esa facultad hubiera podido adoptar, voluntariamente, en vez de la regla de proporcionalidad adoptada, el método de la regla D'Hondt, pero ello pertenece a la esfera de libre decisión de la Asamblea, sobre la que, entanto no exista lesión de derechos fundamentales, no corresponde entrar a este Tribunal.

4. El Grupo solicitante de amparo sostiene además que la Mesa de Asamblea de Madrid en la que poseen mayoría dos Grupos Parlamentarios minoritarios, PSOE e IU, a propuesta de estos mismos grupos, sometió a la aprobación del Pleno de la Cámara una propuesta de distribución de Senadores entre los Grupos Parlamentarios elaborada a la vista de los resultados electorales siguiendo un criterio de proporcio-

nalidad que no sería el mismo —se dice— que el adoptado en las legislaturas anteriores, para atribuir un escaño a IU a costa del que correspondía al Grupo demandante. Se sostiene que habría existido una alteración, *ex post facto*, de la regla general, apartándose la Mesa de los precedentes parlamentarios anteriores, para impedir el acceso al cargo público de Senador con los requisitos señalados por las leyes de la persona propuesta por el Grupo Parlamentario Popular.

No es necesario entrar en el problema de la polémica «trascendencia normativa de los usos parlamentarios» y de la eventual de los precedentes (tema del que se ocupó ya este Tribunal en la STC 149/1990, fundamento jurídico 5.º), puesto que no ha quedado probado en este proceso constitucional la afirmación que se hace en la demanda, de la que arranca todo su posterior razonamiento, y que era su carga procesal demostrar: el cambio «inesperado» de criterio de la Mesa respecto de precedentes anteriores, a raíz de la última concurrencia electoral autonómica, y sin ofrecer justificación objetiva alguna para ello. Pues esos hechos no pueden darse por válidos e indubitados —como propone el Ministerio Fiscal ante «la carencia de más información»—, sin necesidad de mayores acreditaciones.

Se afirma por el Grupo Parlamentario actor que los Diarios de Sesiones de fechas 25 de junio de 1983 y 28 de julio de 1987 acreditan que la regla D'Hondt fue usada en la I y II Legislaturas de la Cámara; sin embargo, la lectura de los mismos no revela que en aquellos casos se utilizase esa regla, pues nada se dice al respecto. Por el contrario, la Asamblea de Madrid, a través de su Secretario general, asegura que en este tercera legislatura, al igual que en ambos casos anteriores, se siguió el sistema de cocientes con aplicación de restos mayores y no la variante de la edia más fuerte calculada por la regla D'Hondt como el Grupo actor pretende; es más, se advierte en el escrito de alegaciones que el sistema de los mayores restos es el «tradicionalmente seguido en la Asamblea de Madrid», para cualquier distribución de puestos entre Grupos Parlamentarios —Diputación Permanente, Comisiones, etc.—; aunque, finalmente, admite también la representación de la citada Asamblea que en algunos casos se ha «modulado» este sistema. Esta afirmación, el empleo de la técnica de los mayores restos, se comparte, expresamente, por la representación del Grupo Parlamentario Socialista, quien ilustra su afirmación con distintos datos y cálculos.

La afirmación fáctica en la que se basa la demanda ha sido pues combatida por otras partes personadas en el presente proceso, sin que se hayan aportado por la parte actora elementos de convicción que pudieran llevar a este Tribunal al convencimiento de la exactitud de la afirmación de existencia de un cambio inesperado *ex post facto*, y a la vista de los resultados electorales, del procedimiento de designación. Resulta patente, que la aplicación del criterio del cociente y el reparto

de los restos mediante la fórmula de los restos mayores conduce, de hecho, a la distribución de escaños que, efectivamente, la Mesa ha efectuado en las tres legislaturas que se ofrecen para comparar, si bien es no menos cierto que al mismo resultado se llegaría también mediante el empleo de la regla D'Hondt en la I y en la II Legislaturas, difiriendo la distribución de Senadores que se alcanza mediante el empleo de una u otra técnica sólo en esta III Legislatura. Precisamente, la novedad del caso, la relevancia de la opción por una u otra regla, puede explicar que en las designaciones anteriores no se hubiera definido con claridad la regla utilizada para el reparto de puestos, pero ello mismo impide deducir que en las decisiones aquí impugnadas la Mesa y la Asamblea de Madrid se hayan apartado abierta y arbitrariamente de los criterios establecidos al respecto para la designación de Senadores tras las elecciones de 1983 y de 1987.

5. La Mesa y la Asamblea de Madrid no estaban constitucional ni legalmente obligados a la utilización de la regla D'Hondt y podían, en suma, distribuir libremente los Senadores de designación autonómica entre los diversos Grupos Parlamentarios conforme a cualquier técnica y, en concreto, la fórmula proporcional de reparto de los restos, ya acabe dicha opción, inevitablemente, por beneficiar a los Grupos más grandes o a los pequeños y minoritarios, siempre y cuando no llegue a alterar la misma esencia proporcional de este sistema electoral, lo que no ha ocurrido en el presente caso, en cuanto que, y ello no se discute por el Grupo recurrente, la fórmula concreta elegida por la Asamblea cumple la exigencia constitucional de una «adecuada representación proporcional», por lo que la presente demanda ha de ser desestimada.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por el Grupo Parlamentario Popular de la Asamblea de Madrid.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a trece de enero de mil novecientos noventa y dos.—Francisco Rubio Llorente.—Eugenio Díaz Emil.—Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer.—José Luis de los Mozos y de los Mozos.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—José Gabaldón López.—Firmados y rubricados.

### 3225 Pleno. Sentencia 5/1992, de 16 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad 425/1986. En relación con el artículo 32 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Francisco Rubio Llorente, Vicepresidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Eugenio Díaz Emil, don Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Laguna Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 425/1986, promovida por la Sección Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por supuesta inconstitucionalidad del art. 32 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, por contradecir el art. 14 C.E. Ha sido parte el Senado, el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, este último en representación del Gobierno. Ha sido Ponente el Magistrado don José Luis de los Mozos y de los Mozos, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Por Auto de 2 de marzo de 1986, la Sección Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional elevó a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 32, párrafo primero, *in fine*, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que establece que se reconocen efectos económicos a los derechos pasivos causados con anterioridad por la mujer funcionaria, únicamente desde el 1 de enero de 1984, por si el mismo pudiera infringir el art. 14 C.E.

2. De la mencionada resolución se derivan como antecedentes de hecho, en síntesis, los siguientes:

a) Ante la Sección Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se sigue, bajo el núm. 16.268, recurso contencioso-administrativo promovido a instancia de don Jaime Castro García frente a resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (T.E.A.C.) de 20 de junio de 1985, que estimó parcialmente el recurso de alzada interpuesto contra acuerdo de la Dirección General de Gastos de Personal del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 13 de abril de 1984, por el que se denegó inicialmente al recurrente su petición de pensión de viudedad para él y de orfandad para sus hijos de su esposa fallecida. La resolución del T.E.A.C. anuló dicho acto para que, devolviendo el expediente al órgano de gestión, dictase este nuevo acuerdo con observancia de la derogación del art. 40 del texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos de 21 de abril de 1966, por la Disposición Derogatoria de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

b) En dicho proceso especial, que se tramita por las normas de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, se impugna la citada Resolución administrativa por la infracción del principio de igualdad reconocido en el art. 14 C.E., al entender discriminatorio por razón de sexo que el varón funcionario cause pensión a favor de la viuda y no la mujer a favor del viudo. Entiende el recurrente en el proceso contencioso que la vigencia del texto de la Constitución, por su efecto normativo directo, había derogado el citado art. 40 de la Ley de Clases Pasivas deviniendo este precepto inconstitucional y que, por consiguiente, debió ser anulada la resolución del órgano en cuestión y reconocido el derecho a pensión antes incluso de la promulgación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, 30/1984, de 2 de agosto; la pretensión se extiende, asimismo, al reconocimiento de la pensión desde la fecha del fallecimiento, es decir, desde el día 1 de agosto de 1982 y no desde el posterior momento señalado expresamente en la Ley de 2 de agosto de 1984, por entender que la limitación temporal de los efectos de la citada Ley es contraria a la Constitución y mantiene la anterior situación discriminatoria.