

## La sombra de las *political questions*

### Notas críticas sobre las STC 197/2014 y 15/2015 sobre las normas electorales para la elección de las Cortes de Castilla-La Mancha

MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA

Catedrático de Derecho Constitucional, UCH-CEU

*Ya se que muchos dirán  
Que poco de atrevimiento  
Si largo mi pensamiento  
Pál rumbo que yo elegí*

*A. Yupanqui.*

#### Resumen

Las STC 197/014 y 15//015, sobre la reforma del sistema electoral en la Comunidad Autónoma de Castilla- La Mancha, se inscriben en una ya larga serie de decisiones del tribunal en materia electoral que adolecen de una deferencia extrema hacia el legislador. La presencia en el bloque de la constitucionalidad de normas que determinan el contenido nuclear de la legislación electoral obliga al supremo intérprete de la Constitución a entrar en cuestiones de muy elevada sensibilidad política y ello, sin contar con el respaldo de una potente doctrina científica en la materia. Además el examen en las exigencias constitucionales de proporcionalidad que afectan, entre otros casos, a las afecciones autonómicas no puede llevarse a cabo satisfactoriamente sin el recurso a datos de hecho y a conocimientos aportados por la ciencia política, cosas ambas poco acordes con nuestra cultura jurídica, que incomodan al tribunal y que le obligarían a entrar en un terreno políticamente vidrioso. No resulta extraño que el Constitucional sea sumamente deferente con el legislador en tales asuntos. Empero esa extrema deferencia tiene precio: una doctrina constitucional muy poco ajustada a los fines que persiguen las normas del bloque de la constitucionalidad referentes a materia electoral, que carece de consistencia interna y, sobre todo, que conduce a validar normas sumamente discutibles, en especial, en tiempos como los corrientes de crisis de representación.

#### Resum

Les STC 197/014 i 15//015, sobre la reforma del sistema electoral a la Comunitat Autònoma de Castella- La Manxa, s'inscriuen en una ja llarga sèrie de decisions del tribunal en matèria electoral que pateixen d'una deferència extrema cap al legislador. La presència en el bloc de la constitucionalitat de normes que determinen el contingut nuclear de la legislació electoral obliga el suprem intèrpret de la Constitució a entrar en qüestions de

molt elevada sensibilitat política i això, sense comptar amb el suport d'una potent doctrina científica en la matèria. A més, l'examen en les exigències constitucionals de proporcionalitat que afecten, entre altres casos, les afeccions autonòmiques no pot dur-se a terme satisfactòriament sense el recurs a dades de fet i a coneixements aportats per la ciència política, ambdues coses poc acords amb la nostra cultura jurídica, que incomoden el tribunal i que l'obligarien a entrar en un terreny políticament vidriós. No resulta estrany que el Constitucional siga summament deferent amb el legislador en aquests assumptes. Tanmateix aquesta deferència extrema té preu: una doctrina constitucional molt poc ajustada als fins que persegueixen les normes del bloc de la constitucionalitat referents a matèria electoral, que no té consistència interna i, sobretot, que condueix a validar normes summament discutibles, en especial, en temps com els presents de crisi de representació.

## **Sumario**

- I. Introducción
- II. Algunas precisiones terminológicas
- III. Las argumentaciones del Tribunal
- IV. Los problemas de la doctrina en lo que a la legislación electoral afecta
  1. Un problema no bien planteado: el mínimo inicial de diputados por provincia
  2. La significación de las cláusulas constitucionales de proporcionalidad: una concepción errónea
  3. Umbrales de acceso y barreras electorales
  4. ¿Se puede hacer un juicio de proporcionalidad sin atender a los datos?
  5. Tamaño y principio proporcional
  6. La debilidad del argumento preventivo
- V. A modo de conclusión

## I. Introducción

En términos generales cabe decir que la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional en materia electoral ofrece amplia flanco a la crítica, cuanto menos en lo que al enjuiciamiento de las normas electorales afecta, otro caso es el de revisión de su aplicación, que sin duda alguna es de calidad superior a la mentada. Para cualquier lector atento resulta claro que el Tribunal no se siente precisamente a gusto cuando se somete a su consideración la legitimidad constitucional de normas reguladoras de los sistemas electorales, ello es así desde el comienzo, desde el caso de la impugnación de la ley vasca de elección de senadores autonómicos, caso en el que el Tribunal validó una norma –hoy en vigor si no me equivoco– que establece un método mayoritario con representación de minorías para la provisión de los senadores que elige el Parlamento Vasco, pese a la «adecuada representación proporcional» que exige el art. 69.5. CE. No es esta materia en la que los jueces constitucionales se sientan cómodos, la verdad.

En rigor eso es algo que no nos debería extrañar, en un Estado constitucional, con mayor motivo en uno que, además, sea democrático, pocas cosas hay más exquisitamente políticas que la determinación de las reglas electorales. Con razón señalaba Montesquieu que en la república democrática la electoral es la más importante de todas las leyes toda vez que de ella depende tanto la elección de la representación nacional como la de los gobernantes. Es claro que siendo así las cosas si nos hallamos ante una materia en la que no es inocente ni siquiera el pié de imprenta<sup>1</sup> la más elemental prudencia aconseja al juzgador moverse con pies de plomo. No es precisamente extraño que la valoración jurídica de las normas electorales haya sido desde su origen materia que ofrece amplio margen a las imputaciones de politización o partidismo y que, precisamente por ello, los juzgadores hayan evitado durante mucho tiempo entrar en aguas tan peligrosas. La valoración, tradicional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo USA, de las cuestiones electorales como «cuestiones políticas» en las que el Tribunal no debía entrar ha durado hasta la «revolución del prorrateo» que, en la estela de la lucha por los derechos civiles, abrieron las decisiones en los casos *Reynolds vs. Sims* y *Baker vs. Carr*. Tendencia esta a la que no escapa el derecho constitucional europeo, como muestra la posición del Consejo Constitucional francés a partir del caso del sistema electoral para Nueva Caledonia. Difícilmente podría ser de otro modo desde el momento en que el sufragio se concibe como un derecho fundamental, y más difícilmente aún se podría evitar entrar en la materia en aquellos casos, como el español, en el que el derecho de sufragio se contempla como un derecho instrumental mediante el cual se satisface otro de mayor hondura: el de participación política (cf. art. 23.1. CE). Empero que el juez constitucional tenga que entrar en tan procelosas aguas ni impide el dato señalado: entrar en ellas es cualquier cosa menos sencillo, y, desde luego, no se puede afirmar que sea cómodo precisamente.

1 Un truco electoral muy socorrido en los años de la República consistía en distribuir papeletas de los candidatos competidores con pié de imprenta. Como las papeletas llevaban una inscripción, el pié de imprenta lo es, el voto emitido con las mismas quedaba viciado de nulidad. No hemos cambiado mucho.

En nuestro caso esa incomodidad es mayor, si cabe, por un defecto que es atribuible en no escasa medida a los profesores de Derecho Público en general, y de Derecho Constitucional en particular: la muy escasa atención que se presta tanto al estudio de los sistemas electorales, como a los adoptados por el legislador nacional. Tal parece como si para lo primero se siguiera una regla tácita no escrita de conformidad con la cual el estudio de los sistemas electorales es cosa de politólogos (no siendo raro que estos a su vez consideren que la materia debe ser objeto de atención preferente por los juristas) y para lo segundo sea suficiente con alguna descripción aproximada del estado de la legislación en cada momento. Basta con dar una ojeada a los manuales de mayor uso y frecuentación para comprobar que, aun en los más detallados y extensos, es escasa la atención que se presta a la materia electoral. Si los profesores hacen eso no parece que debamos escandalizarnos si nos encontramos con que el conocimiento de los asuntos electorales entre los operadores jurídicos (que aquellos tienen el deber de formar) sea claramente insuficiente. Ello es así, en consecuencia no debe extrañar que las sentencias que comentamos, tanto en lo que a los antecedentes afecta como en lo que a la fundamentación jurídica de las decisiones se refiera, sean cualquier cosa menos modélicas.

Empero una parte nada desdeñable de la señalada incomodidad radica en el hecho de que la valoración jurídica de las normas electorales, en especial cuando las normas del bloque de la constitucionalidad predeterminan partes importantes del contenido de cualquier ley electoral como entre nosotros sucede, resulta las más de la veces imposible de realizar de modo adecuado, y aun mínimo, sin recurrir a las informaciones que la Ciencia Política puede y debe aportar. En otros términos: si las normas del bloque de la constitucionalidad prescriben al menos parte del contenido de la ley electoral que corresponda y, a mayor abundamiento, utilizan para ello conceptos jurídicos indeterminado de origen politológico la correcta intelección de tales conceptos exige del recurso a la politología, y ello trae consigo inevitablemente la necesidad de recurrir a lo que en el caso USA se denomina la «jurisprudencia empírica», esto es al recurso a la información que nos dan otras ramas del conocimiento al efecto de interpretar y aplicar normas jurídicas, tanto constitucionales como infraconstitucionales. De entrada el recurso a la «jurisprudencia empírica» choca con los hábitos ampliamente mayoritarios en nuestra cultura jurídica, hasta el punto que no es raro el caso del uso vergonzante de la misma: el operador jurídico, en su caso el juzgador, recurre otras disciplinas para fundamentar jurídicamente su posición, aunque, eso sí, se cuida muy mucho en manifestarlo. Pero no es sólo eso, y en el caso de los tribunales no es principalmente eso.

La jurisprudencia empírica comporta que el juzgador decide según criterios ajenos que viene a endosar, criterios que —precisamente por no surgir de la ciencia del Derecho— son en primer lugar distintos y en segundo lugar ajenos. Un órgano juris-

dicional puede tener un criterio de decisión aplicable a unos determinados asuntos, y puede ciertamente variarlo –de hecho es esa una de las funciones, y no la menor, de la jurisprudencia– pero en todo caso decide según criterios que son suyos, y que, por ello, de él dependen. En el caso de recurrir a la jurisprudencia empírica esa autonomía del juzgador se ve erosionada porque cuando esta se usa aquel se ve obligado a decidir sobre la base de criterios de otros, de otras disciplinas, cuyo eventual cambio no es ni previsible, ni controlable por el jurista, aunque sea juez. Si se quiere un ejemplo: todo el sistema de *Roe vs. Wade* reposa sobre una opinión médica: el criterio sobre el momento a partir del cual hay vida humana diferenciada en el feto y por ello el aborto deja de ser un acto de autodisposición de la mujer sobre su propio cuerpo y cual es el umbral de viabilidad del feto en caso de parto prematuro. En dicho caso el Tribunal subordinó la estructura misma de su decisión al estado de los conocimientos y técnicas entonces disponibles (principios de la década de los setenta). El mero cambio de las técnicas consecuencia del progreso de las mismas esta obligando al juzgador a desplazar las ventanas de tiempo propias del sistema de plazos en el sentido de la restricción. Con la circunstancia agravante que sobre dicha decisión planea el riesgo de un cambio radical del paradigma médico mediante cuyo uso se determina cuando hay vida humana distinta de la de la madre: del criterio de la actividad eléctrica en el cerebro al del ADN. Y el Tribunal no puede controlar esos cambios. No es de extrañar que no se sienta cómodo.

Si la regulación electoral de rango constitucional fuere escasa y su capacidad para predeterminar los contenidos de la ley electoral reducida los inconvenientes y molestias que venimos comentando serán también muy reducidos y la capacidad de decisión reconocida al legislador grande. De hecho ese es el tronco común de los argumentos que desaconsejan la constitucionalización de elementos fundamentales del sistema electoral, criterio básico que comparto.<sup>2</sup> Sin embargo nuestros constituyentes optaron por la solución contraria y procedieron a constitucionalizar elementos fundamentales de los sistemas electorales (el único que se salva es el propio de las elecciones locales) cargando de este modo al Tribunal Constitucional con un pesado fardo que no es fácil de llevar.

Vistas así las cosas no es difícil entender que la jurisprudencia constitucional sobre reglas electorales sea tan poco satisfactoria, y, a la vista de la fidelidad con que en los dos casos que aquí se tratan el Tribunal sea tan fiel a sus propios precedentes, sus decisiones sean tan poco convincentes. Y generar decisiones de escasa capacidad de convicción no es bueno ni para el Derecho en general ni para el Tribunal en particular. Hora es de pasar de las musas al teatro.

<sup>2</sup> Aunque el autor sea un proporcionalista convencido piensa que D. Manuel Fraga tenía razón: en una materia que afecta de modo tan directo a los intereses divergentes de los distintos partidos es mejor que la Constitución no predetermine los elementos fundamentales del sistema electoral ni la naturaleza de éste. Nuestros constituyentes decidieron de otro modo, y con eso hay que contar.

## II. Algunas precisiones terminológicas

Una de las consecuencias de las carencias que vengo en señalar es la de la confusión terminológica que trasluce las más de las veces confusión conceptual. Y esta es sumamente peligrosa en materia como la electoral en la que no es inocente ni el color de las papeletas de votación. Por de pronto hay que advertir que lo propio de una elección mayoritaria es estar diseñada para otorgar la totalidad o la mayor parte de la representación a los candidatos de mayor votación de tal modo que los electos obtienen una cuota de representación significativamente mayor que su cuota electoral, lo que, a su vez, implica que las candidaturas menores o bien quedan privadas de representación, o bien la que obtienen es significativamente menor que su cuota electoral. Por el contrario lo propio de la representación proporcional es estar diseñada para que la cuota de representación de cada candidatura se aproxime, en la medida de lo posible, a su cuota electoral.<sup>3</sup>

La elección mayoritaria puede estar diseñada para reservar la representación el candidato de mayor votación y privar de la misma a los demás, como sucede con el llamado «escrutinio inglés», pero no se reduce a ella, comprende los casos en los que la representación se reserva al más votado pero las minorías tienen influencia en el resultado, como sucede con el *ballotage* francés o el escrutinio australiano; comprende asimismo los casos en los que si bien la candidatura más votada obtiene la mayor parte de la representación se posibilita que bien la primera minoría o bien las minorías de mayor tamaño también la alcancen, como sucede con el sistema de voto limitado o con el voto único no transferible.<sup>4</sup> Lo propio tanto de la elección mayoritaria como de la elección proporcional no es tanto el o los procedimientos que establezcan por el legislador cuanto del resultado de la aplicación de dichos procedimientos, resultado no en el sentido del número de partidos que alcanzan representación, sino en el sentido de la proximidad o distancia entre cuota electoral y cuota de representación.<sup>5</sup> Conviene insistir: un sistema electoral es proporcional si está diseñado para ajustar al máximo cuota electoral y cuota de representación, es mayoritario en caso contrario. La observación no es baladí porque es posible diseñar un método de elección for-

3 Vide, *Diseño de sistemas electorales. El nuevo manual de IDEA internacional*. IFE. México. 2006, para la definición de elección mayoritaria y sus modalidades pp.39 y ss, para la propia de la elección proporcional pp.67 y ss.

4 No está de más señalar que el método del voto limitado se usa parcialmente en España desde la ley electoral de 1878, se usó de modo exclusivo en las dos leyes electorales republicanas y se emplea a la fecha en la elección de los senadores de representación provincial. La elección mayoritaria es compatible con la representación de minorías, cosa que, al pare-

cer, desconoce alguno de los letrados intervinientes en los procedimientos de los que aquí tratamos.

5 Un país puede contar con un sistema electoral de muy elevada proporcionalidad y, sin embargo, tener una representación bipartidista porque solo hay dos partidos relevantes. Por ejemplo, Malta, que cuenta con la fórmula proporcional más proporcional efectivamente empleada, el VUT, y tiene un parlamento rigurosamente bipartidista porque los dos mayores partidos nunca han descendido del 96% del voto en las últimas dos décadas (98,5 en 1996; 98,8 en 1998; 98,30 en 2003; 97,13 en 2008).

malmente proporcional y materialmente mayoritario y viceversa.<sup>6</sup> El juicio de proporcionalidad o mayoría es siempre y necesariamente un juicio de resultado.

La cuestión se oscurece para el lego porque en todo sistema electoral hay una pieza que desempeña un rol central: el tipo de escrutinio.<sup>7</sup> Este consiste en la fórmula matemática mediante la cual se convierte la distribución de voto establecida por los electores en una de escaños, en otros términos, es el medio mediante el cual se opera la interpretación legal de los sufragios emitidos al efecto de producir representación. Las fórmulas electorales o bien están diseñadas para atribuir todos o la mayoría de los escaños a la candidatura de mayor votación, en cuyo caso el tipo de escrutinio es mayoritario, o bien se establecen para producir un reparto proporcional, en cuyo caso la fórmula electoral tiene dicha naturaleza. Como pieza más llamativa que es del sistema electoral existe la tendencia espontánea a identificar sistema electoral y tipo de escrutinio, tendencia a la que incluso puede sucumbir el legislador,<sup>8</sup> pero las cosas no son así. Un sistema electoral puede ser mayoritario aun cuando emplee un tipo de escrutinio proporcional y viceversa, adicionalmente pueden existir y existen sistemas electorales que usan dos o más de dos fórmulas electorales que pueden ser de sentido coincidente o no.<sup>9</sup>

La inexistencia de conexión necesaria entre la orientación del tipo de escrutinio y la naturaleza del sistema electoral en el que el mismo se integra se debe, entre otras cosas, al impacto que pueden tener sobre el resultado dos elementos de dicho sistema cuya capacidad de configuración del rendimiento del sistema mismo es muy potente: el tamaño y la clave de representación. El tamaño es importante porque por si mismo condiciona el patrón de resultados: los estudios electorales coinciden en sostener que el tamaño global del cuerpo representativo es un elemento de menor importancia si la elección se hace en distrito único (como en los Países Bajos o Israel), pero adquiere un rol relevante si la elección se realiza dividiendo el cuerpo electoral en una pluralidad de circunscripciones, en este caso si adquiere un papel importante porque aparecen dos clases de condicionantes: de un lado hay un tamaño mínimo por debajo del cual la obtención de un resultado proporcional es matemáticamente imposible: tres escaños; del otro las distintas fórmulas electorales, por razón del principio matemático en el que se basan, tienen distinta sensibilidad a la variable tamaño del distrito, así métodos como el Voto Único Transferible o las variantes del criterio del Resto Mayor puede producir representación proporcional en distritos de tamaño reducido.<sup>10</sup> Por el

6 Un buen ejemplo de sistema mayoritario vestido de proporcional es el español de la elección al Congreso, su patrón de resultados es virtualmente idéntico al propio del sistema inglés: sobrerrepresentación de los dos partidos de mayor tamaño, representación equitativa de los partidos con pocos votos, pero agrupados en un pequeño número de distritos (los «bastiones») y laminación de los partidos nacionales de apoyo difuso, cuya cuota de privación nunca ha descendido por debajo del 48 %.

7 Vide Marco Marco, J., Uribe Ojalora, A., Martínez Sospedra, M., *Sistemas electorales. Un estudio comparado*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007 *passim*.

8 *Ad exem vide* el encabezamiento del C.III, T.II de la LOREG.

9 Por ejemplo, la «representación proporcional personalizada» alemana, posiblemente el sistema electoral de mayor grado de proporcionalidad de la UE, utiliza una fórmula electoral proporcional para el voto de lista y el «escrutinio inglés» para el voto en distrito uninominal.

contrario métodos de reparto como el d'Hondt o el Hagenbach-Bischoff, en general los que operan el reparto de escaños según el principio matemático de la mayor media, exigen distritos de mayor tamaño para que el reparto de escaños mediante una fórmula proporcional se separe del modelo de representación mayoritaria con representación de minorías y se aproxime a la asignación de escaños según la correspondiente cuota electoral. Para lo que aquí interesa la información disponible señala que el método d'Hondt exige ordinariamente distritos de tamaño igual o mayor de diez escaños para producir un resultado proporcional, aunque excepcionalmente puede dar un rendimiento proporcional o cuasi proporcional si la fragmentación electoral es alta, los mayores partidos se sitúan por debajo del 25/30 % y el distrito es igual o mayor de ocho escaños.<sup>11</sup>

La otra cuestión es, con mucho, de mayor relevancia. La clave de representación es el criterio matemático que se emplea para asignar un número determinado de escaños a cada distrito electoral cuando las elecciones se hacen con pluralidad de distritos o circunscripciones. El método usual para ello es establecer una cuota a la que se asigna un escaño (por ejemplo un diputado por cada 40.000 habitantes de la ley electoral de 1877), de tal modo que cada circunscripción elegirá tantos escaños como múltiplos de la cuota tenga su población (si la base que se usa es la población) o, en su caso, su censo electoral (si la base de cálculo utilizada para ello es el censo electoral). Por su propia naturaleza es muy difícil que el ajuste sea perfecto, razón por la cual es frecuente que se establezca una regla auxiliar para resolver el problema de los posibles restos.<sup>12</sup>

La cuestión es muy importante porque de ella depende si va a concurrir o no el requisito de derecho de sufragio igual para todos los electores. O, si se prefiere dicho de otro modo, si es posible o no que haya sufragio universal efectivo. Porque sufragio universal no significa únicamente que se atribuya el derecho de sufragio sin exigir otra condición para ello que estar dotado de la capacidad general de obrar, lo que se alcanza con la mayoría de edad. Ciertamente es eso («que voten todos») en el lenguaje ordinario), pero no es sólo eso, y no lo es porque el sufragio universal no es sino el medio mediante el cual se hace efectivo el principio de isocracia, esto es el principio de igualdad política, y para que los ciudadanos sean políticamente iguales es indispensable que el valor de su voto antes de su ejercicio sea igual al efecto de que su capacidad para determinar el resultado sea asimismo igual. Más claro sufragio universal consiste en que no se exijan requisitos de capacidad adicionales para ser titular del derecho y en que el valor inicial del voto de cada ciudadano sea el mismo, si ello no es así, bien porque algunos ciudadanos tengan varios votos, o porque algunos ciudadanos tiene la posibilidad de votar en varios distritos electorales y otros no, o porque el valor inicial del voto es fuertemente desigual según el distrito de que se trate puede haber elecciones libres y competidas, pero no elecciones por sufragio universal mediante las que se expresa el principio democrático. Para que todos los ciudadanos sean políticamen-

10 Por citar un ejemplo: el VUT que tiene fama de producir resultados muy fuertemente proporcionales, puede hacerlo en distritos de escaso tamaño: en la elección del Dáil irlandés ningún distrito elige menos de tres ni más de cinco escaños.

11 La elección del Congreso de los Diputados muestra un ejemplo claro de ese supuesto: el de Guipuzcoa, en cuya elección que no es infrecuente que haya varios partidos por encima del 20 % y ninguno por encima del 26/27 %, y elige normalmente ocho diputados.

12 *Ad exem vide* art. 162.3. c) LOREG para el Congreso.



te iguales el valor inicial de su voto debe ser igual. Precisamente por eso es el prorrateo sobre población o censo el generalmente usado para fijar el número de escaños a elegir en cada distrito o circunscripción.

El grado de realización de dicho principio dependerá, naturalmente, del grado de exactitud del prorrateo, que en el mundo real difícilmente podrá ser matemáticamente exacto, en la vida real las pequeñas disparidades son inevitables. Ahora bien ello hace vulnerable el sistema electoral al riesgo de infidelidad al principio democrático. En el caso de la elección en distrito uninominal el problema es mayor porque casi nunca se puede contar con alguna entidad administrativa preexistente que se ajuste a la cuota, lo que arrastra como consecuencia el carácter arbitrario del diseño del mapa electoral y, con el, el peligro de predeterminar el resultado de la elección (con la posibilidad incluso de convertir a la mayoría en minoría) a través del fraude electoral conocido como *gerrymandering*. La frecuencia con la que el legislador recurre a ajustar el mapa electoral con el de alguna de las administraciones públicas territoriales existentes se debe precisamente a que ese riesgo de manipulación se ve severamente reducido y el mapa electoral puede dotarse de un mayor grado de neutralidad. Es esa una de las razones, y no la menor, por la que tanto la Constitución, como la mayor parte de los Estatutos de Autonomía optan por la provincia como distrito electoral.<sup>13</sup>

Es frecuente, y ello sucede en los litigios de los que traen causa las sentencias que comentamos, que para hacer referencia al ajuste del prorrateo de los escaños entre las circunscripciones electorales se hable de proporcionalidad. Tal uso es explicable cuanto menos por dos razones: de un lado porque el principio democrático exige el mayor ajuste posible entre la distribución espacial de la población entre las unidades electorales y el número de puestos que corresponde elegir a cada una de ellas; del otro porque los criterios matemáticos a los que para ello se recurre suelen usar un método proporcional de asignación (así el del mayor resto en el caso ya citado de la elección del Congreso de los Diputados), no obstante el uso de tal expresión es desaconsejable porque induce a confusión entre la clave de representación de un lado, la fórmula electoral de otro, y la naturaleza del sistema electoral por un tercero. Y en esta materia las confusiones resultan sumamente peligrosas. El prorrateo igual no es propio ni específico de los sistemas electorales proporcionales, es una exigencia que concurre en todo sistema electoral (inclusive el más mayoritario) para que éste pueda contar con la posibilidad de ser conforme al principio democrático, porque solo si el resultado del prorrateo se ajusta a la distribución espacial de la población es factible que a la hora de atribuir el derecho de sufragio a los miembros del cuerpo electoral dicha atribución produzca la igualdad de valor inicial y, en consecuencia, todos los ciudadanos sean iguales ante la ley electoral, sin que el voto de unos tenga mayor capacidad para determinar el resultado de la elección que el de otros antes, insisto, antes de emitir el voto correspondiente.

13 En nuestra historia electoral el escoger la provincia como distrito electoral es el criterio tradicional del liberalismo progresista desde el Decreto de convocatoria de las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812 a las leyes electorales republicanas, no es casual que tanto el RD-L de normas electorales de 1977 como la LOREG sigan el mismo criterio. Ni que sea el ampliamente mayoritario en las leyes electorales autonómicas.

Como el ajuste entre distritos y población es más difícil y se presta con mayor facilidad a la imputación de regulación fraudulenta en los casos en que las elecciones se efectúan en distrito uninominal, es en estos casos en los que la jurisprudencia constitucional tiende a ser más exigente, así la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos admite una franja de fluctuación del 5 % de los electores del distrito en torno a la media, mientras que el menos exigente criterio del Consejo Constitucional francés establece que la banda de fluctuación máxima admisible para que la clave de representación sea constitucionalmente aceptable se sitúa en el 20 % de la media<sup>14</sup> de otro modo se viola el principio de igualdad ante la ley. Fuere cual fuere el umbral que determine el punto en el que la divergencia en el tamaño de la población del distrito o circunscripción y el tamaño medio deja de ser constitucionalmente aceptable, tanto desde la perspectiva del art. 14 CE como desde la perspectiva del art. 23.1 CE, lo que me parece claro es que un prorrateo desigual se asemeja en exceso al criterio de la *Animal Farm*: todos los electores son iguales, pero algunos son más iguales que los demás. Que estos últimos sean precisamente aquellos que tienen tendencia a votar «bien» es, sin duda, algo casual y que, por ello, jamás estuvo en la mente del legislador.

Ahora bien, que clave de representación, fórmula electoral y naturaleza del sistema electoral sean cosas distintas, y que en rigor sólo quepa hablar de «proporcionalidad» en los dos últimos casos, no implica que la primera no tenga la posibilidad de influir en la última. Ese impacto puede ser mayor en el caso en el que sistema electoral se aproxima al criterio mayoritario puro, porque en tal caso lo que puede suceder es que la primera induzca un resultado que prive de la mayoría de la representación a la mayoría de los electores, y, en el extremo, prive a las minorías de representación, pero eso no significa que la clave de representación no tenga una capacidad significativa para modificar la naturaleza del sistema electoral cuando este se presenta como proporcional, la razón es obvia: si el voto de algunos electores tiene un peso o influencia mayor en la determinación del resultado antes de votar, no parece razonable esperar que la representación que surja de la correspondiente votación sea muy ajustada al principio proporcional precisamente.

Como puede verse la problemática no es ciertamente sencilla. Resulta obvio que las consideraciones anteriores son primaria y principalmente consideraciones de hecho. No puede ser de otro modo: determinar si se produce o no lesión de los arts. 14 y 23.1. CE en razón de la clave de representación que un determinado legislador utiliza a la hora de configurar la disciplina de unas elecciones es, al menos en parte, un juicio de hecho que opera como presupuesto de ciertas consecuencias jurídicas. Del mismo determinar si una determinada disciplina de unas elecciones es conforme a determinado principio electoral (sea este mayoritario o proporcional) es ante todo un juicio de hecho que opera como presupuesto de consecuencias jurídicas. Finalmente conviene advertir que si el legislador que establece la ley electoral esta vinculado por mandatos jurí-

<sup>14</sup> Vide decisión 86-208 del Consejo Constitucional y Sanchez Navarro, A. *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*. CEPC. Madrid. 1998 *passim*.

dicos que le imponen una determinada categoría de tipo de escrutinio, o una determinada naturaleza del sistema electoral, la evaluación del cumplimiento o incumplimiento de tales mandatos exige necesariamente juicios de hecho por la buena y sencilla razón de que si el mandato exige escrutinio mayoritario el comprobar si el adoptado por el legislador lo es o no depende de las propiedades de la fórmula adoptada, propiedades cuya determinación exigen juicios fácticos, y lo mismo sucede si el mandato exige una naturaleza determinada del sistema electoral: el voto único no transferible puede satisfacer una regla constitucional que imponga elección mayoritaria aun cuando arrastre como resultado necesario la representación de minorías porque sus rendimientos son los que son, los que la experiencia acredita. Sin juicio de hecho no se puede evaluar un tipo de escrutinio, sin juicios de hecho no se puede saber cual es la naturaleza de un sistema electoral. De ninguno.

### III. Las argumentaciones del Tribunal

La cuestión de la reforma de las normas por las que se rige la elección de los diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha ha sido resuelta en sede jurisdiccional mediante dos sentencias que ponen fin a dos litigios constitucionales distintos: las SSTC 197/014 y 15/015. Tal dualidad trae causa de la instrumentación de la reforma: esta se ha venido a efectuar mediante la modificación de dos normas de rango distinto: en primer lugar mediante la modificación de las previsiones del EACM referentes a la composición y elección del Parlamento autónomo; en segundo lugar mediante el cambio que se sigue de la misma operado en la ley electoral de la Comunidad Autónoma. Los problemas jurídicos planteados son en ambos casos muy similares y, por ello, también lo es la respuesta dada por el Tribunal, como la primera reforma condiciona a la segunda y afecta a la norma de superior rango no tiene nada de extraño que la primera decisión prejuzgue hasta tal punto la segunda que bien poco hay en la STC 15/015 que no se halle previamente en la STC 197/014. En ambos casos los problemas planteados son similares, las posiciones de partes son similares, el *petitum* es similar y, en consecuencia, la decisión del Tribunal también lo es.

En el primer caso los recurrentes sostenían que la reducción del número de escaños por si misma violaba el mandato proporcional del art. 152 CE,<sup>15</sup> hacia posible el fenómeno de la inversión de mayorías,<sup>16</sup> afirmaba que la reducción introducía umbrales y barreras electorales muy altas y sostenía que no resultaba constitucionalmente aceptable una composición no proporcional del cuerpo representativo, usando para apoyar sus tesis una variada gama de supuestos de aplicación que venían a acreditarlo. Por su parte los defensores sostenían que el juicio de constitucionalidad no puede fundarse en datos de hecho,<sup>17</sup> que la reforma no suponía la introducción de «umbral o barrera», que no existía precepto constitucional que exigiere correlación entre tama-

15 «Quiebra de la base racional de los sistemas electorales proporcionales». Antecedentes a.2.

16 «Todo ello podría provocar que un partido con menos votos en el conjunto de las provincias tendría la posibilidad de obtener un mayor número de escaños». Antecedentes.2.

17 «Y es que el control de constitucionalidad de un sistema electoral no puede efectuarse a partir de tendencias estadísticas, resultados anteriores o previsiones de futuro, sino conforme al canon de constitucionalidad» (directora de servicios jurídicos). Antecedentes 10 c).

ño de la población y del cuerpo representativo,<sup>18</sup> se asimilaba sistema mayoritario a uno determinado<sup>19</sup> o se sostenía que solo el tamaño no determina la naturaleza del sistema electoral.<sup>20</sup>

En su argumentación el Tribunal comienza por rechazar que las recomendaciones de la Comisión de Venecia puedan ser parte del «canon de nuestro enjuiciamiento»<sup>21</sup> ni que quepa extraer de la Constitución regla alguna sobre el tamaño de la Cámara, materia que compete bien al Estatuto, bien a la ley electoral.<sup>22</sup> Para pasar a rechazar en términos un tanto despectivos los argumentos de hecho esgrimidos por los recurrentes:

– No cabe achacar a la ley designios o resultados discriminatorios sobre la base, a todas luces insuficiente, de pronósticos o conjeturas de futuro extraídos de unos hipotéticos «escenarios» de distribución del sufragio aun por venir, útiles, acaso, para la sociología electoral, pero poco decisivos, en tanto que simples estimaciones de probabilidad, para dar lugar al enjuiciamiento de una ley. STC 197/014 FJ 5.

Entrando en los argumentos de fondo el Tribunal parte del supuesto de la estrecha vinculación de la exigencia de proporcionalidad con uno de los valores superiores del ordenamiento: el del pluralismo político:

– [...] el derecho fundamental allí enunciado si resulta enriquecido mediante la vinculación del legislador a los mandatos constitucionales de proporcionalidad, de tal manera que este derecho sólo se podrá considerar realizado en su plenitud si aquellos mandatos son, para las elecciones a las que afecten, debidamente respetados (SSTC 75/85 FJ 5 y 225/98) que la exigencia de proporcionalidad no es sino una expresión del valor superior que representa el pluralismo proclamado por el art. 1.1. CE. STC 197/014 FJ 6.

pero sostiene que la proporcionalidad no depende sólo de la variable tamaño, en su producción intervienen otros componentes del sistema electoral, cosa indudable por otra parte:

– Es pertinente advertir, con todo, que la menor proporcionalidad, en principio asociada a la disminución de puestos a cubrir (de escaños en este caso) no es un efecto jurídico determinado sólo, de manera directa y necesaria por las normas que asignen escaños a cada circunscripción. Una importancia no menor tendrán –para restringir o, incluso, para favorecer la proporcionalidad– elementos o variables ajenos, obviamente, a toda predeterminación jurídica, como son, sobre todo, el número de candidaturas presentadas y el grado mayor o menor de concentración del voto o dispersión entre ellas del sufragio de los electores. STC 197/014 FJ 7.<sup>a</sup> a).

Pero el Tribunal, a la vista de sus propios precedentes, entiende que la exigencia constitucional de proporcionalidad es un mandato de tendencia:

– Como dijo la STC 75/1985 FJ 5 la proporcionalidad es mas bien una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modu-

18 «Se alega desconocerse en que artículo de la Constitución o en que doctrina del Tribunal Constitucional o, en fin, en que precepto del bloque de la constitucionalidad se realiza tal vinculación directa entre un sistema proporcional y que el tamaño de la Cámara sea correlativo de la población». Antecedentes 10 d) en el mismo sentido *vide* a.11 b).

19 «El sistema electoral se convierte en uno mayoritario, el cual se caracteriza por no otorgar a los partidos que no obtienen la mayoría y donde la circunscripción se convierte en distrito, en el que solo se elige un representante». Antecedentes 10. e).

20 «Por ello, como quiera que el sistema proporcional esta configurado por una plural serie de elementos, uno de los cuales es el número de escaños, pero sin que este solo factor determine su esencia ni permita identificarlo como tal». (a. del E.) Antecedentes. 11 c).

21 STC 197/014 FJ 4.

22 STC 197/014 FJ 3.

lada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa «pureza» de proporcionalidad abstractamente considerada. STC 197/014 FJ 7. b).

Lo que, a su entender, excluye que el mandato constitucional pueda entenderse en términos de un mandato de resultado:

- La jurisprudencia evocada excluye, en definitiva, que pueda interpretarse la exigencia constitucional de proporcionalidad como un imperativo u obligación de resultados y si, con carácter bastante más limitado, como un mandato al legislador para establecer, mediante sus normas, una condición de posibilidad de la proporcionalidad misma. STC 197/014 FJ 7 b).

Pero se trata de un mandato de tendencia un tanto peculiar: se trata de un mandato que se caracteriza primariamente por una dimensión negativa: la exclusión de la elección según el principio mayoritario, y que se satisface simplemente con que partidos distintos del de mayor votación alcancen representación parlamentaria:

- Se sigue de todo ello, en suma, que la exigencia constitucional sobre el legislador en orden a configurar, para la elección de las asambleas legislativa autonómicas, un sistema de representación proporcional viene a cifrarse, ante todo, en mandatos de alcance negativo. Por lo pronto, y como en su día observamos, en la interdicción de la aplicación pura y simple de un criterio mayoritario o de mínima corrección (STC 40/81 FJ 2), lo que conlleva, claro es, la necesaria conformación de las circunscripciones electorales en modo tal que no impida *de iure* toda posible proporcionalidad, en el grado de extensión que sea, para la conversión de votos en escaños. STC 197/014 FJ 7 b).

Pero, como se ve, sin que la representación de las minorías venga referida a su cuota electoral. Aunque eso sí no puede alterarse por el legislador la «esencia» de la proporcionalidad, cosa que se tiene a bien no indicarnos en que consiste una vez se ha sentado que puede haber proporcionalidad siempre que haya representación de minorías, aunque, insisto, su cuota de representación este distante de su cuota electoral. (*ibídem*). Eso sí, siguiendo la pauta marcada por el caso de la segunda reforma de las transitorias del Estatuto canario se señala que no son admisibles:

- las barreras electorales o cláusulas de exclusión, que, vista su entidad, lleguen a resultar desmedidas o exorbitantes para la igualdad de oportunidades entre candidaturas. STC 197/014 FJ 7 b)

Para concluir que la reducción del tamaño de la asamblea, por sí solo, no entra en conflicto con el mandato de proporcionalidad así entendido, para lo determinar lo cual sería necesario estar a lo dispuesto en la ley electoral y, por ende, en los complementos normativos que esta pueda aportar.

De la ley electoral viene a tratar la segunda decisión, la STC 15/015. Si se examinan las posiciones de las partes se comprueba que los argumentos sostenidos son esencialmente los mismos que previamente se habían sometido a la consideración del Tribunal en el caso anterior, con sólo dos excepciones: de un lado los recurrentes impugnan la legitimidad constitucional del prorrateo (la ley fija un mínimo inicial de diputados por provincia de tal modo que cada una de ellas recibe un mínimo inicial de tres escaños y se reducen a 18 los que se prorratean en razón de la población), pero lo hacen confusamente, tratándolo como si fuera un problema de proporcionalidad:

– además no representa proporcionalmente a la población, siendo de tener en cuenta que la exigencia constitucional de proporcionalidad es garantía objetiva del ordenamiento electoral, pero también se proyecta sobre el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos, derecho que sólo podrá considerarse realizado en plenitud si el sistema electoral respeta el criterio de proporcionalidad. en tanto que la representación del gobierno autónomo identifica umbral y barrera electoral y la abogacía del estado asume expresamente que la clave de representación no es igualitaria amparándose en que el sujeto a representar no son los ciudadanos sino las provincias:

– la norma garantiza en todo caso la representatividad de las provincias en el parlamento autonómico con independencia de su población, al establecer un mínimo inicial de 3 diputados por provincia.

Una vez mas parece que el sujeto a representar sean las entidades provinciales y no el pueblo de la Comunidad Autónoma. Como puede verse escasa innovación.

Tampoco va mucho más allá el cuerpo de la sentencia, en el que podemos encontrar la reiteración del argumento de la proporcional como medio de asegurar la efectividad del principio del pluralismo político, valor superior del ordenamiento (asi FJ 6), la observación según la cual la reducción del número de escaños perjudica la proporcionalidad, pero que esa disminución no se debe «de modo directo y necesario» a las normas de prorrateo (FJ 8 a), la identificación interesada entre umbral y barrera electoral al efecto de minimizar el impacto que la reducción pueda tener en la proporcionalidad citada (FJ 8 a); la reiteración del entendimiento del mandato de proporcionalidad como un mandato de tendencia y no de resultado (FJ 8 b) su entendimiento como un mandato negativo que supone que:

– [...] esto conlleva la necesaria conformación de las circunscripciones electorales en modo tal que no se impida *de iure* toda posible proporcionalidad, *en el grado y extensión que sea*,<sup>23</sup> para la conversión de votos en escaños. Junto a ello en la prohibición, también, de la desfiguración por ley de lo que hemos llamado «esencia» de la proporcionalidad mediante límites directos a la misma, como las barreras electorales o cláusulas de exclusión que, vista su entidad, llegasen a resultar desmedidas o exorbitantes para la igualdad de oportunidades entre candidatos. STC 15/015 FJ 8 b).

23 El subrayado es del autor.

Con todo en el presente caso no nos hallamos ante una mera reiteración de los argumentos expuestos en la sentencia anterior, aparecen, bien que con escasa relevancia argumentos que suponen cierta novedad. Así, por de pronto, hay que advertir que, pese a que figura *expressis verbis* en los antecedentes el cuestionamiento del mínimo inicial de diputados por provincia, según vimos, el Tribunal se niega a entrar en la consideración de la cuestión, al precio de desconocer una parte del *petitum*, por otra parte de fácil interpretación. El texto es claro:

– Al margen de esta última hipótesis, por tanto, aquí no habremos de enjuiciar ni las disposiciones derogatoria y final, ni tampoco el resto de determinaciones contenidas en el nuevo art.16 de la ley electoral referidas a la asignación mínima inicial de tres diputados por provincia [...]. STC 15/015 FJ 2. a)

Y ello aun cuando el Tribunal endosa la tesis de la abogacía del Estado en el sentido de imputar la representatividad no a los ciudadanos de la Comunidad, que son los que votan recordémoslo, sino a la provincias, de las que se predica la «representatividad»:

– Además, la propia exposición de motivos de la ley 4/2014 se ha cuidado [...] de dar razón de sus propias determinaciones normativas (propiciar que ninguna provincia, se lee allí, «tenga mayor o igual representatividad que la suma de cualquiera otras dos»), sin que a este Tribunal, como es obvio, le corresponda entrar a valorar en derecho tal designio. STC 15/015 FJ 4.

Cosa que empieza a adquirir sentido si se considera que tal mínimo inicial no figura para nada en el art. 152.1. CE, y ha desaparecido del art. 10 EACM merced a la reforma efectuada y que ya ha sido enjuiciada en el asunto anterior, de tal modo que tal mínimo inicial, ahora fijado tan sólo en la ley electoral, viene a carecer de la cobertura en el bloque de la constitucionalidad que tenía con anterioridad a la reforma estatutaria. Por ende, tras reafirmar que la remisión a la doctrina y la realización de simulaciones, bien sea con resultados electorales anteriores, bien sea con resultados electorales hipotéticos (estén o no basados en sondeos fiables), se despeja el balón fuera de campo insinuando que la apreciación de una eventual vulneración de la exigencia constitucional de proporcionalidad no puede apreciarse en abstracto

– El grado, incierto hoy, en que la proporcionalidad pueda llegar a contraerse a resultados de lo dispuesto en esta ley no es algo que quepa enjuiciar, en abstracto, por este Tribunal Constitucional. STC 15/015 FJ 8 a).

Lo que reitera solo aparentemente lo dicho en el caso anterior (FJ 7 b), toda vez que entonces no había ni determinación del número de escaños a distribuir ni su asignación por provincias, cosas ambas presentes en este segundo asunto. Claro que si la proporcionalidad o lesión de ella no puede apreciarse en abstracto, cabe preguntarse para que tantas páginas para fundamentar una decisión desestimatoria. En suma la conclusión es similar a la del caso anterior:



– Queda lejos de impedir [...] todo posible despliegue de la proporcionalidad exigida por los arts. 152.1. CE y 10.2. EACM. El sistema electoral para la integración de las Cortes de la Comunidad Autónoma no ha perdido por obra de la ley impugnada, en definitiva, su capacidad para reflejar, según decida el cuerpo electoral, *las principales opciones políticas existentes*<sup>24</sup> y en esto, por lo que ahora importa, es en lo que se cifra, como en ocasión anterior dejamos dicho, la no transgresión del mandato constitucional de proporcionalidad (STC 225/98 FJ 7). STC 15/015 FJ 8 b)

Como puede verse a la postre la mención no a las opciones políticas existentes, sino sólo a las definidas como «principales» viene a poner en evidencia el singular concepto de proporcionalidad que aquí se maneja. El subconsciente es traidor, ya se sabe.

#### **IV. Los problemas de la doctrina en lo que a la legislación electoral afecta**

Vistas las argumentaciones del Tribunal preciso es pasar a examinar su adecuación, no sin antes advertir que hay un error en el que los defensores de ambas normas cuestionadas incurren y en el que el Tribunal no cae: no son de aplicación al caso las normas constitucionales previstas en el art. 68 CE por la buena y sencilla razón de que estas son de aplicación exclusiva al régimen de las elecciones al Congreso de los Diputados, y evidentemente este no es el caso. Entiéndase bien: es claro que tanto en el art. 68 CE como en la LOREG sigue viviendo el ejemplo del sistema diseñado en el RD-L de normas electorales de 17/03/77, y que, con ajustes menores, el modelo «Congreso de los Diputados» ofrece el paradigma en el que se inspiran todas las leyes autonómicas y que la mayoría siguen con estricta fidelidad. Como he apuntado en otras ocasiones dicho fenómeno no ni extraño ni casual, en todo sistema político complejo en el que existe una pluralidad de cuerpos representativos de importancia política diferenciada existe la tendencia a ajustar el régimen de cada elección territorial al modelo dado por el régimen que regula la elección principal. Como en nuestro caso dicha elección principal es precisamente la del Congreso nada de particular tiene que dicho régimen opere de modelo. Empero hay que ser conscientes que las exigencias constitucionales sobre el régimen de las diversas elecciones no tienen porque ser uniformes, y en nuestro caso no lo son, de tal modo que puede darse el caso que una imitación en extremo fiel, precisamente por razón de su extrema fidelidad al modelo, acabe por no ajustarse a los mandatos constitucionales, si estos no son rigurosamente idénticos para todas las elecciones.

##### **1. Un problema no bien planteado: el mínimo inicial de diputados por provincia**

Ya se ha señalado que la ley electoral castellano-manchega opera con una clave de representación de naturaleza mixta: la misma prescribe que habrá un mínimo inicial de diputados por provincia, mínimo fijado en tres, y que el resto de los escaños hasta

24 El subrayado es del autor.



el tamaño máximo escogido de 33 diputados se distribuirá en prorrateo riguroso en función de la población provincial, siendo la provincia la unidad electoral. Por de pronto hay que advertir que reglas similares a las de la elección del Congreso tienen consecuencias de hecho muy diferentes. En el caso del Congreso el mínimo inicial utilizado sin excepción es de dos escaños/provincia más los dos escaños de las plazas, esto es 102, lo que significa que para el mínimo constitucional de 300 escaños la parte fija supone el 34 % de la Cámara y para el máximo de 400 diputados la parte fija baja a un cuarto (el 25,5) siendo la parte estrictamente prorrateada del 66 % en el primer caso y del 74,5 % en el segundo. Las reglas que impone la nueva redacción de la ley electoral castellano-manchega son muy distintas en efectos: sobre un total de 33 escaños 15 (3 x 5) forman la parte uniforme y 18 la parte de reparto igual, ello supone que casi la mitad de los escaños de la Cámara (el 45,45 %) se distribuyen de modo uniforme y solo algo más de la mitad lo son de conformidad con la distribución de la población (el 54,55 %) Nos hallamos muy lejos del art. 68 CE ciertamente.

El efecto de tales reglas es claro: fijado un tamaño máximo de la Cámara (33 escaños) la distribución entre distritos de los mismos se convierte en un juego de suma cero, como las reglas que comentamos por su propia naturaleza aumentan la representación relativa de los distritos cuya población se halla por debajo de la media, tal aumento de representación sólo puede obtenerse minorando la representación de las provincias de población superior a la media. Para ser exactos con datos de 2014 las cosas son así:

Provin.	Poblac.	N.º Fijo	Restos	Prorrateo	Total d.	Ratio	% 100
Albacete	396.387	3	3,43	3	6	1/66.064	104,88
Ciud. R.	519.613	3	4,49	5	8	1/64.951	103,12
Cuenca	207.449	3	1,80	2	5	1/41.490	100,00
Guadal.	255.426	3	2,21	2	5	1/51.075	128,13
Toledo	699.136	3	6,05	6	9	1/77.682	187,23
Total	2.078.611	15	18	18	33	1/62.988	–

Si para calcular la base de la sobre –o sub– representación tomamos como referencia no el distrito menor, sino el tamaño medio (6,6 escaños/provincia) nos encontramos, en primer lugar que el tamaño medio del distrito es menor que en el caso de la elección al Congreso de 350 escaños (6,72), que hay dos distritos con una cuota de representación similar a la media: Albacete (104,88) y Ciudad Real (103,12) hay uno de fuerte sub-representación: Toledo (123,38) y dos cuya cuota de representación es muy inferior y están fuertemente sobre-representados: Cuenca (64,87) y Guadalajara (1,10) al extremo que el votante de Cuenca tiene una capacidad de decisión que duplica al censado en Toledo. Un diseño digno de figurar junto al mapa de distritos de la ley electoral adicional de 1871 en los anales del *gerrymandering* nacional. Vistas así las cosas se entien-

de que el Tribunal, sabio y prudente, no quiera saber nada de números, al menos si quiere dictar unos fallos como los que dicta.

Hay que anotar, de otro lado, que si el Tribunal hubiere sido coherente con su propia posición cuando señala que el rendimiento del sistema electoral y, en su caso, el grado de proporcionalidad que es capaz de producir, depende de la interacción entre varios componentes, entre ellos y en especial la que se da entre tamaño y tipo de escrutinio hubiera debido considerar que, habida cuenta que la ley electoral castellano-manchega conserva el escrutinio d'Hondt tres de los cinco distritos electorales tiene un tamaño tal que en aplicación de dicha fórmula electoral es poco menos que imposible que el sistema produzca un resultado distinto del propio de un escrutinio mayoritario con representación de minorías.<sup>25</sup> La combinación entre d'Hondt y tamaño que se propone sólo es capaz de dar entrada a un tercer partido en el caso de que concurre el supuesto, hasta ahora inédito, de una acentuada fragmentación electoral y sólo en dos distritos. Muy proporcional no parece, ni en términos de resultado, ni en términos de tendencia. Los recurrentes no usan de este argumento porque de hacerlo se situarían en la poco envidiable posición de ir contra sus propios actos.

En cambio los recurrentes si alegan, bien que de modo confuso, que las reglas sobre el tamaño definen una clave de representación que choca con la igualdad, y aquí pisan terreno sólido. Lo hacen por dos razones: de un lado porque, como ya se ha señalado, la fijación de un mínimo inicial de diputados por provincia carece tanto de cobertura constitucional como estatutaria, toda vez que al adoptarse como circunscripción electoral la provincia es indudable que se satisface la exigencia del art.152.1. CE de representación efectiva de todo el territorio. Es precisamente la reforma operada en el EACM la que elimina del texto estatutario esa exigencia del mínimo inicial, que ahora sólo figura en la ley y que, en ausencia de previsión en norma superior, carece de fundamento jurídico por carecer de cobertura estatutaria. En este punto la ley electoral castellano-manchega queda en una posición similar a aquella en la que quedaría el T.II de la LOREG, en concreto el art.162.2 si previamente una reforma constitucional hubiera suprimido el inciso final del art. 68.2. CE. Del otro porque el efecto necesario de la fijación del mínimo inicial, al suponer por su propia naturaleza una asignación de escaños/distrito que escapa parcialmente al prorrateo riguroso de los escaños en función de la base humana (sea esta la población o el censo electoral) esta introduciendo una diferenciación en el valor inicial del voto, que deja de ser igual para los electores de las distintas provincias, con lo que la regla no resulta compatible ni con la regla de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, ni con la exigencia de «sufragio universal» igual del art. 23.1 de la propia ley fundamental. Lo es mucho menos si se considera que la casi la mitad de los escaños totales se atribuyen sin consideración del número de ciudadanos (el 45,45 % para ser exactos) lo que en ningún caso puede ser ni proporcionado ni razonable. Todos los ciudadanos de Castilla-La Mancha son iguales en el voto, pero algunos son más iguales que los demás.

<sup>25</sup> Que, por lo demás, es lo que acredita el histórico de las elecciones en esa Comunidad, en la que la norma es la sobrerrepresentación del más votado y la representación de sólo la segunda minoría.

Como la sentencia sobre la ley electoral no lo dice no podemos saber porqué habiendo sido cuestionada la legitimidad constitucional de dicha clave de representación el Tribunal elude pronunciarse sobre ella, solo cabe imaginar y, en este sentido la lectura benévola podría ser esta: el Tribunal decide optar por una fuerte autorestricción en una materia de muy elevada sensibilidad política, y, en consecuencia, extremar la deferencia hacia el legislador. Lo que obviamente tiene un precio: no hay sufragio universal en la elección del Parlamento de Castilla-La Mancha, ni se sienta un precedente que pudiera poner en cuestión reglas electorales en otras Comunidades Autónomas. Esa actitud es defendible en términos de política judicial, pero desde luego es política.<sup>26</sup>

## **2. La significación de las cláusulas constitucionales de proporcionalidad: una conceptualización errónea**

Como hemos visto el Tribunal opta por una lectura de las cláusulas del bloque de la constitucionalidad que privilegia una dimensión negativa (la exclusión de la representación mayoritaria), que niega que la exigencia de proporcionalidad lo sea de resultado, que reduce el alcance de la exigencia en cuestión a una exigencia de tendencia y que huye de la comprobación fáctica, aun tentativa, de todo ello. Si dejamos de lado esta última cuestión (que trataremos luego) cabe plantearse si la conceptualización que se viene haciendo de la exigencia de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, que no es novedosa y que el Tribunal recibe de sus propios precedentes, es constitucionalmente adecuada. Veamos.

En primer lugar no existe exigencia de proporcionalidad alguna a la hora de configurar el derecho de sufragio en el momento clave de reconocer el derecho de sufragio como medio de participación política en el art. 23.1. CE, en último inciso del precepto constitucional se limita a exigir que los representantes sean electos en elecciones auténticas efectuadas mediante sufragio universal. Como hemos visto esta última exigencia no permite un juicio de compatibilidad favorable en aquellos casos, como el presente, en el que no hay en el bloque de la constitucionalidad regla alguna que exceptúe, siquiera sea parcialmente, de tal exigencia a la ley electoral que aquí se discute. Sin embargo la configuración del derecho de sufragio como fundamental no incluye referencia alguna a la naturaleza del sistema electoral, ni impone clase alguna de tipo de escrutinio. En consecuencia si la exigencia de proporcionalidad no figura en las normas constitucionales referentes a una determinada elección en la regulación de esta última la capacidad de configuración del legislador es completa: el legislador puede configurar el sistema electoral como tenga bien con la sola restricción de que no debe incluir condiciones de capacidad distintas de la general de obrar y debe respetar la igualdad en el valor inicial del voto.

Así sucede en lo que se refiere a los senadores «de representación provincial» de los cuatro primeros apartados del art. 69 CE, en lo que se refiere a las elecciones municipales ex art. 140 CE, en lo que toca a las diputaciones provinciales ex art. 141.2. CE,

26 De otro lado si como los antecedentes de la STC 15/015 dicen los recurrentes plantean la cuestión del mínimo inicial, bien que de forma confusa, como si se tratara de un problema de proporcionalidad y no de prorrateo, y no reciben respuesta del Tribunal, que explícitamente se niega a entrar en aquella, ¿podemos decir que se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva?

que ni siquiera exige la elección por sufragio directo, y en lo que toca a la de Cabildos y Consejos insulares ex art. 141.4. CE. En tales casos, y en los no previstos en la ley fundamental, como es el caso de las administraciones locales propias de la Comunidad Autónoma, el legislador es libre para escoger el sistema de elección que estime adecuado. Podrá argumentarse acerca de la conveniencia política de que las elecciones de segundo orden obedezcan a la misma lógica de la propia de la elección principal, pero no seguir ese criterio prudencial optando por otro modelo no merece el menor reproche constitucional. De hecho el legislador ha optado por un sistema mayoritario con representación de minorías en la elección de los senadores de las provincias peninsulares y de las islas mayores, y por un sistema mayoritario puro, sin siquiera influencia de las minorías, en la elección de los senadores de las plazas y de las islas menores.<sup>27</sup>

La exigencia de proporcionalidad es una exigencia constitucional en tres casos: en primer lugar en la elección del Congreso ex art. 68.3. CE; en segundo lugar en la elección de senadores autonómicos prevista en el art. 69.5 CE; en tercer lugar en la elección del Parlamento Autónomo en el primer inciso del art. 152.1. CE, exigencia que la jurisprudencia ha extendido a todas las Asambleas de dicha naturaleza y que normalmente incorporan los Estatutos de Autonomía,<sup>28</sup> sin embargo la exigencia constitucional no se formula igual en los casos citados, hay diferencias significativas en la determinación de la exigencia misma.

El primer caso es el del Congreso de los Diputados. En este supuesto el apartado segundo del art. 68 establece a la provincia como circunscripción electoral, con la excepción de las plazas, a las que se asigna un solo escaño a cada una, en tanto que el apartado tercero especifica que «La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional.»<sup>29</sup>

Como puede observarse el precepto constitucional determina un ámbito al que se ciñe la exigencia de proporcionalidad, esta opera «en cada circunscripción», pero no es constitucionalmente exigible para el conjunto del sistema electoral, además el precepto constitucional no exige que siempre y necesariamente el rendimiento sea proporcional en todas y cada una de las unidades electorales, de hecho esa sería una exigencia de cumplimiento imposible en Ceuta y Melilla por la sencilla razón de que las plazas eligen un solo diputado cada una, lo que exige mas bien es que el reparto de escaños se haga «atendiendo a criterios» de representación proporcional, esto es que el legislador debe adoptar siempre que sea posible un tipo de escrutinio (que es exactamente eso un «criterio» de reparto) de carácter proporcional. En la elección del Congreso el mandato de proporcionalidad se ciñe al ámbito del distrito y supone una exigencia de procedimiento: el tipo de escrutinio debe ser proporcional. No hay por tanto un deber de resultado, este será el que sea, pero mientras la elección se haga en el distrito y en este se aplique una fórmula de carácter proporcional la exigencia de proporcionalidad del art. 68.3. CE resulta satisfecha. Ciertamente el legislador puede optar

<sup>27</sup> Y de los dos diputados de las plazas.

<sup>28</sup> *Vide ad exem.* art.26.3. EAPV; art.56.2. EAC; art.11.EAG; art.104 EAAI.

<sup>29</sup> Ese es el modelo que siguen algunos Estatutos, como el vasco por ejemplo, en que la exigencia de proporcionalidad opera en cada territorio histórico.

por una fórmula electoral que exige distritos grandes para proporcionar «representación» proporcional, pero que produce un resultado similar al propio de un escrutinio mayoritario con representación de minorías, que es exactamente lo que ha hecho, pero no cabe duda de que esa opción podrá ser políticamente discutible (de hecho esta siendo negativamente evaluada por un sector significativo, si no mayoritario de la población) pero su conformidad con las normas constitucionales es impecable.

El segundo caso es distinto, los senadores autonómicos previstos en el art. 69.5 obedecen a una clave de representación que tiene por consecuencia que el tamaño del distrito será normalmente muy bajo: cada Parlamento Autónomo elige un senador por Comunidad y otro por cada millón de habitantes. El inciso final del precepto señala que las normas autonómicas que regulen esa elección «asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional».

Con ello el constituyente nos genera un problema nada sencillo; de un lado establece una clave de representación que necesariamente va a producir un distrito electoral pequeño o muy pequeño en la mayoría de los casos; del otro contiene un mandato proporcionalista. Por lo que toca a la primera cuestión hay que decir que el problema del minifundio electoral que el art. 69.5 genera era mucho mayor en 1978, cuando el precepto se acuñó, que ahora, toda vez que desde la aprobación de la Constitución la población ha crecido muy fuertemente y ello conlleva un crecimiento, pequeño pero significativo del tamaño de los distritos. Para ser exactos y con datos de 2014 el escenario que se crea es como sigue:

Comunidades	Población	Senadores	Total
Andalucía	8.402.306	1+8	9
Aragón	1.325.385	1+1	2
Asturias	1.061.756	1+1	2
Cantabria	588.568	1	1
Castilla-León	2.494.790	1+2	3
Castilla. Mancha	2.078.611	1+2	3
Canarias	2.104.815	1+2	3
Cataluña	7.518.903	1+7	8
Extremadura	1.099.632	1+1	2
Galicia	2.748.695	1+2	3
Islas Baleares	1.103.442	1+1	2
Murcia	1.468.818	1+1	2
Madrid	6.454.440	1+6	7
Navarra	640.790	1	1
Pais Vasco	2.188.985	1+2	3
La Rioja	319.002	1	1
Valencia	5.004.844	1+5	6

Como puede verse hay tres Comunidades cuyo Parlamento elige un solo senador y cinco en el que elige dos, eso supone que en ocho Comunidades no existe la posibilidad de representación proporcional de ninguna clase (ni siquiera forzando la «adecuación»), el tamaño lo hace imposible. En tales casos el precepto constitucional que fija la clave de representación colisiona con el precepto constitucional que ordena la representación proporcional, que deviene imposible y, por ello, en ningún modo puede ser «adecuada». En tales casos se podrá optar entre un método de elección mayoritario que conceda influencia en la elección a las minorías u otro asimismo mayoritario que asegure la representación de la primera minoría, pero nada más. No sucede así en los otros nueve casos, en ellos el tamaño sí hace posible la aplicación armónica de ambos preceptos constitucionales.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el caso del Congreso, ya visto, en el presente el mandato constitucional no es de procedimiento, no es un mandato de «criterio», lo que se exige es que lo que sea proporcional es la «representación» esto es el resultado de la aplicación del procedimiento. Técnicamente eso es posible en los citados ocho casos, aunque no de modo igual, así mientras en los tres casos que eligen siete o más el mandato constitucional se podría satisfacer con un método de escrutinio de los basados en el principio de la media mayor (como el d'Hondt) en los otros cuatro el cumplimiento del mandato constitucional exigiría un tipo de escrutinio menos sensible a la variable tamaño, pues de otro el mandato constitucional, que lo es de resultado puesto que de «representación» se habla, no podría cumplirse.

Vistas así las cosas resulta difícil seguir sosteniendo el criterio sentado por la STC 40/81 sobre la ley vasca 4/81 de elección de senadores. En efecto la citada ley (art.5) establece un procedimiento de elección netamente mayoritario: los candidatos de mayor votación resultan electos, las cosas no son exactamente así porque el art. 232.5 del Reglamento del Parlamento Vasco obliga a que haya representación de alguna minoría al prohibir que electo el primer senador el segundo corresponda al mismo grupo parlamentario, así al exigir que al menos uno de los escaños corresponda a un grupo parlamentario distinto del mayor se abre la posibilidad de una representación plural más ajustada a la composición del Parlamento, que es la *raison d'être* de la exigencia de proporcionalidad. Ahora bien no cabe duda alguna de que el procedimiento vasco no lo es de «representación proporcional» en lo que toca al tipo de escrutinio, y tampoco lo es por lo que toca al de resultado. Tal vez validar tal procedimiento no fuere irracional en 1981 cuando el Parlamento Vasco elegía dos senadores, pero desde luego no es compatible con el mandato del inciso final del art. 69.5 CE cuanto menos desde que la Cámara vasca elige al menos tres senadores, porque en este caso la aplicación de alguna variante del resto mayor o del VUT podría satisfacer el mandato de resultado que el precepto constitucional exige. La STC 40/81 ha dejado de ser un precedente válido, si es que alguna vez lo fué.

El tercer caso de mandato constitucional proporcionalista, el que aquí afecta directamente, viene referida a la elección del Parlamento Autónomo. Al efecto el primer inciso del art. 152.1. CE prescribe que la Cámara será elegida por sufragio universal «con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio».

Por de pronto ya sabemos que una Cámara compuesta por 33 diputados a elegir entre cinco distritos provinciales en la que 15 de los mismos se atribuyen a los distritos sin considerar la población y sólo 18 se prorratean no es elegida por sufragio universal de clase alguna. La elección organizada así encierra una modalidad discreta de voto plural: el voto reforzado por razón de residencia. Obviamente la clave de representación, en si misma, poco tiene que ver directamente con la naturaleza proporcional o mayoritaria del sistema electoral. Obsérvese que he escrito «directamente» porque de modo indirecto resulta obvio que si el valor inicial del voto no es igual, si es distinto según sea el distrito en el que se vote, no resulta fácil contar con alguna clase de proporcionalidad.

El enunciado constitucional, en este caso, difiere notablemente del correspondiente a la elección del Congreso: aquí no existe una exigencia de proporcionalidad ceñida al distrito electoral, como hemos visto sucede en art. 68 CE, tampoco nos encontramos ante un mandato de procedimiento, no hay aquí «*criterio*» alguno como sucedía en el caso del Congreso, por el contrario el sujeto del que se predica la proporcionalidad no es el distrito sino la «Asamblea Legislativa» en su conjunto considerada, y el mandato proporcionalista se predica del «*sistema de representación*». Naturalmente como la Asamblea Legislativa, por serlo, exige un tamaño de cierta consideración el mandato constitucional implícitamente exige el recurso a uno o varios tipos de escrutinio de carácter proporcional, pero el mandato constitucional no se agota en ello por la buena y sencilla razón que lo que el precepto constitucional ordena no es que sea proporcional el «*criterio*», sino la «*representación*» y como esta depende también del tamaño de distrito necesariamente hay que considerar dicha variable para determinar si efectivamente el «*sistema*» es o no proporcional, porque claramente el mandato constitucional es un mandato de resultado. Es la composición de la Asamblea Legislativa la que debe ser «proporcional» como consecuencia de serlo el «*sistema de representación*». Si esto es así resulta obvio que el núcleo esencial del razonamiento del Tribunal es incorrecto y los fallos que son su consecuencia son cuanto menos «sospechosos».

Podrá contrargumentarse señalando que lo que acabo de escribir es producto de una interpretación literal y que, como es bien sabido, una interpretación de ese tipo nunca es concluyente por sí misma. Vaya por delante que estoy de acuerdo con que la interpretación literal rara vez o nunca es válida a título exclusivo, pero ello no empece que, cuando nos hallamos ante Derecho Legislado, la norma jurídica se nos presenta y se nos comunica mediante palabras y que sólo mediante esas misma palabras podemos acce-



der a ella. La interpretación literal podrá no ser suficiente, pero necesaria siempre es. Para ser exactos, ninguna interpretación que viole las palabras mediante las cuales se nos comunica la norma puede ser válida, la interpretación literal será preliminar, pero en todo caso encierra una dimensión negativa: lo que no se corresponde con la letra de la ley no puede ser la ley. En el caso que tratamos la interpretación literal indica con claridad meridiana que el mandato proporcionalista del art. 152.1. CE es un mandato sobre un tipo especial de *representación*, y por ello lo es de resultado, y que ese mandato para ser alcanzado exige derecho de voto reconocido a quien tenga capacidad de obrar, valor inicial del voto igual y uso de uno o varios tipos de escrutinio que tenga capacidad de producir un resultado tal que la cuota de representación alcanzada por cada candidatura este fuertemente relacionada con su cuota electoral. Por lo demás tanto una interpretación teleológica como un sistemática conducen al mismo resultado. Resultado que se ve reforzado, en su caso, por las consideraciones prudenciales acerca de la conveniencia de una homogeneidad sustancial entre los distintos sistemas electorales, criterio que sigue la LOREG sin ir mas lejos.

La actitud deferente hacia el legislador que muy mayoritariamente sigue el Tribunal, y que se extrema cuando de «cuestiones políticas» como esta se trata induce al mismo a negar que en el caso de la elección de Asamblea Legislativa autonómica el mandato constitucional sea de resultado, pero al mismo tiempo, como el Tribunal no puede ni quiere desconocer el Derecho Escrito –constitucional en el caso– busca una salida, que procede de los antecedentes, y que se formula mediante dos tesis positivas y una negativa. La primera de ellas sostiene que la regulación legislativa que desee satisfacer el mandato constitucional de proporcionalidad debe respetar la «*esencia*» de la representación proporcional, la segunda considera que, a la vista de complejidad de los sistemas electorales el mandato debe ser considerado como un mandato «*de tendencia*», la tercera que el mandato proporcionalista excluye sistemas mayoritario puros o de «*escasa corrección*». Esa es una doctrina admirablemente bien ajustada a la hora de dar cuenta de la elección principal, esto es la elección del Congreso de los Diputados, y sería aceptable si las reglas del bloque de la constitucionalidad que afectan a las elecciones autonómicas siguieran fielmente el modelo que, procedente del RD-L de normas electorales de 1977, acoge el art. 68 de la Constitución.<sup>30</sup> Pero ya sabemos que no sucede así, que las exigencias del art. 68 CE para el Congreso y del art. 152.1. CE para las Asambleas Legislativas, aunque emparentadas, son distintas. Lo que significa que de las tres tesis que sostiene el tribunal es aplicable en ambos casos la referida a la «*esencia*», que, como hemos visto, se entiende por relación entre cuota electoral y cuota de representación, también lo es la tesis negativa, por razones que a estas alturas deben ser obvias, en cambio no me lo parece la tesis del mandato proporcional como un mandato de tendencia.

30 En rigor entre el sistema-modelo y la modalidad incorporada al art. 68 CE hay dos novedades de nota: la primera es que el sistema del art. 68 CE se inserta en un contexto distinto, no el de la LRP, sino la Constitución, y por ello se ve afectado de lleno tanto por el principio democrático como por la exigencia del de igualdad, cosas ambas que no sucedían en la versión original; la segunda que la exigencia de proporcionalidad predicada de cada distrito electoral hace de dudosa legitimidad constitucional el uso del tipo de escrutinio d'Hondt en los distritos de pequeño tamaño precisamente por la alta sensibilidad a la variable «tamaño» de tal fórmula.



En efecto, esa es tesis congruente cuando y en la medida en que nos encontremos ante regla o reglas constitucionales que prediquen la proporcionalidad ceñida al ámbito del distrito. En este caso no parece posible exigir una interpretación en términos de mandato de resultado porque la fragmentación del mapa electoral y la existencia de distritos de tamaño pequeño o medio lo puede impedir, pero resulta ser que en el caso de la elección de las Asambleas Legislativas aquella fragmentación no viene constitucionalmente impuesta, sería perfectamente constitucional que todos los Estatutos siguieran el ejemplo del madrileño y ordenaran la celebración de sus elecciones mediante escrutinio proporcional y distrito único, u optaran por soluciones funcionalmente equivalentes.<sup>31</sup> De este modo al no existir en este último caso los condicionantes constitucionales que hacen legítimo entender el mandato proporcionalista del art. 68 CE en términos de mandato de tendencia, y siendo otro el tenor literal del mandato mismo, y predicarse el mismo de la «representación» y del total de la Asamblea me parece que la «interpretación tendencial» del mandato proporcionalista aplicada a la Asambleas Legislativa no se compadece con la Constitución.

### **3. Umbrales de acceso y barreras electorales**

Uno de los argumentos reiterados de los recurrentes a la hora de fundamentar su demanda radica en la observación según la cual el sistema adoptado por la combinación entre el Estatuto manchego reformado y su ley electoral tiene una importante capacidad de exclusión, de tal modo que por su propia configuración dicho sistema producirá la privación de representación de los partidos menores. En una versión algo más refinada de uso episódico, que no solo privará de la posibilidad de alcanzar representación a los partidos pequeños, sino que puede incluso surtir ese efecto con partido o partidos de tamaño mediano. Pero para sostenerlo unas veces hablan de umbrales y otros de barreras, como si fueran cosas similares, cuando no lo son. No debe extrañarnos que la contraparte desarrolle en este punto la estrategia de reducir el problema a uno de barreras electorales, para señalar después que la misma es muy baja, y que es la misma existente en la legislación anterior que elaboró una mayoría parlamentaria de la misma significación política que la de los recurrentes. No hay que sorprenderse: en los litigios se va a ganar, no a hacer ciencia.

Como se dice muy correctamente en la primera de las dos sentencias de que tratamos la barrera electoral consiste en una regla legal que excluye de la fase de atribución de escaños a las candidaturas que no alcanza una cuota electoral mínima. Con claridad no exenta de crueldad tanto el art. 163.1.a) LOREG como el art. 180 de la misma establecen que «no se tienen en cuenta» o «no son tenidos en cuenta» los sufragios emitidos a favor de las candidaturas que no alcancen esa cuota mínima. La ley electoral castellano-manchega sigue la misma técnica fijando una barrera del 3 % de los votos a candidaturas, siguiendo el ejemplo de lo previsto en la elección del Congreso.

31 Como la «representación proporcional personalizada» germana, que fija la composición política de la Asamblea en función únicamente de total de votos de lista recibidos por cada partido o coalición.

Los umbrales son otra cosa. En un sentido amplio un umbral electoral se define como el número mínimo de sufragios, o en su caso la cuota electoral, por encima de la cual se pueden tener expectativas razonables de obtener representación y por debajo de la cual tal obtención resulta virtualmente imposible, en un sentido algo más estricto constituye un umbral electoral el porcentaje mínimo necesario de apoyos electorales que se requiere para asegurarse representación. Mientras que la barrera electoral impide el acceso de la candidatura a la fase de distribución de escaños el umbral permite que la candidatura acceda, pero le sitúa en la posición de quien, accediendo a la fase de asignación de escaños, carece de posibilidad de alcanzar alguno. Resulta obvio que mientras la barrera es siempre expresa el umbral es siempre tácito. Una propiedad de los sistemas de representación proporcional radica precisamente en que en ellos el umbral –que es alto o muy alto en el caso de la elección mayoritaria– es de dimensiones reducidas. Así en un sistema de representación mayoritaria es posible un resultado en el que la mayoría de los electores que ejercieron su derecho queden sin representación,<sup>32</sup> cosa imposible en uno de representación proporcional.

Un sistema electoral puede tener, o no, cláusulas de barrera, pero tiene siempre umbrales. Estos juegan en cada distrito electoral, toda vez que es en el seno de estos donde se procede a la distribución de los escaños aplicando la fórmula electoral al reparto de votos obtenidos por las candidaturas. Contando con que la ley electoral establezca alguna clase de escrutinio proporcional (como es el caso) el umbral será mayor cuanto menor sea el tamaño del distrito y viceversa. Constante todo lo demás el umbral será más alto cuando el número de puestos a repartir sea bajo y tendera a la baja conforme el tamaño del distrito aumente. Es cierto que la determinación del umbral no depende sólo del tamaño, el mismo también está influido por el número de partidos con apoyos electorales importantes y por las diferencias de votación entre estos, y en eso no falta razón al Tribunal, en lo que éste yerra es en evitar la constatación de que la variable «tamaño» tiene un rol mucho más importante que los demás elementos a la hora de determinar el umbral de exclusión en un determinado distrito. La mera alegación según la cual el umbral depende de la interacción entre diversos componentes del sistema en nada obsta a que entre ellos el tamaño desempeña, con mucho, el papel principal. No parece fácil que obtenga representación el cuarto partido, con un quinto de los votos, si el número de escaños del distrito es de tres, pongamos por caso.

De hecho el Tribunal es consciente de ello, pero como la aceptación de la tesis de los recurrentes en este punto le conduciría por la vía de las comprobaciones de hecho, a la desautorización del legislador en una cuestión exquisitamente política, y no desea recorrer ese camino hace lo que hace. Como el subconsciente de vez en cuando nos traiciona conviene recordar aquí que el tribunal ha escrito en la STC 15/015.

32 Eso sucede en el caso del «escrutinio inglés» si el candidato más votado, que es el que obtiene el escaño, no alcanza la mayoría absoluta electoral.

– El sistema electoral para la integración de las Cortes de la Comunidad Autónoma no ha perdido por obra de la ley impugnada, en definitiva, su capacidad para reflejar, según decida el cuerpo electoral, *las principales opciones políticas existentes*.

Las principales . Dejando cuidadosamente en el olvido que la «esencia» de la representación proporcional radica en que obtengan una cuota de representación semejante a su cuota electoral tanto «las principales opciones» como las que no lo son tanto.

#### **4. ¿Se puede hacer un juicio de proporcionalidad sin atender a los datos?**

Una constante que recorre las dos sentencias que comentamos es la negativa a contrastar las reglas con precedentes o simulaciones de aplicación al efecto de determinar cuales son sus posibles rendimientos. Tales cosas no pueden en modo alguno ser parte del canon de constitucionalidad. Ahora bien si aceptamos tal posición nos creamos a nosotros mismos un no pequeño número de problemas. Sin ánimo de agotar su catálogo baste considerar los siguientes: si nos negamos a contrastar cuales son los posibles rendimientos de un sistema ¿cómo podemos saber si una determinada regulación legislativa respeta o no la *esencia* de la proporcionalidad? Si no hay un contraste con resultados reales previos o simulaciones razonables ¿cómo podemos saber si un determinado sistema electoral esta o no diseñado para procurar que la cuota de representación de cada candidatura sea semejante a su cuota electoral? Sin un contraste de ese tipo ¿cómo podemos saber si la adopción de una fórmula proporcional cumple con su razón de ser o es meramente un disfraz con el que el legislador configura una elección según el principio mayoritario, defraudando, en su caso, los mandatos del bloque de la constitucionalidad? Sin un contraste como el apuntado ¿cómo podemos determinar si efectivamente el sistema que ha diseñado el legislador cumple con la *tendencia* que la propia jurisprudencia entiende constitucionalmente exigible, según hemos visto? ¿No existe una potente y constante jurisprudencia que sostiene que el principio de igualdad en la ley resulta vulnerado cuando al presupuesto de hecho adoptado por el legislador no se anuda las correspondientes consecuencias jurídicas, de tal modo que a presupuestos de hecho iguales deben corresponder consecuencias jurídicas iguales, so pena de ilegitimidad constitucional?

La respuesta me parece obvia: resulta imposible saber si un sistema electoral determinado es realmente proporcional, tanto en términos de resultados como, en su caso, en términos de tendencia si no se tienen en cuenta de un modo u otro cuales son sus consecuencias de hecho. Y no podemos saber cuales son estas últimas si, producida una innovación legislativa, no recurrimos a los conocimientos que nos puede aportar la Ciencia Política y/o si no usamos bien de los precedentes, bien de simulaciones.

Desde el mismo momento que el juicio de proporcionalidad es, por naturaleza, un juicio de hecho no se puede producir un juicio de tal clase sin recurrir bien a precedentes

o simulaciones, bien a los conocimientos que pueden darnos los politólogos. En pocas palabras: si el bloque de la constitucionalidad impone la necesidad de juicios de hecho, como en el caso, el recurso a la «jurisprudencia empírica» se torna inevitable si de ser fiel al mandato se trata, claro está.

Como sin juicio de hecho no pueden determinarse ni el cumplimiento del mandato de constitucionalidad en términos de mandato de resultado, y tampoco se puede determinar si se cumple un mandato *de tendencia* si se rechazan los juicios de hecho o los conocimientos de los especialistas en materia electoral pocas salidas le quedan al juzgador. Exactamente las dos que sigue: de un lado una salida implícita nunca directamente expresada pero operante: el mandato de constitucionalidad se cumple cuando el legislador dice que el sistema electoral que define es proporcional, y para que ese *dictum* sea creíble basta con comprobar la fórmula electoral: si esta es proporcional el mandato se cumple;<sup>33</sup> del otro la que se nos insinúa cuando el Tribunal escribe

– Y el grado, incierto hoy, en el que la proporcionalidad pueda llegar a contraerse a resultados de lo dispuesto en la ley orgánica, o de la legislación que la desarrolle, no es algo que, por todo cuanto queda dicho, pueda ser enjuiciado en este proceso constitucional.<sup>34</sup>

Esto es, no vamos a examinar a fondo la cuestión *a priori*, pero no descartamos volver sobre la misma si, celebradas unas elecciones, y visto su resultado, este afectara a tal punto el rendimiento que este no pudiera considerarse proporcional, ni siquiera en términos de tendencia. Lo que es exactamente un juicio de hecho *Quod erat demonstrandum*.

### 5. Tamaño y principio proporcional

Si el Tribunal hubiere optado por no recurrir ni ha antecedentes, ni ha simulaciones, sino tener en cuenta las informaciones que pueden proporcionar los especialistas en la materia sabría que, desde los trabajos de Rae, que pronto cumplirán medio siglo, es de general aceptación la tesis según la cual la variable del sistema electoral que mayor peso tiene en la configuración de la naturaleza y resultados de un sistema electoral es precisamente el tamaño. El tamaño del cuerpo representativo directamente cuando la elección se hace en régimen de distrito nacional único, mediatamente en los casos – ampliamente mayoritarios, por lo demás – en los que la elección se hace mediante una pluralidad de distritos electorales toda vez que en tal caso el tamaño de estos esta condicionado por el tamaño del cuerpo legislativo. El ejemplo de la vigente ley electoral castellano-manchega que aquí se trata es bien gráfico, basta consultar cualquier estudio serio sobre el sistema electoral principal – el del Congreso de los Diputados – para saber que la clave del hecho según el cual el rendimiento del mismo es de naturaleza mayoritaria, y lo es en términos similares a los de la elección de la Cámara de los Comunes británica, radica precisamente en el tamaño: la combinación de un Congreso reducido y

33 Si el legislador establece una fórmula mayoritaria el juicio de constitucionalidad debiera ser negativo, pero ya hemos visto con el caso de pionera sentencia de 1981 que no tiene porqué ser así. Lo que sólo es inteligible sin aceptamos como válido el argumento nunca expreso de que nos hallamos ante una «political question».

34 STC 197/014 FJ 7 b).

un número grande de distritos da un distrito medio de tamaño muy bajo, y este dato el que explica la extrema dificultad de que se produzca la obtención de escaños por terceros o cuartos partidos en la inmensa mayoría de las circunscripciones. Pues bien, como ya se ha señalado, en el caso el tamaño medio del distrito que establece la ley en cuestión es más bajo que el propio de la elección del Congreso.<sup>35</sup> Con el agravante que mientras en el caso de este el mandato constitucional de proporcionalidad lo es de procedimiento, en el de las Asambleas Legislativas no es así.

El pequeño tamaño de los distritos hace que, con la parcial excepción del mayor (Toledo), el umbral mínimo para que el tercer partido acceda a la presentación es tan alto que en ningún caso va a ser inferior al triple de la barrera electoral establecida. Si tenemos en cuenta el precedente canario, en el que el Tribunal estableció que una cláusula de exclusión superior al 6 % no sería constitucionalmente admisible,<sup>36</sup> no parece que una regulación electoral así merezca un juicio de constitucionalidad muy favorable precisamente.

Un sistema electoral en el que los umbrales de acceso pueden excluir a candidaturas cada una de las cuales puede no acceder a la diputación con cuotas electorales situadas en el entorno del 15 % en los distritos de menor tamaño y que sólo puede bajar del 7/8 % en el de mayor tamaño, y que, en consecuencia, tienen la capacidad de excluir de la representación a candidaturas que sumen en el conjunto de la Comunidad Autónoma bastante más del 10 % de los votos a candidaturas, difícilmente va a ser compatible con la previsión del art. 152.1. CE si de lograr *representación* proporcional se trata.

## **6. La debilidad del argumento preventivo**

Para finalizar conviene hacer un breve comentario sobre el «argumento preventivo» del FJ 7 b) de la primera sentencia, arriba transcrito, en el que el Tribunal, tras negarse a efectuar un control preventivo de la proporcionalidad del sistema electoral parece reservarse la posibilidad de revisar el juicio y dictar resolución de diferente sentido en el caso de que los resultados electorales derivados de la aplicación de la mentada ley electoral así lo aconsejaren. El texto, por lo que aquí interesa nos dice: «Y el grado, incierto hoy, en el que la proporcionalidad pueda llegar a contraerse.»

Lo que sugiere que otra cosa sería si el grado de proporcionalidad fuera muy bajo con la certeza que dan los datos electorales, en cuyo caso el tribunal podría revisar su criterio en otro «proceso constitucional».

No obstante, en el contexto del discurso que fundamenta la decisión esa posibilidad insinuada parece de muy difícil materialización a la vista del muy fuerte deferencia hacia el legislador que el Tribunal mismo viene manifestado en materia electoral, y del que son buena muestra las sentencias que comentamos. En efecto, si el Tribunal lleva la deferencia al extremo en que tradicionalmente lo viene haciendo (no hay ningún caso de corrección sustancial de reglas electorales debida a decisiones jurisdiccionales) la even-

<sup>35</sup> Desde 1992, cuando aparece el todavía existente sistema de partidos, en ninguna elección un partido nacional de apoyo difuso ha alcanzado representación en un distrito de menos de ocho escaños.

<sup>36</sup> Vide STC 225/98 FJ 5.

tualidad de un decisión estimatoria en el caso que de la aplicación de la ley quedara claro el incumplimiento del mandato proporcionalista resulta *a priori* muy poco probable si consideramos con un mínimo de detenimiento la cuestión. Así en el caso de que a raíz de unas elecciones autonómicas el Tribunal apreciara ilegitimidad constitucional de una ley electoral por déficit de proporcionalidad en buena lógica debería declarar su invalidez, y ese escenario no es muy verosímil *per se*, y lo es aun menos dados los precedentes, en especial los que proporcionan de un lado el caso de la ley vasca de elección de senadores, y del otro el surrealista sistema electoral de las transitorias del Estatuto de Autonomía de Canarias (que por incluir hasta incluye el retrato-robot de un político y un partido determinados). Empero si tal supuesto se diere el Tribunal ¿declararía nulos los resultados de la elección efectuada al amparo de una ley electoral estimada no compatible con el bloque de la constiyucionalidad? Si en tal supuesto permanecieran vivos alguno o algunos recursos contenciosos y alguno de ellos afectara a la composición del Parlamento Autónomo ¿aplicaría para tales casos decisión acorde con el limitado efecto retroactivo de la sentencia estimatoria previsto en los arts. 38 y ss. LOTC —como por cierto se hizo con la tributación matrimonial conjunta en el IRPF—? Una declaración de inconstitucionalidad de la ley electoral y de invalidez de la elección ¿obligaría al Tribunal a dictar reglas para proceder a nueva elección que posibilite una Asamblea Legislativa que dicte una ley electoral compatible con el bloque de la constitucionalidad? Se me dirá que el Tribunal Supremo USA ha llevado a cabo algunas de esas cosas, pero aquí hablamos de otro Tribunal.

## V. A modo de conclusión

Los nada desdeñables defectos que la doctrina constitucional que estamos comentando arrastra traen causa, como ya se advirtió, de la negativa del Tribunal a entrar en cuestiones fácticas que exige la consideración, y la incorporación a la *ratio decidendi* de informaciones y conocimientos procedentes de los especialistas en la materia. Porque eso se hace sin problemas relevantes en supuestos como los casos de reglas o prácticas discriminatorias que, según constante y acertada jurisprudencia, se determinan como tales en función de su resultado (dañoso para el destinatario) y no se hace en materia electoral no deja de ser sorprendente. En especial si se considera que lo que aquí esta en juego es algo constitucionalmente no menos importante que la igualdad entre los ciudadanos, a saber la efectividad de la representación política y, mediante ella, del derecho fundamental de participación política. Sorprende que el mismo Tribunal que señala agudamente que la exigencia de proporcionalidad en el representación es plasmación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, a saber el pluralismo, lo que, como mínimo, exigiría aplicar al juicio de las normas electorales un escrutinio riguroso, se muestre tan fuertemente deferente con el legislador como en

el caso se acredita.<sup>37</sup> Es cierto que la coherencia exigiría en casos como los presentes el establecimiento de una doctrina que no es grata a los intereses electorales de los dos mayores partidos políticos de nuestro mapa electoral, porque obligaría a entender como mandatos de resultado los de proporcionalidad, pero al fin y al cabo a uno le enseñaron, y enseña, que la justicia constitucional es *naturaliter* un instituto contra-mayoritario.

Alfara del Patriarca. Invierno de 2015.

37 Pero si la proporcionalidad que impone el art. 152.1. hubiera sido ignorada por la ley 4/1014, si sería obligado apreciar que también habrían sido contradichos el principio del pluralismo político y la regla que enuncia el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, al cargo de diputado. No es dudoso que aquel principio y esta regla encuentran una de sus garantías en la proporcionalidad cuando esta última viene impuesta por la Constitución o, en general, por el bloque de la constitucionalidad. STC 15/015 FJ 6.