

MARTIN MORLOK

ESCRITOS DE DERECHO DE PARTIDOS

Prólogo de
Óscar Alzaga Villaamil

Traducción de
Jorge Alguacil González-Aurioles
Mónica Arenas Ramiro
José Ángel Camisón Yagüe
María Salvador Martínez

Coordinación y revisión de
María Salvador Martínez

Fundación Concordia y Cultura
Centro de Estudios de Partidos UNED

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	11
PRÓLOGO	17
COMENTARIO AL ART. 21 DE LA LEY FUNDAMENTAL (PARTIDOS POLÍTICOS)	23
1. ORIGEN, SURGIMIENTO Y DESARROLLO.....	23
1.1. Ideas y aspectos constitucionales	23
1.2. Origen y reforma del art. 21 LF	29
2. REFERENCIAS INTERNACIONALES, SUPRANACIONALES Y DE DERECHO COMPARADO	30
2.1. El Pacto Internacional de Derechos Humanos	30
2.2. El derecho de la Unión Europea	31
2.3. Referencias de derecho comparado	33
3. EL ANÁLISIS DEL ART. 21 LF.....	35
3.1. Función y estatus de los partidos políticos	35
3.1.1. Participación en la formación de la voluntad polí- tica (art. 21.I.1 LF)	35
3.1.2. Concepto de partido.....	40
3.1.3. Admisibilidad y protección de la financiación esta- tal de los partidos.....	48
3.1.4. El estatus de libertad, de igualdad, de publicidad y de democracia interna	50
3.2. El estatus de libertad de los partidos políticos.....	51
3.2.1. Naturaleza jurídica del art. 21 LF	51
3.2.2. Los titulares de la libertad de los partidos polí- ticos.....	53

	Pág.
3.2.3. Ámbito material protegido	55
3.2.4. Carácter defensivo.....	61
3.2.5. Los límites de la libertad de los partidos políticos.	62
3.2.6. El efecto de irradiación	63
3.2.7. Influencia de la libertad de los partidos en materia de financiación	64
3.3. El estatus de igualdad de los partidos políticos	68
3.3.1. El valor y la justificación de la igualdad de oportu- nidades.....	68
3.3.2. Titulares y puntos de referencia	69
3.3.3. Contenido y ámbito de aplicación	71
3.3.4. Justificación de los tratos diferentes.....	72
3.3.5. Casos singulares, especialmente la campaña elec- toral y la comunicación pública.....	77
3.3.6. Influencia de la igualdad de oportunidades de los partidos en materia de financiación	83
3.4. El estatus de publicidad de los partidos	89
3.4.1. Significado y praxis.....	89
3.4.2. La obligación de transparencia financiera de los partidos (art. 21.I.4 LF)	90
3.4.3. Obligación de publicidad interna y externa de los partidos.....	93
3.5. Democracia interna de los partidos (art. 21.I.3 LF).....	96
3.5.1. Necesidad funcional.....	96
3.5.2. El concepto «principios democráticos».....	97
3.5.3. Significado jurídico-objetivo	98
3.5.4. Contenido jurídico-subjetivo	102
3.5.5. Derechos individuales de los afiliados	103
3.5.6. Garantía y realización de los derechos democráti- cos de los afiliados	108
3.6. La prohibición de partidos políticos (art. 21.II LF).....	110
3.6.1. Justificación jurídica y riesgos	110
3.6.2. Requisitos	112
3.6.3. Procedimiento de prohibición y efectos de la misma	118
3.7. El mandato de desarrollo al legislador (art. 21.III LF).....	123
4. RELACIÓN DEL ART. 21 LF CON OTRAS DISPOSICIONES DE LA LEY FUNDAMENTAL	125
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA	126
DECISIONES FUNDAMENTALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIO- NAL FEDERAL ALEMÁN.....	128
PALABRAS CLAVE	129

	Pág.
EL DERECHO DE PARTIDOS COMO UN DERECHO DE LA COMPETENCIA	131
1. INTRODUCCIÓN: LA DEMOCRACIA COMO RÉGIMEN DE COMPETENCIA.....	131
1.1. La competencia en política	131
1.2. Enfoques de la Teoría Económica de la Democracia	132
1.3. El carácter competitivo de los partidos en el derecho.....	135
2. DOGMÁTICA Y TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PARTIDOS COMO UN DERECHO DE LA COMPETENCIA...	136
3. CONCEPTO Y FUNCIONES DE LA COMPETENCIA	137
3.1. El concepto de competencia	137
3.2. Funciones y presupuestos de la competencia	138
4. EL DERECHO DE PARTIDOS COMO BASE PARA LA COMPETENCIA ENTRE PARTIDOS.....	141
4.1. La responsabilidad del Estado en materia de partidos	141
4.2. La igualdad de oportunidades en la competencia	142
4.3. Elementos del derecho de la competencia política.....	142
5. LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS.....	143
5.1. Financiación pública de los partidos.....	143
5.2. Regulación de la financiación privada de los partidos	149
5.3. El mandato de transparencia financiera	150
6. EL DERECHO INTERNO DE LOS PARTIDOS COMO EL DERECHO DE UNAS ORGANIZACIONES COMPETITIVAS	152
6.1. Los partidos como organizaciones competitivas	152
6.2. La democracia interna de los partidos como un orden competitivo.....	157
7. EL ACCESO A LA COMPETENCIA.....	161
7.1. El significado de la apertura de la competencia	162
7.2. Las barreras electorales.....	163
7.3. Otros obstáculos electorales.....	165
7.4. Competencia a los partidos	167
8. OTRAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL CARÁCTER DE DERECHO DE LA COMPETENCIA QUE TIENE EL DERECHO DE PARTIDOS	168
8.1. La perspectiva «competitiva» de algunos problemas concretos	168
8.2. La protección del nombre	170
8.3. Las medidas para garantizar la transparencia del mercado.	171
8.4. La neutralidad estatal y la necesaria formalidad en la aplicación del derecho de partidos	171
9. REGULACIÓN, CONTROLES Y SANCIONES.....	174

	Pág.
9.1. La regulación.....	175
9.2. Los controles	177
9.3. Las sanciones	180
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN COMO DEFENSOR DE LA COMPETENCIA ENTRE PARTIDOS	183
1. INTRODUCCIÓN.....	183
2. EL CONCEPTO DE COMPETENCIA POLÍTICA	185
3. LA ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN	187
3.1. Refutación de los argumentos justificativos del legislador.	187
3.2. Aspectos empíricos y la responsabilidad del derecho por los efectos que produce	189
3.3. Sobre la expresión «correspondiente» del § 18.IV de la Ley de Partidos.....	192
4. CUESTIONES QUE ATAÑEN A LA ADMISIBILIDAD.....	192
4.1. El procedimiento del conflicto entre órganos para la defensa de los derechos de un partido.....	193
4.2. Generosidad con el plazo de los seis meses.....	194
4.3. ¿Legitimación del solicitante?.....	195

PRÓLOGO

Aunque la naturaleza nos especializa a los viejos profesores en el arte de esquivar cualquier trabajo aunque sea menor, como el inherente al género literario de los prólogos, en el presente caso nuestra avejentada cabeza lo asume encantada y agradecida, pues este pequeño prólogo le proporciona la oportunidad de expresar su admiración hacia la profunda y comprometida inteligencia del profesor Martin Morlok, prestigioso catedrático de Derecho Público de la Universidad de Düsseldorf y director emérito del Instituto para el Estudio del Derecho Internacional y Alemán de Partidos.

De la sinceridad de nuestras palabras hay pruebas escritas en dos números monográficos de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, que nos honramos en dirigir. En 1999, dado que el constitucionalista europeo que más había profundizado en la problemática de la regulación jurídica de los partidos políticos era el profesor Morlok, le invitamos a escribir en un número monográfico que vio la luz al año siguiente. Aceptó encantado e insertamos su trabajo¹ en la cabecera de los estudios que publicamos. Fue muy leído, comentado y citado.

Ahora bien, la desregularización de los partidos en nuestra dura tierra permaneció inmutable, pese a que el panorama partitocrático demandaba acometer la revisión de nuestra poco encomiable, pero vigente, Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, de cuyos trece artículos, nueve versan esencialmente sobre creación, inscripción, disolución y suspensión judicial de los partidos, redactados con la vista puesta en formaciones próximas a actividades terroristas, cuya buena técnica permitió que los actos aplicativos de los mismos superasen su supervisión tanto por nuestros Tribunales Supremo y Constitucional, como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los otros cuatro preceptos, de mera índole semántica, ni abordan la tarea legislativa de estable-

¹ Martin MORLOK, «La regulación jurídica de la financiación de los partidos en Alemania», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 6, 2.º semestre, 2000, pp. 43 y ss.

cer unos criterios que los estatutos de los partidos hayan de interiorizar, para asegurar que su organización y funcionamiento sean democráticos, conforme al art. 6 de nuestra Constitución, ni aportan nada para evitar los escándalos en la financiación de algunos de nuestros partidos. Consiguientemente pensamos en pergeñar un segundo y más ancho monográfico sobre la materia, para el que insistentemente rogamos al profesor Morlok que nos aportase un artículo sobre la democracia interna y la financiación de los partidos y sobre su regulación; a ello accedió generosamente remitiéndonos un buen texto de su magnífica pluma². Y dado que albergábamos el mayor interés por que los constitucionalistas españoles pudiésemos conocer la organización y labor actual del Instituto de Partidos de la Universidad Heinrich Heine de Düsseldorf, que él encabezaba, amablemente nos sugirió que su mano derecha, la doctora Heike Merten, podría escribirnos un artículo sobre la materia, tan interesante que animó a nuestro entonces vicerrector de Investigación, Dr. Ricardo Mairal, a hablar con nosotros de la posibilidad de promover desde la UNED un Centro de Estudios de Partidos, dirigido por la profesora María Salvador y subdirigido por el profesor Jorge Alguacil. El que ambos, junto con la profesora Mónica Arenas y el profesor José Ángel Camisón, hayan asumido personalmente la cuidadosa traducción de los textos seleccionados de Martin Morlok, del alemán al español, es buena prueba de la alta consideración que les merecen sus contribuciones científicas en esta materia, que desean lleguen a los especialistas españoles e hispanoamericanos sin sufrir la menor merma en su transición lingüística.

El primero de los textos que este libro recoge es su excelente glosa al art. 21 de la Ley Fundamental de Bonn —que insertó en uno de los más clásicos y monumentales comentarios a esta Constitución—³. Por si un lector de esta edición en español considera exagerado encumbrar la glosa de un precepto constitucional en el marco de un libro de comentarios de la Constitución, le indicaremos que nada tienen que ver a este respecto la tradición alemana y la española. En efecto, cabe hablar de una gran tradición alemana de comentarios a sus constituciones, de 1919 y la vigente de 1949, de la que recordamos los de Poetsch, Giese, Gebhardt, Anschütz, Dennewitz, Wernicke, Mangoldt-Klein, Hamman, Maunz-Dürig-Herzog, Jarass-Piero, Münch-Kuning, Bonner, Mangoldt-Klein..., pero quizá se pueda decir que todos ellos han quedado hoy superados por el *Kommentar* de Dreier. El contraste lo ofrece España, que a lo largo de su historia constitucional tan solo cuenta con el breve comentario a la Constitución de 1931 que aportó el profesor Pérez Serrano⁴. Pero algu-

² M. MORLOK, «Dos cuestiones clave en la regulación jurídica de los partidos políticos: financiación y democracia interna», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 1.º semestre, 2015, pp. 183 y ss.

³ «Artikel 21. Parteien», en H. DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen, Mohr Siebek, 2015 (3.ª ed.).

⁴ N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931) Antecedentes-Texto-Comentarios*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932, 345 pp.

nos, como era mi caso, echábamos de menos esa tradición, lo que explica que asumiésemos esa tarea durante el propio proceso constituyente⁵ y seguidamente nos encargasen dirigir los primeros comentarios colectivos de un texto constitucional español⁶, y diez años después acometimos unos segundos, respaldados por nuestras Cortes Generales⁷. Pero en el género académico de los comentarios constitucionales la distancia que nos lleva la doctrina alemana es muy significativa. Y posiblemente en el rigor metódico de la coordinación de los mismos también se observe bastante diferencia.

En todo caso, lo que aquí debemos resaltar es que para la glosa del art. 21 de la vigente norma fundamental alemana, Dreier, como director de sus magnos comentarios elige a Morlok, consciente de que es la máxima autoridad académica en materia de derecho de partidos. Este extenso comentario, se inicia con una muy brillante introducción sobre el origen de los partidos políticos y acerca de la esencia y cualidad de la noción de partido —situados entre la sociedad y el Estado, pero sin ser propiamente órganos estatales— basada en las importantes funciones que cumplen: hacer posible una democracia de calidad, articular la opinión pública.

Ahora bien, lo que nos parece más digno de encomio de este comentario es su exposición rigurosa y difícilmente mejorable de los cuatro principios que ya la doctrina alemana confería a los partidos políticos: libertad, igualdad, publicidad y democracia interna. En efecto, Konrad Hesse ya había contribuido a elaborar esta construcción clásica de los partidos, al sostener que los tres principios básicos que deben presidir el derecho de partidos son la libertad, la igualdad y la publicidad. A estos tres principios, su discípulo Peter Häberle, en el marco del análisis de la financiación de los partidos, añadió el de la democracia interna. Ahora bien, el gran interés de este comentario al art. 21 de la Ley Fundamental de Bonn es avanzar significativamente en la construcción del significado y del valor de estos cuatro principios que presiden, en materia de partidos, el derecho público alemán.

Y no podemos olvidar que en el actual contexto de progresiva integración de Europa la consideración de los mejores modelos jurídico-constitucionales, dotados de prestigio cierto, es uno de los métodos fiables para el avance de la realidad jurídico-constitucional en algunos países del este o del sur de Europa. En nuestro caso, por ejemplo, podría debatirse el perfeccionamiento de nuestro buen art. 6 CE, a la vista de la redacción actual del art. 21 de la Ley de Leyes alemana y de su desarrollo doctrinal.

⁵ O. ALZAGA, *Comentario sistemático de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Del Foro, 1978. Segunda edición en Marcial Pons, Madrid, 2016.

⁶ O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, 12 vols., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1983 a 1988.

⁷ O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, 12 vols., Madrid, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, 1993-1996.

El segundo de los artículos traducidos del profesor Morlok, escrito en homenaje a su maestro, el profesor Dimitris Tsatsos, merece la más atenta lectura en nuestras latitudes. En este caso no cabe pensar que un artículo de 2003 habrá perdido actualidad, pues lo decisivo de este texto es su rigor argumental y la carga dogmática que encierra; en ese sentido, bien puede decirse que goza de un valor atemporal.

Identificar el derecho de partidos con el derecho de la competencia es algo poco conocido y desarrollado en España o en América Latina. La competencia es un elemento central de la política, y la política democrática puede entenderse como una contienda o competición entre partidos políticos. En definitiva, como nos plantea este texto de Martin Morlok, la institucionalización de la democracia ha transformado la competencia directa entre los distintos intereses sociales y las diferentes convicciones en una competición entre partidos políticos por ganar la atención, el favor, el voto de los electores y finalmente el avance de la colectividad por determinada senda. De manera que la finalidad de este trabajo es utilizar con provecho la noción de competencia para los objetivos de la teoría constitucional y la dogmática jurídico-constitucional.

El estudio resulta especialmente brillante e interesante cuando explica cómo opera este mandato de igualdad de oportunidades en materia de financiación pública y privada a los partidos; pero también cómo opera este mandato en el análisis de la famosa cláusula del 5 por 100 a modo de barrera electoral, o las trabas para la creación de nuevos partidos políticos. El fundamento de la competencia, según defiende el profesor Morlok, radica en hacer factible la influencia de todos los ciudadanos con igualdad de derechos y de oportunidades, de manera que los partidos son concebidos como un instrumento de la ciudadanía para ejercer influencia política. De forma que esta visión teleológica del sistema de partidos ha de inspirar una pluralidad de medidas para limitar la influencia en política de los sectores o grupos sociales con mayor poder económico. Estamos ante unos criterios doctrinales que deben inspirar la legislación de partidos y, llegado el caso, la jurisprudencia.

Este trabajo es de lectura apasionante, sin ir más lejos, para un jurista español, pues le recuerda que el art. 21.I.4 de la Ley Fundamental de Bonn recoge la obligación de los partidos de rendir cuentas públicamente del origen de sus recursos económicos y de su patrimonio, así como del uso que hacen de estos medios económicos, o teoriza sobre cómo, tras determinados escándalos de financiación ilegal de partidos en los años 1999 y 2000, se introdujeron nuevas medidas en la legislación alemana de partidos, que ahora les obligan a altos niveles de transparencia y publicidad, que llegan a afectar a los préstamos que contraen, por considerarlos potencialmente peligrosos para su independencia y que, por tanto, deben ser conocidos por la ciudadanía, a la que hay que aportar la información relevante. Se incluye, así mismo, un finísimo análisis sobre cómo ha avanzado el Tribunal Constitucional alemán al sentar jurisprudencia sobre qué donaciones a partidos pueden beneficiarse de

deducciones fiscales y cuáles no, para evitar la competencia desleal entre partidos. La pluma del autor nos va glosando la interesante y efectiva jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán en términos que nos iluminan su eficacia como alta institución que vigila que la financiación pública y privada de los partidos tenga cierta neutralidad de efectos y no distorsione la igualdad de oportunidades de los mismos, que han de competir lealmente.

El tercer y último texto traducido al español, que este libro nos ofrece, está conectado con el anterior. Puede leerse como un desarrollo de aquel, pues expone una interesante proyección práctica de la construcción teórica del derecho de partidos como un derecho de la competencia. El profesor Morlok glosa la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 26 de octubre de 2004, y realza la posición que el mismo ocupa en la garantía de la mencionada libre competencia. La nueva versión del § 8. IV. 3 de la Ley de Partidos, como expone con su habitual precisión Morlok, dificulta el nacimiento de partidos pequeños, representando, pues, una limitación a la competencia entre partidos, lo que a su vez debe conllevar la necesaria revalorización del papel del Tribunal Constitucional en el desempeño de su función como guardián de la competencia.

Este modesto prologuista debe concluir pronosticando que todo constitucionalista de habla española disfrutará leyendo las páginas sucesivas, pues ha sido un gran acierto haber traducido a nuestra lengua estos importantes escritos de la dogmática jurídico-constitucional alemana en la delicada materia de la regulación de los partidos.

Óscar ALZAGA VILLAAMIL

COMENTARIO AL ART. 21 DE LA LEY FUNDAMENTAL (PARTIDOS POLÍTICOS)*

Artículo 21 (Partidos políticos)

I. ¹Los partidos concurren a la formación de la voluntad política del pueblo. ²Su creación es libre. ³Su orden interno debe responder a los principios democráticos. ⁴Deben rendir cuentas públicamente acerca del origen y uso de sus recursos, así como de su patrimonio.

II. ¹Son inconstitucionales los partidos que, por sus fines o por la conducta de sus seguidores, se propongan menoscabar o destruir el orden fundamental democrático libre o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. ²Corresponde al Tribunal Constitucional declarar dicha inconstitucionalidad.

III. Su regulación se hará por leyes federales.

1. ORIGEN, SURGIMIENTO Y DESARROLLO

1.1. Ideas y aspectos constitucionales

El surgimiento de la noción de partido presupone pluralismo social, su libre expresión¹, y la apertura del aparato del poder estatal a la influencia de la sociedad. Interesa por ello recordar los comienzos del pluralismo tanto en el ámbito intelectual-cultural como en el social-estructural, la institucionalización de los derechos de participación democrática y de los elementos que les sirven de soporte jurídico.

* Título original: «Artikel 21. Parteien», en H. DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, 2015 (3.^a ed.), Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 346-419. Traducción a cargo de Jorge Alguacil González-Auriol (apartados 1 a 3.1.4), Mónica Arenas Ramiro (apartados 3.2 a 3.3.6) y José Ángel Camisón Yagüe (apartados 3.4 a 4) (revisión a cargo de María Salvador Martínez).

¹ Cfr. D. T. TSATSOS/M. MORLOK, *Parteienrecht*, 1982, pp. 3, 13.

- 2 En la Europa² de finales de la Edad Media la quiebra del orden social tradicional, la consolidación de los espacios urbanos, la relajación de los vínculos patriarcales, la división de creencias religiosas y también la desaparición de patrones uniformes posibilitaron la formación de un amplio abanico de intereses diversos. Los titulares de dichos intereses se agruparon para lograr, a través de sus propias actividades, provocar las que a su juicio eran transformaciones sociales necesarias³. Para poder reunir simpatizantes se necesitaban asociaciones políticas libremente formadas. A ello se opuso el *statu quo* en el que estaban integradas las corporaciones entonces existentes⁴. Por su parte, la organización de las ciudades, con una libertad en desarrollo, ofreció un modelo inicial al fenómeno de la creación de grupos en los órganos de carácter parlamentario que entonces existían⁵. Con la *revolución burguesa* de finales del siglo XVIII, nuevos grupos dirigentes asumieron, en principio solo *de facto*, el poder político en las instituciones. La reunión en partidos⁶, beneficiada por la creciente libertad de asociación, se convirtió en «*el instrumento adecuado de la sociedad burguesa para socializar al Estado*»⁷. Los antiguos poderes, que disputaron a los partidos su nueva influencia, no pudieron eludir esta lógica. También ellos tuvieron que asumir este instrumento de sus oponentes⁸, organizándose como partido de los conservadores.
- 3 Al permitirse constitucionalmente la participación de la sociedad en la toma de decisiones estatales se planteó el problema de la *mediación*

² Una reflexión al respecto en Inglaterra, Francia y Alemania en C. GUSY, «Art. 21», en *AK-GG*, 2001, marg. 2 y ss.

³ HUBER, *Verfassungsgeschichte*, vol. 1, p. 700.

⁴ W. HARDTWIG, «Art. Verein», en *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 6, 1990, pp. 789 y ss. (814 y ss.); *id.*, *Genossenschaft, Sekte, Verein in Deutschland*, vol. 1, 1997, pp. 25 y ss., sobre la politización, pp. 328 y ss.; cfr. también F. MÜLLER, *Korporation und Assoziation*, 1965. Sobre el significado que tuvo el concepto de asociación en el surgimiento de los partidos políticos, D. LANGEWIESCHE, *GuG*, núm. 4, 1978, p. 324 (pp. 339 y ss.), con referencias adicionales.

⁵ Sobre las Ciudades-Estado italianas: K. v. BEYME, «Art. Partei, Fraktion», *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 4, 1978, pp. 667 y ss.

⁶ Sobre el desarrollo concreto de los partidos, véanse entre otros: J. LA PALOMBARA/M. WEINER (eds.), *Political Parties and Political Development* (con una bibliografía seleccionada por N. E. Kies), 1966 (reimpresión de 1972); H. KAAK, *Geschichte und Struktur des deutschen Parteiensystems*, 1971; T. NIPPERDEY, *Die Organisation der deutschen Parteien vor 1987*, 1961; H. GEBRING, *Geschichte der deutschen Parteien*, 1962; L. BERGSTRÄSSER, *Geschichte der politischen Parteien in Deutschland*, 1965 (11.^a ed. completamente revisada por W. Mommsen); G. A. RITTER (ed.), *Die deutschen Parteien 1830-1914*, 1985; W. TORMIN, *Geschichte der deutschen Parteien seit 1848*, 1968 (3.^a ed.); el trabajo colectivo bajo la coordinación de D. FRIKE (ed.) *Die bürgerlichen Parteien in Deutschland - Handbuch der Geschichte der bürgerlichen Parteien und anderer bürgerlichen Interessenorganisationen von Vormärz bis zum Jahre 1945*, vol. 1 (1968), vol. 2 (1970); K. G. TEMPEL, *Die Parteien in der Bundesrepublik Deutschland und der Rolle der Parteien in der DDR*, 1987.

⁷ HUBER, *Verfassungsgeschichte*, vol. 2, p. 322.

⁸ A pesar de todo se evita la denominación de «partido». Este concepto lo utilizó por primera vez el partido alemán liberal-progresista, fundado en 1861, para definirse a sí mismo.

entre una diversidad de intereses y opiniones sociales no regulada⁹ y la unidad de acción estatal organizada¹⁰. Los partidos políticos contaban con las condiciones necesarias para superar dicho problema y poder actuar con éxito en el ámbito estatal e institucional¹¹, influyendo en el proceso de formación de la voluntad del Estado. Esto explica que en el aparato estatal las estructuras orientadas a la recepción de la participación social y de su influencia estén especialmente presentes en el ámbito parlamentario¹². La participación en elecciones se convirtió, en consecuencia, en el criterio definitivo y delimitador de los partidos políticos frente a otras asociaciones políticas.

Merced a su *fraccionamiento* político creciente, el parlamento elegido por los ciudadanos¹³ propició la aparición del partido burgués (en términos modernos). El cambio de la representación de intereses concretos a la representación de la totalidad del pueblo exigió otras unidades políticas, de convicciones, de intereses y de lucha electoral¹⁴, que no estuvieran ancladas a las estructuras corporativas anteriores. Primero meros *clubes* con cierta estructura y *grupos de diputados* con opiniones políticas parecidas comenzaron a trabajar rindiendo cuentas ante el electorado, recibiendo propuestas y haciéndose cargo de ellas. El contacto devino en relación y el partido político se institucionalizó. Esto ocurrió en primer lugar en el siglo XVII en Inglaterra; durante los desórdenes revolucionarios de alrededor de la mitad de siglo, en la provincia de Londres surgieron asociaciones de amigos que buscaban el triunfo político como grupo¹⁵. El club Green Ribbon, fundado en 1675¹⁶, alcanzó entonces una considerable capacidad organizativa y dispuso de un cuartel general propio. Ya antes de 1688 se hizo popular la denominación *tories* y *whigs*. El desarrollo francés conoció «clubes» a lo largo del periodo revolucionario, pero los partidos, como tales, no surgirán allí hasta la época

⁹ Sobre cómo las tensiones en la estructura social, en una determinada época, son la causa de las particularidades de cada sistema nacional de partidos y de las diferencias entre ellos, en: M. LIPSET/S. W. ROKKAN, «Cleavage Structures, Party Systems and Voter Alignments», en *id.* (ed.) *Party Systems and Voter Alignments*, 1967, pp. 1 y ss.; S. ROKKAN, *Citizens, Elections, Parties*, 1970; referencias adicionales sobre el debate en torno a esta tesis en el vol. 3 de esta obra comentario a la Constitución, «Art. 21», marg. 3 (allí nota 9).

¹⁰ D. GRIMM, «Politische Parteien», en *HdbVerfR*, § 14, marg. 1.

¹¹ A ello contribuyen sobre todo el derecho electoral y la forma de gobierno. Se ocupa por primera vez de ello D. W. RAE, *The Political Consequences of Electoral Laws*, 1967 (reimpresión 1975); D. NOHLEN, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 2014 (7.^a ed.); H. FENSKE, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 1972.

¹² M. MORLOK, «Rechtsvergleichung auf dem Gebiet der politischen Parteien», en D. T. TSATSOS/D. SHEFOLD/H. P. SCHNEIDER (eds.), *Parteienrecht im europäischen Vergleich*, 1990, pp. 695 y ss. (715 y s., 726 y s.).

¹³ U. SCHEUNER, «Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit», en *Festschrift Huber*, 1961, pp. 222 y ss.; K. KLUXEN, *Geschichte und Problematik des Parlamentarismus*, 1990 (reimpresión), pp. 132 y ss.

¹⁴ STERN, *Staatsrecht*, vol. I, pp. 432 y ss.

¹⁵ G. M. TREVELYAN, *England under the Stuarts*, 1924 (11.^a ed.), pp. 195 y ss.

¹⁶ TREVELYAN, *England...*, *op. cit.* (nota 15), pp. 393 y ss.

posterior a Napoleón. En Alemania, la relación entre la aparición de los partidos y el parlamento se manifestó de forma evidente en la Asamblea Nacional de 1848-1849¹⁷. La historia de los partidos se muestra así como un *desarrollo anexo a la historia del parlamento*¹⁸. Los partidos obreros, por el contrario, se desarrollaron como organizaciones del proletariado, al margen del parlamento. El motivo de esta diferencia se explica, en gran medida, por las reglas del derecho electoral¹⁹.

- 5 Si bien es cierto que los partidos se convirtieron en elementos fundamentales de creciente importancia en el espectro político, durante mucho tiempo esto no lo reflejaron ni mucho menos de forma explícita ni las constituciones ni las leyes²⁰. La razón de este silencio quizá reside en que la existencia de los partidos es un presupuesto fáctico del moderno Estado constitucional y su manifestación representa el verdadero factor de movimiento y cambio del espacio político²¹. La historia de la *atención que el derecho ha prestado* a los partidos políticos es una gran sucesión de intentos por negar de forma activa a los nuevos anclajes del poder en que los partidos políticos se habían convertido. En Francia es conocida la *Loi de Chapelier* que, tras 1789, iba dirigida a una sociedad que giraba en

¹⁷ Para ello BERGSTRÄSSER, *Geschichte...*, *op. cit.* (nota 6), pp. 79 y ss.; T. SCHIEDER, «Die geschichtlichen Grundlagen und Epochen des deutschen Parteiwesens», en *id.*, *Staat und Gesellschaft in Wandel unserer Zeit*, 1974 (3.ª ed.), pp. 133 y ss.; D. LANGEWIESCHE, *GuG*, 4, 1978, pp. 324 y ss., con referencias adicionales; claramente más tarde data la formación de los partidos KAAK, *Geschichte...*, *op. cit.* (nota 6), p. 28.

¹⁸ MORLOK, «Rechtsvergleichung...», *op. cit.* (nota 12), p. 726.

¹⁹ Sobre esto NOHLEN, *Wahlrecht...*, *op. cit.* (nota 11), pp. 32 y ss.; FENSKE, *Wahlrecht...*, *op. cit.* (nota 11), pp. 106 y ss.

²⁰ H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politische Parteien*, 1930 (2.ª ed.), p. 12, ha manifestado esto a través de la conocida fórmula de las cuatro fases (véase «Art. 21», marg. 5, nota 20) en el vol. II de esta obra Comentario de la Constitución). Cfr. el resultado paralelo desde una perspectiva de derecho comparado en PELLOUX, *Revue du Droit Public*, núm. 51, 1934, pp. 238 y ss. (p. 239).

²¹ Así especialmente sobre Gran Bretaña, G. SMITH, «Institution der politischen Partei in Grossbritannien», en TSATSOS/SCHFOLD/SCHNEIDER, *Parteienrecht...*, *op. cit.* (nota 12), pp. 301 y ss. Esta tesis puede generalizarse pese a las particularidades británicas. No tiene sentido extrapolar el aspecto jurídico al real hasta la época de la República de Weimar. Los principales representantes tenían razón cuando tuvieron que agradecer su posición, así, L. WITTMAYER, *Die Weimarer Reichsverfassung*, 1922 (reimpresión de 1974), pp. 64 y ss.; véase también H. PREUSS, *Reich und Länder* (ed.), v. g. Anschütz, 1928, pp. 45, 273. Sobre la discusión alemana en la República de Weimar, G. RADBRUCH, «Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts», en *HbdDStR*, vol. 1, § 25; O. KOELLREUTTER, *Die politischen Parteien im modernen Staate*, 1926; F. v. CALKER, *Wesen und Sinn der politischen Parteien*, 1928; cfr. también las conclusiones de R. PELLOUX, *Revue du Droit Public*, núm. 51, 1934, p. 238 (p. 266). La floreciente bibliografía sobre partidos de comienzos del siglo XX [R. MICHELS, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie*, 1989 (4.ª ed.); M. Y. OSTROGORSKY, *Democracy and the Organization of Political Parties*, 1902 (reimpresión de 1970)] se ocupa de esto igualmente. Véanse también M. MORLOK, «Entdeckung und Theorie des Parteienstaates», en GUSY (ed.), *Weimars lange Schatten - Weimar als Argument nach 1945*, 2003, pp. 238 y ss.; C. GUSY, *Die Lehre vom Parteienstaat in der Weimarer Republik*, 1993, pp. 29 y ss.

torno al individuo y, por ende, en contra de organizaciones intermedias que se consideraban reliquias del Antiguo Régimen²².

En Alemania, reacciones en contra de los partidos fueron: la *prohibición de partidos de la Federación alemana*²³ en nombre del principio monárquico; la *Ley Socialista*²⁴, la consiguiente disolución de los partidos democráticos decretada tras el 3 de enero de 1933²⁵ y la *Ley contra la nueva formación de partidos* de 14 de julio de 1933²⁶. La *Ley de Asociaciones del Reich* de 1908²⁷ permitió, con ciertos límites legales, el derecho a formar asociaciones. La *recepción* positiva de los partidos políticos en algunos textos constitucionales no se produjo hasta después de la Primera Guerra Mundial²⁸. Tras la Segunda Guerra Mundial, la Constitución italiana retomó esta tendencia incorporando el art. 49, dedicado a los partidos (marg. 15 y ss.)

El surgimiento de los partidos marcó el inicio de los esfuerzos tendentes a su *comprensión teórica*²⁹. Los comienzos de la teoría de partidos procuraron comprender la relación entre la oposición y el gobierno³⁰. El siglo XIX se dedicó más a determinar la relación entre sociedad, Estado y partidos, delimitándose ya algunos tipos de partidos³¹. Las doctrinas socialistas ocuparon una posición especial en esta evolución³². Estas vie-

²² El art. 1 de la *Loi le Chapelier* de 14 de junio de 1791 estipula: «El desmantelamiento de toda clase de corporaciones [...] constituye uno de los fundamentos más importantes de la Revolución Francesa». Detalladamente sobre ello S. SMITIS, *KritJ*, núm. 22, 1989, pp. 157 y ss. Véase también el comentario al art. 19, marg. 8, en el vol. 3 de esta obra comentario a la Constitución.

²³ Art. 2 de la ley penal de la Federación alemana de 5 de julio de 1832 (*Massregeln-Gesetzes des Deutschen Bundes*).

²⁴ Ley contra el peligro público que suponían los esfuerzos de la socialdemocracia de 21 de agosto de 1878 (*Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie*, RGBl. p. 351) derogada en 1890.

²⁵ R. MORSEY/E. MATTHIAS (eds.), *Das Ende der Parteien*, 1933 (2.^a ed. en 1979).

²⁶ RGBl. p. 479.

²⁷ Ley de Asociaciones de 19 de abril de 1908 (*Vereinsgesetz*, RGBl. p. 151).

²⁸ Así en la Constitución austriaca de 1920, art. 5; véase también el art. 62 de la Constitución española de 1931.

²⁹ Por todos, K. v. BEYME, «Partei, Fraktion», *op. cit.* (nota 5), pp. 677 y ss.

³⁰ D. HUME, «Of Parties in General», *Works*, vol. 3, editado por T. HILL GREEN/T. HODGE GROSE, 1882 (reimpresión de 1964), pp. 127 y ss., 130 y ss.; E. BURKE, «Thoughts on the Cause of the Present Discontents (1770)», en *The Works*, vol. 1, 1886, p. 375; K. KLUXEN, *Das Problem der politischen Opposition*, 1956; W. JÄGER, *Politische Partei und parlamentarische Opposition*, 1971.

³¹ El tipo de partido liberal y conservador por F. ROHMER, «Die vier Parteien, 1844», en H. SCHULTNESS (ed.), *Friedrichs Rohmers Wissenschaft und Leben*, vol. 4: *Politische Schriften*, 1885, §§ 40 y ss., 209 y ss. Sobre los partidos políticos auténticos y aquellos que también se definen por principios religiosos, estamentales, jurídico-estatales o realistas: J. C. BLUNTSCHLI, *Charakter und Geist der politischen Parteien*, 1869 (nueva ed. 1970), pp. 16 y ss. Más tarde especificado de otra forma por M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, pp. 167 y ss.; *id.*, «Politik als Beruf», en J. WINCKELMANN (ed.), *Gesammelte Politische Schriften*, 1988 (5.^a ed.), pp. 505 y ss. (pp. 529 y ss.).

³² Así, por ejemplo, la de W. I. LENIN, *Was tun*, 1902; *id.*, «Ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück», de 1904, en *id.*, *Werke*, vol. 7, 1960, pp. 480 y ss.; K. KAUTSKY, *Die Neue Zeit XX*, 1901, marg. 3, pp. 79 y ss.

ron a los partidos como una parte consciente del proletariado («vanguardia»), como factor subjetivo del proceso revolucionario y al mismo tiempo como producto de las relaciones objetivas³³. Esta sublimación histórico-filosófica hizo que el partido superase la limitación de ser solo una parte. Como ya muestra la palabra partido³⁴ (del latín *pars*: parte) solo pueden considerarse jurídicamente como partidos los grupos que se conciben a sí mismos como una parte de un todo³⁵ y sin ninguna pretensión de totalidad³⁶. Debido al hecho de ser solo una «parte», pero también a las tendencias oligárquicas, se produjo un menosprecio discriminatorio del partido político³⁷.

- 7 La separación entre Estado y sociedad se consiguió mediante la exigencia de libertad frente al Estado. A la vez, se intentaba superar esta separación con la pretensión de participar en el Estado. La consiguiente *oscilación* (*Schwebelage*) de los partidos entre el Estado y la sociedad determina su capacidad de mediación entre ellos³⁸. Si ese equilibrio se rompe en favor del carácter estatal de los partidos políticos³⁹, se avivará la desafección hacia ellos. Por ello, con objeto de mantener la capacidad de los partidos políticos para desempeñar su función en una democracia parlamentaria es menester establecer renovados límites y controles a la amplísima actividad de los partidos⁴⁰.

³³ Cfr. G. LUKACS, *Geschichte und Klassenbewusstsein*, 1923.

³⁴ Sobre la historia *id.*, K. v. BEYME, «Art. Partei», en *Hist. Wb. Philos.*, vol. 7, pp. 134 y ss.

³⁵ La incapacidad de aceptar el alcanzar el bien común a partir del conflicto, pero también el compromiso entre los intereses parciales, condujo particularmente en Alemania a que se alcanzase el todo de un solo movimiento, sin intermediación entre intereses opuestos. Muchos partidos se concibieron a sí mismos como depositarios de la totalidad y representantes de intereses particulares lucharon como fuerzas de menor legitimidad. Una variación totalitaria de la supresión de la oposición entre el Estado como totalidad y los intereses escindidos de la sociedad fue el partido de Estado.

³⁶ TORMIN, *Geschichte...*, *op. cit.* (nota 6), p. 11.

³⁷ La propuesta de integrar en el concepto de partido la pretensión de buscar el bien común muestra la dificultad de comprometerse con el logro de un bien común plural; véase, por ejemplo, B. W. GREWE, «Zum Begriff der politischen Partei», en G. ZIEBURA (ed.), *Beiträge zur allgemeinen Parteilehre*, 1969, pp. 65 y ss.

³⁸ HUBER, *Verfassungsgeschichte*, vol. 2, pp. 322 y ss.

³⁹ Véase lo relativo a la palabra clave «Kartellparteien» en R. S. KATZ/P. MAIR, *Party Politics*, 1995, pp. 5 y ss.; R. H. v. ARNIM, *Politische Parteien im Wandel*, 2011.

⁴⁰ Sobre tales fenómenos y las exigidas contramedidas. M. STOLLEIS, «Parteienstaatlichkeit -Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?», en *VVDStRL*, núm. 44, 1976, pp. 7 y ss.; D. T. TSATSOS, «Krisendiskussion, politische Alternativlosigkeit, Parteienstaatsübermass», en *Festschrift Mahrenholz*, 1994, pp. 397 y ss.; J. D. KÜHNE, «Parteienstaat als Herausforderung des Verfassungsstaats», en *Festschrift Jeserich*, 1994, pp. 309 y ss.; P. M. HUBER, *JZ*, 1994, p. 689 (pp. 692 y ss.). De forma expresiva se puede incluso hablar de que es necesaria una segunda generación de derecho de partidos para limitar las posiciones de poder de los partidos en favor de la apertura democrática del proceso político; sobre esto, M. MORLOK, «Für eine Zweite Generation des Parteienrechts», en D. T. TSATSOS (ed.), *30 Jahre Parteiengesetz in Deutschland. Die Parteiinstitution im internationalen Vergleich*, 2002, pp. 53 y ss.; sobre la crítica a la crítica a los partidos O. W. GABRIEL/E. HOLTSMANN, «Der Parteienstaat Gefahrengut für