



**1. SOBRE EL REGIMEN JURIDICO-CONSTITUCIONAL DE
LOS PARTIDOS POLITICOS**

JAVIER JIMENEZ CAMPO

*A la memoria de Ignacio de Otto y
Pardo*



1. SOBRE EL RÉGIMEN JURIDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLITICOS (*)

POR

JAVIER JIMENEZ CAMPO



Como todos ustedes sin duda conocen, algunas conferencias se terminan pronunciando, mal que bien, sólo porque quien es llamado para ello no llega a evaluar, sino demasiado tarde —nunca, desde luego, en el momento de aceptar la invitación— lo que se le viene encima, quiero decir, la dificultad de apuntar algo que no sea enteramente inútil sobre un asunto cuya complejidad suele crecer cuanto más de cerca se le mira y que no puede ser abordado durante más tiempo que el que la cortesía permite. Todo ello con la zozobra, por lo demás, de si no se estará incurriendo, a cada palabra dicha, en la banalidad o en la afirmación apodíctica, de no ser ésta y aquélla la misma cosa. También así acepté yo la amable invitación que tuvo a bien dirigirme el Director de esta casa y también, cómo no, me he preguntado varias veces desde entonces si sobre el régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos quedaba aún algo por decir y si, en tal caso, estaba yo en condiciones de hacer aquí alguna consideración útil sobre ello. Sólo la primera parte de la pregunta me merece, como es obvio, una respuesta en principio afirmativa, porque en cuanto a lo segundo vi pronto —cuando comencé a preparar estas notas, recopilando apuntes varios y dispersos y releyendo los textos de casi siempre— que no podría sino exponer ante ustedes, y siento la hipotética decepción, más que ciertas dudas, de las que no siempre soy autor, sobre el lugar que reserva nuestra Constitución a los partidos. Dudas presentadas, eso sí, con el intento de sistematización a que me fuerza mi condición de universitario —la única, por lo demás, desde la que ahora hablo— y acompañadas, pues no todo ha de quedar en una relación de perplejidades, de algunas hipótesis interpretativas. Ustedes verán si unas y otras —dudas e hipótesis— merecieron ser expuestas.

(*) Texto de la Conferencia pronunciada el día 27 de mayo de 1987 en las Jornadas organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre «El Título Preliminar de la Constitución».

Lo que quisiera, en definitiva, hacer en lo que sigue es exponer —esto es, citar y comentar— algunos de los rasgos principales de los partidos políticos en el ordenamiento español, arrancando, como no puede ser de otro modo, de la consideración, en su marco normativo propio, de los dos preceptos constitucionales aquí más relevantes: el art. 6.º en el que la Constitución configura, en lugar tan destacado como su Título Preliminar, las «funciones» de los partidos y, en segundo lugar, el art. 22 de la misma norma fundamental, precepto en el que se establece el régimen constitucional común del derecho de asociación y también por ello, al menos en parte, el de los partidos. Por decirlo en pocas palabras, lo que intentaré exponer son algunos de los problemas que nacen para nuestro ordenamiento en virtud de esa bien conocida doble condición de los partidos que fue tempranamente advertida en la jurisprudencia constitucional (Sentencia 3/1981) al referirse a ellos como «asociaciones de relevancia constitucional», condición compleja que surge, justamente, del hecho de que sobre los partidos se proyectan, de modo directo, dos preceptos constitucionales de diferente signo, cuyo diverso alcance no puede, sin embargo, dar lugar a fricciones insuperables en razón de la misma unidad de la Constitución. Diré algo, así, en primer lugar, sobre la garantía institucional del pluralismo de partidos que se expresa en el art. 6.º y comentaré, a continuación y para acabar, los puntos que me parecen de mayor relieve en el régimen del derecho de asociación y que afectan a la creación de los partidos y al desenvolvimiento de sus actividades. No quiero, sin embargo, entrar en el desarrollo de uno y otro de estos apartados de mi intervención sin hacer antes, a modo de explicación de lo que se dirá y de justificación de lo que no habrá lugar a plantear, una muy breve consideración previa.

No es seguro —y, en todo caso, de ello no puedo hablar yo aquí con solvencia— que el reconocimiento constitucional de los partidos haya marcado, allá donde esta recepción se ha verificado, el punto más alto en la incidencia o en la vitalidad histórica de los partidos mismos. Sí es evidente, por partir ahora de una obviedad, que lo que seguimos llamando, no sin equívoco, «constitucionalización» de los partidos plantea, de manera frontal, algunos de los problemas más acuciantes para el entendimiento del Estado constitucional democrático, problemas que es posible resumir mediante el enunciado de dos preguntas generales y ciertamente inseparables. Es la primera la relativa a cuál sea la trascendencia jurídico-constitucional —cabe decir, la repercusión sobre el modo de organización y funcionamiento del Estado— de la recepción por la Constitución de los partidos, cuestión que apunta, pues, al posible significado jurídico de la expresión «Estado de partidos» que, sin duda con toda justeza, se emplea por la Teoría y por la Ciencia Política para designar al Estado democrático de nuestros días, según se hace en el último libro —brillante como todos los suyos— que ha publicado entre nosotros el Profesor **García Pelayo**. La otra pregunta —unida, pero no confundible con la anterior— contempla el mundo de la libertad, no el de la organización estatal, y se refiere, por lo tanto, a la influencia que posea sobre la naturaleza de los partidos —sobre su de-

senvolvimiento libre, como organizaciones extraestatales que son— el reconocimiento constitucional que de ellos se haga. Se trataría, en definitiva, de saber cuáles sean los cambios operados en la configuración jurídica de los partidos por el hecho de que éstos hayan dejado de ser —con palabras de **Gustav Radbruch**, escritas todavía en 1930— la «parte oculta» del Derecho Público. No voy a formular, sin embargo, a este último propósito, la pregunta recurrente por la «naturaleza» jurídica de los partidos, pues creo que, se conteste del modo que sea, esta cuestión se responderá siempre mal, como corresponde a un dilema que sólo expresa, me parece, la desazón del saber jurídico ante la dificultad en reconducir a su marco categorial una realidad que surgió en polémica, justamente, con ese mismo sistema de conceptos.

Una y otra de estas cuestiones —qué sea para el Derecho Constitucional el «Estado de partidos», qué sean los partidos mismos en un Estado de este género— basta con que queden aquí apuntadas y subrayado, con ello, el papel que en su elucidación ha de corresponder a una Teoría de la Constitución que no se satisfaga con describir y lamentar el desajuste entre las construcciones constitucionales clásicas y la realidad implacable de los hechos políticos. No tuvieron aquellas construcciones teóricas, como es bien sabido, un lugar para los partidos y esa ignorancia o relegamiento —trasunto de lo que era entonces el Derecho vigente— no se debió sólo, según creo, a evidentes recelos frente a la democratización del Estado o frente al pluralismo que de la sociedad surgía. Se debió también a la misma incompatibilidad inicial, que no cabría plantear desde nuestra Constitución, entre una cierta concepción racional del Estado constitucional democrático —presente, sobre todo, en la Europa continental— como sistema «cerrado» de órganos e instituciones y la pretensión, diría voluntarista, que los partidos expresan de competir públicamente por la capacidad de decisión de un Estado que veía así contradicho un antiguo empeño: el de abolir toda subjetividad en los procesos de aplicación, y, sobre todo, de creación del Derecho. Carece ya de sentido, como digo, seguir sosteniendo la existencia de una incompatibilidad de ese género, pero ello no significa, como bien se sabe, que toda tensión haya desaparecido entre el ordenamiento del Estado constitucional y la presencia en su seno, legitimada por la propia Constitución, de los partidos. Buena parte de la planta institucional de ese Estado —la organización y la doctrina de la representación, el sistema de relaciones entre Parlamento y Gobierno o entre éste y la Administración Pública, por ejemplo— se fue construyendo al margen, cuando menos, de los partidos y no es siempre fácil, por lo tanto, el acomodo entre la acción de éstos y las exigencias, no sólo en cuanto a la legitimación del ejercicio del poder, servidas por aquellos órganos y a través de aquellos procedimientos. Es también evidente que esta tensión —diciéndolo con las palabras de mi maestro, el Profesor **Rubio Llorente**— no puede ser resuelta «por el simple procedimiento de modificar la teoría para hacerla concorde con la realidad, pues no se trata de una teoría explicativa, sino normativa, que no persigue la descripción de la realidad, sino su creación, y de la que,

en consecuencia, no cabe prescindir sin poner en cuestión la legitimidad de esa misma realidad.»

En el art. 6.º, por iniciar ya el primer grupo de consideraciones a que antes aludí, enuncia la Constitución una garantía institucional y un derecho subjetivo, recogiéndose la primera en el inciso con el que el precepto se abre —definidor de los cometidos propios a los partidos— y el segundo en la mención del mismo artículo a la libre creación de partidos, con sujeción a lo dispuesto en la propia Constitución y en la ley. No me interesa tanto ahora esta última dimensión del precepto —a la que después haré referencia, en su conexión con el derecho fundamental de asociación— cuanto su vertiente objetiva, establecedora, como digo, de una garantía del pluralismo político.

Como en cualquiera otra de las garantías institucionales que en la Constitución se enuncian, en la recogida en este precepto se establece tanto un límite como una habilitación para la acción conformadora del legislador. Un límite porque, como apuntaré en seguida, la ley queda vinculada, negativa y positivamente, a respetar y a hacer posible el pluralismo de partidos que aquí se define. Y también una habilitación, ya que —en correspondencia con esta definición constitucional de las tareas de los partidos— el legislador puede ordenar las condiciones que se han de requerir a determinadas asociaciones para ser reconocidas como «partidos» y para desarrollar las actividades que la Constitución les confía. Esta última proyección de la garantía del pluralismo político me parece evidente, en virtud de la mención que el precepto hace a la creación y al ejercicio de las actividades de los partidos «dentro del respeto a la ley», sin perjuicio de que hoy, en nuestro Derecho, la Ley de Partidos, tan preocupada por su control, ninguna exigencia imponga en orden a la consistencia real del proyecto partidario o al efectivo desarrollo por los partidos de sus actividades, como sí hacen, por ejemplo, las legislaciones portuguesa y alemana.

En todo caso, como digo, en este primer enunciado del art. 6.º se contiene una definición normativa de las actividades en virtud de las cuales es identificable la condición de ciertas asociaciones como expresión del «pluralismo político» y como «instrumentos fundamentales» para la participación, también política. No importa que esta definición normativa —y estipulativa, como todas las que el Derecho hace— se corresponda o no con cualquiera de las nociones que del «partido político» brinda hoy la Teoría o la Ciencia política. Lo que interesa es que esto es el partido político para la Constitución, que en esto —en concurrir a la formación y a la manifestación de la voluntad popular— consiste su carácter de medio para expresar el pluralismo y de instrumento fundamental para la participación política, y que reside aquí, en definitiva, en el respeto a estas «funciones», el límite antes citado a la acción del legislador y también el criterio para el reconocimiento como tal partido de una asociación, que sólo lo será en

tanto su objeto —su objeto social— consista en el despliegue de esas actividades. Actividades que no son, por lo demás, «funciones públicas» en ningún sentido técnico riguroso. Así, aunque antes ya dije que no suscitaría aquí la cuestión de la «naturaleza jurídica» de estas organizaciones, permítaseme que diga que, al menos, una cosa no son los partidos. No son —frente a lo que veo que con cierta frecuencia se afirma— «asociaciones privadas que ejercen funciones públicas», pues, si la expresión «función pública» significa algo preciso en este contexto (función que pudiera ser desarrollada por un ente público, aunque, por las razones que sean, se deja su ejercicio —bajo control— en manos privadas), ello no es predicable de las tareas que corresponden a los partidos, que, ocioso es decirlo, no podrían ser asumidas por los poderes públicos sino negando la condición democrática del Estado.

El precepto, pues, «constitucionaliza» a los partidos políticos. No creo que haga otro tanto, sin embargo, respecto del «Estado de partidos» o, para decirlo de manera más precisa, no creo que eleve a los partidos en sí mismos, y a su acción concurrente, a la condición de elementos definidores de la forma de nuestro Estado sino en tanto en cuanto su actividad —la de los partidos— se despliega en el seno de las instituciones y de acuerdo con los procedimientos que actualizan la identificación del Estado —ésta sí expresa— como social y democrático de Derecho. No me refiero con esto a los límites institucionales mismos que perfilan, a *contrario*, el ámbito en el cual los partidos pueden proyectar sus funciones, límites presentes en la Constitución, por ejemplo, a través de la prohibición de afiliación partidaria de jueces, magistrados y fiscales, o en la regla que prescribe el funcionamiento «objetivo» de la Administración Pública. Con estas formulaciones o con otras —pero éstas son las de nuestra Constitución—, reglas como las citadas, y otras que en la legislación ordinaria podrían mencionarse, se ordenan a la preservación misma del Estado de Derecho y así, por ejemplo, en la conocida exposición de **Niklas Luhmann**, esta forma estatal sólo es identificable allá donde cabe diferenciar entre «sistema de partidos» y «sistema administrativo», englobando este último, en las palabras del autor citado, tanto la función administrativa, en sentido estricto, como la jurisdiccional.

Pero no hablo de esto ahora. Me refiero, estrictamente, a que la recepción constitucional de los partidos sólo es jurídicamente significativa en la medida en que éstos desarrollan las actividades descritas en el art. 6.º, porque, fuera del ejercicio de estas actividades, los partidos poseen, sin duda, trascendencia constitucional, pero no mayor que la del resto de las asociaciones. La «participación política» a la que se refiere aquel precepto no es, por lo demás, la de los partidos, sino la que a los ciudadanos asegura el art. 23.1 de la Constitución y a cuyo servicio —como «instrumentos fundamentales» para hacerla posible— existen los partidos. La «voluntad popular» que éstos concurren a formar y a manifestar no es tampoco la que en las normas se expresa —voluntad popular no es aquí voluntad

estatal—, sino la que manifiesta el cuerpo electoral, al pronunciarse en las urnas sobre opciones que son, casi exclusivamente, opciones partidarias, esto es, la «voluntad política que los sufragios expresen», como se dijo en la Sentencia 69/1986 del Tribunal Constitucional.

Bien entendido que no se trata ahora de desconocer lo obvio, esto es, el que, como no puede ser de otro modo, las decisiones públicas se adoptan hoy, en el ámbito de nuestro sistema parlamentario, y en el de cualquier otro que pueda merecer tal nombre, en virtud del impulso de los partidos y del acuerdo entre ellos. Se trata sólo de subrayar que esa acción de los partidos es relevante para la Constitución cuando los partidos mismos, trascendiendo su posición primera o básica de meras asociaciones, actúan en las instituciones representativas —o, antes aún, en los procedimientos para su formación—, adecuando su acción a las reglas que ordenan tales instituciones o procedimientos, quiero decir, conformando su actuación a las exigencias propias del ámbito institucional en el que operen. Es evidente, así, que los partidos expresan el pluralismo político no sólo en el seno de las instituciones representativas a las que sus candidatos hayan accedido, pero con la misma claridad me parece que hay que decir que sólo entonces, sólo cuando el pluralismo se muestra en las instituciones representativas, su expresión por el partido es distinguible de la manifestada por cualesquiera otras asociaciones que, incluso con fines políticos, no tengan esa condición. Y es también notorio que la labor de concurrir a la «formación y manifestación de la voluntad popular» puede desarrollarse en un sentido inespecífico, ajeno al procedimiento electoral a lo largo del cual se forma, y a cuyo término se expresa, esa voluntad del pueblo, pero no es menos cierto que, en este plano, la labor que a los partidos confía la Constitución no es tampoco diferenciable de la de cualquier grupo que, sin ostentar esa condición, ejerza también una acción formadora —y, por lo mismo, expresiva— de la opinión pública. Quiero decir, en suma, que son sólo las instituciones representativas las que dotan de sentido constitucional —al competir en su procedimiento de formación y al integrarse luego en ellas— a la acción de los partidos. Lo que está lejos de significar, desde luego, que no exista más acción asociativa legítima con fines políticos que la que se despliegue en el ámbito de la representación. Es en este ámbito, sin embargo, en el que se encuentra la normación jurídico-constitucional más expresiva de lo que cabe llamar —a falta de precisiones que ahora no podré hacer— el «Estado de partidos»: una norma como la que se contiene en el art. 75.2 de la Constitución (la previsión de la delegación legislativa en las comisiones de las cámaras) sería sencillamente inconcebible en un sistema parlamentario que no viera en los partidos —en los grupos— la voluntad unitiva que hace posible, sin quiebra de la representación misma, tal delegación de la potestad de legislar.

Me parecía pertinente apuntar esto porque no faltan, como ustedes saben, construcciones doctrinales de signo contrario respecto del puesto de los partidos en el Estado constitucional democrático, construcciones que

tienden, de un modo u otro, a ver en el reconocimiento constitucional de los partidos un principio de contradicción con el carácter representativo y parlamentario de ese Estado, cuando no —como en el caso de **Leibholz**— un principio de legitimación alternativa frente a la que sirve de fundamento a la institución parlamentaria. Y me interesaba también resaltarlos porque conclusiones de ese tipo —que a mí me parecen erróneas— podrían, quizá, hacerse derivar del lugar privilegiado que ocupa en nuestra Constitución, en su Título Preliminar, esta garantía del pluralismo político. Creo, sin embargo, que las normas contenidas en el Título Preliminar —o en otras partes de la Constitución protegidas también mediante una rigidez cualificada— no tienen, en ningún sentido jurídicamente inteligible, «jerarquía» superior a las demás de la Constitución (pues la jerarquía es relación entre fuentes, no entre normas), y que, de otro lado, estos preceptos del Título Preliminar —normas y no «decisiones»— no pueden concebirse sino en articulación inseparable con las reglas orgánicas y procedimentales que se enuncian en el resto de la Constitución. Sobre esta estrecha unidad entre normas «materiales» y reglas de procedimiento y de organización ha publicado últimamente el Profesor **Aragón Reyes** un espléndido trabajo al que ahora quisiera remitirme.

Apunté antes que de la definición constitucional de las funciones de los partidos en este art. 6.º se derivan vínculos para los poderes públicos y, en primer lugar, para el legislador. No creo, por lo tanto, que se pueda sostener en nuestro Derecho la posición en su día afirmada por **Ernst Forsthoff** respecto del art. 21.1 de la Ley Fundamental de Bonn y de acuerdo con la cual ese precepto, al declarar que los partidos colaboran en la formación de la voluntad política del pueblo, habría deparado sólo una legalización de la situación existente, careciendo, en cuanto tal, de efectos jurídicos directos. Semejante posición —parece que mayoritariamente rechazada hoy en la propia doctrina alemana— no podría sostenerse a propósito de nuestro art. 6.º, so pena de negar, como es obvio, su carácter de regla jurídica.

El pluralismo político que se expresa en la existencia y funcionamiento libre de los partidos ha de ser, por lo pronto, respetado por los poderes públicos. No me refiero sólo con ello a la interdicción constitucional de impedimentos arbitrarios a la formación de un partido o de atentados a su funcionamiento como la asociación que es, pues la garantía, en estos casos, tiene más bien su asiento en el derecho fundamental que se reconoce en el art. 22. La exigencia que aquí importa citar es, más bien, la de que la expresión del pluralismo no sea interferida, ni sea tampoco sustituida, por obra del legislador o de otros poderes públicos. Como se comprende, tiene aquí un valor primordial el principio de igualdad, en cuya virtud, si bien no siempre podrá sostenerse una plena uniformidad de trato para todos los partidos, si cabrá requerir —por decirlo con expresión muy reiterada en nuestra jurisprudencia constitucional— que las diferenciaciones entre ellos muestren un fundamento objetivo y razonable en atención

al fin perseguido. Toda la política legislativa en materia de financiación pública de los partidos, o la relativa a su acceso a los medios públicos de comunicación, podría ser, por ejemplo, medida con este parámetro de la igualdad. Y tampoco sería irrelevante para formarse un criterio sobre los posibles límites de esa misma financiación pública la consideración de que el pluralismo político se expresa no sólo a través del despliegue por los partidos de sus actividades propias, sino, antes aún, por la misma existencia de los partidos, cuya subsistencia habría de depender —pues sólo entonces refleja el partido el pluralismo de la sociedad— del favor de los ciudadanos que les presten su apoyo político, electoral o económico. Reiterando un criterio expuesto ya en una memorable resolución del año 1966 sobre la financiación pública de que aquí se trata, el Tribunal Constitucional Federal alemán lo ha vuelto a exponer en su Sentencia de 14 de junio de 1986, con palabras que me parecen dignas de consideración: La Ley Fundamental —ha dicho— no evita a los partidos el riesgo de fracasar en sus propios esfuerzos de financiación.

Pero pesan también sobre los poderes públicos vínculos positivos a partir de esta garantía institucional. Deriva de ella, según creo, tanto un mandato al legislador en orden a promover la función de los partidos como instrumentos para la participación política —concurriendo a la formación y a la manifestación de la voluntad popular— como el deber de todos los poderes públicos de reconocer el pluralismo político en el seno de las instituciones representativas.

En cuanto a lo primero, se trata, evidentemente, de que el partido ha de ser reconocido como «parte» en un cierto procedimiento público, en el procedimiento de expresión del sufragio, porque sólo a su través podrá darse cumplimiento a la previsión constitucional que se considera. Por ello, a los partidos se les reconoce —con palabras de la Sentencia 10/1983, del Tribunal Constitucional— la facultad de presentar candidaturas en las que, junto con el nombre del candidato, figure la denominación del partido que le propone y por ello, asimismo, existe la ordenación legislativa de la campaña electoral y el reconocimiento, como partícipes en la misma, de los partidos. Hay aquí, desde luego, una diversidad de cuestiones a las que no me puedo referir ahora, aunque sí citaré dos de ellas, que creo de relieve. La primera es la de si la sola condición de partido debe ser requisito bastante para el reconocimiento de esta facultad de presentación de candidaturas, con independencia de las que puedan proponerse por las agrupaciones electorales. La segunda, si el trato preferencial a los partidos durante la campaña electoral puede llegar a justificar la exclusión de otros sujetos que, en el ejercicio de las libertades constitucionalmente reconocidas, pretendan mostrar su criterio sobre las opciones que ante el electorado se presenten. Nada puedo decir ahora sobre una y otra cuestión, pero sí mencionaré dos preceptos de la Ley Orgánica 5/1985 que son aquí de consideración pertinente. El primero es el art. 220 —adicionado por la reciente Ley Orgánica 1/1987—, en cuyo apartado 3.º se exige a los partidos

que quieran proponer candidatos en las elecciones para el Parlamento Europeo la misma acreditación de firmas de electores, en número de cinco mil, que a las agrupaciones no partidarias. El segundo es el art. 50, apartado 3.º, de la citada Ley Orgánica, donde parece se viene a prohibir a toda persona jurídica que no tenga la condición de partido el «realizar campaña electoral», campaña que, sin embargo, el apartado 2.º del mismo precepto define sólo en términos subjetivos, esto es, por referencia a las actividades llevadas a cabo por los candidatos y por quienes les hayan propuesto. Algo enigmáticamente concluye el precepto advirtiendo que la limitación así establecida sobre las personas jurídicas que no sean partidos habrá de entenderse «sin perjuicio de lo establecido en el art. 20 de la Constitución».

Hay también, como dije, un mandato en el art. 6.º en orden al reconocimiento del pluralismo político en las instituciones representativas, mandato del que creo deriva la transformación de mayor alcance en el entendimiento mismo del concepto de «representación» en nuestro sistema constitucional.

Nuestras instituciones representativas —y, en especial, los órganos parlamentarios— tienen sus actores principales, como es de sobra conocido, en los grupos políticos que en ellas se forman y tampoco hace falta insistir en que, en las Cortes Generales, este protagonismo de las fracciones (llevado al interior del mismo grupo mixto por la reciente creación en él de «agrupaciones» de parlamentarios) alcanza una importancia quizá no igualada en ningún otro Parlamento democrático. Con todo, la recepción del pluralismo en los órganos que nacen de la elección popular no puede quedar limitada a esta previsión de la integración de sus miembros en formaciones que prolonguen la competencia partidista en el interior del órgano mismo, con independencia de que esta integración en grupos de los representantes plantea otros problemas en orden al ejercicio autónomo por éstos de sus tareas propias. El pluralismo exige, específicamente, que en el modo de organización de la institución no se desconozca el sentido que tuvo el sufragio popular sobre las diversas candidaturas partidarias que así alcanzan una presencia en el órgano. Exige, en otras palabras, que en la ordenación de la organización y funcionamiento de la institución representativa se tenga en cuenta la existencia de las minorías y el derecho de éstas a participar plenamente, dando así curso a la representatividad que ostentan, en las tareas del órgano. Tampoco sobre este punto me puedo extender, pero no quiero dejar de citar una Sentencia del Tribunal Constitucional, de extraordinaria trascendencia en la materia. Se trata de la Sentencia 32/1985, resolución en la que, como quizá ustedes recuerden, el Tribunal vino a amparar en el ejercicio de su derecho a participar en el funcionamiento de cierta Corporación local a un grupo de concejales de la minoría que habían sido excluidos, por decisión mayoritaria, de las comisiones municipales de mayor relieve interno.

Este necesario reconocimiento del pluralismo político en la organización de la representación no puede entrañar, sin embargo, la desnatu-

ralización de la representación misma por obra de los partidos o de los grupos parlamentarios. Tampoco puede justificar el que los partidos se sobrepongan a la relación de representación que media entre electores y elegidos. Y, como se trata de interpretar un concreto sistema constitucional —el nuestro vigente—, no creo que de nada sirvan, ni que en nada justifiquen una u otra conclusión, algunas propuestas formuladas en términos de *Constitutione ferenda* ya en las primeras décadas de este siglo, como la muy conocida de **Hans Kelsen**, en 1920, para quien uno de los medios —decía— que «reconciliaría a las grandes masas con el principio parlamentario» sería la introducción de algún tipo de mandato imperativo de partido.

Existe la representación porque existe previamente la elección popular y ésta no sólo recae, como se dijo en la citada Sentencia 10/1983, sobre partidos, sino también sobre las personas que son sus candidatos, personas que, ya miembros del órgano, han de estar en condiciones de realizar con independencia —si independencia quieren tener— un permanente proceso de integración y ajuste, siempre reversible, entre las diferentes opciones que merecieron la confianza de los ciudadanos. Saben ustedes bien que en este punto de la disciplina partidaria sobre los cargos electos lo más fácil es señalar contradicciones entre normas y hechos o zanjar toda tensión proclamando la vacuidad de las primeras, especialmente cuando establecen garantías en favor de la posición propia del miembro del órgano. Naturalmente, no tengo ahora tiempo para decir sobre esto nada que no fuera una simpleza, pero sí quisiera apuntar un par de observaciones al respecto. En primer lugar, que, en este punto de la relación entre grupo y representante, el Derecho no puede hacer jurídicamente imposible lo que ya es, sin duda, fácticamente improbable, prestando su sanción a la disciplina del partido. Si tal se hiciera, es claro que se pondría en cuestión el mismo principio de legitimación de la decisión parlamentaria, como decisión adoptada en un procedimiento contradictorio y de resultado incierto, por definición, aunque ya se sabe que predecible. En segundo lugar, que aquella regla constitucional que establece la interdicción del mandato imperativo debe ser hoy vista, preferentemente, como garantía de la posición institucional propia del parlamentario, lo que es tanto como decir, en protección de la democracia interna del grupo y del partido, exigida esta última por el art. 6.º de la Constitución. Así lo han declarado en diversas ocasiones los Tribunales Constitucionales alemán e italiano y así también lo ha señalado, en nuestra doctrina, el Profesor **Rubio Llorente**.

Haré, para terminar, algunas consideraciones sobre la segunda de las cuestiones que al principio apuntaba, esto es, sobre la aplicabilidad a los partidos del régimen constitucional del derecho de asociación, establecido en el art. 22.

Los partidos son, ciertamente, asociaciones o, con precisión mayor, son las asociaciones que, organizadas democráticamente, tienen por objeto la realización de las actividades descritas en el enunciado inicial del art. 6.º, al que acabo de hacer referencia. No toda asociación con fines políticos

es, sin embargo, partido en el concepto constitucional y por ello tiene pleno sentido plantear en qué términos las normas contenidas en el art. 22 de la Constitución y, junto a ellas, las garantías específicas de este derecho fundamental, amparan también la creación de los partidos y el desenvolvimiento de sus actividades propias. Tiene igualmente sentido indagar cómo las exigencias propias de la garantía institucional se proyectan aquí sobre el ejercicio del derecho subjetivo, interponiendo quizá frente a éste límites específicos. Los partidos, según dice el art. 6.º, se crean y ejercen su actividad libremente, pero dentro del respeto a la Constitución y a la ley y con arreglo a una organización interna «democrática».

Me parece en principio claro que la razón de ser de esta referencia del art. 6.º a la sujeción del partido a la Constitución no es otra que la de remitir a ese régimen común del derecho de asociación, trasladando, pues, hacia estas asociaciones los límites y las garantías que, respecto de las demás, se disponen en el art. 22. Así lo ha visto, desde el principio, nuestra jurisprudencia constitucional (Sentencias 3/1981 y 85/1986, sobre todo) y ello tiene la consecuencia, por lo pronto, de que la protección del ejercicio del derecho (registro a los solos efectos de publicidad y exclusividad del control judicial), así como los límites de ese ejercicio (exclusión del mismo en el caso de las asociaciones penalmente ilícitas y prohibición de las secretas y paramilitares), son, desde luego, predicables de los partidos. Menos claro es, siguiendo con este contraste entre el régimen del derecho fundamental y el de la garantía institucional, si la reserva de ley orgánica establecida para el desarrollo del primero pesa también sobre el legislador de los partidos políticos y si, en otro orden de ideas, la vía del recurso de amparo constitucional habrá de estar necesariamente abierta no ya —lo que no es discutible— para defender el derecho de asociación de quienes en el partido se integren, sino para garantizar —y esto es bastante menos evidente— el ejercicio de las peculiares actividades que, como hemos visto, definen al partido mismo. En cuanto a esto último no es inútil reparar en que, si bien hoy, en virtud de lo dispuesto en la Ley 54/1978, creación del partido y constitución de la asociación se confunden en unidad de acto, cabe perfectamente concebir un régimen diverso —como el que ha sugerido recientemente, con buenas razones, el Profesor de Otto—, según el cual el partido, constituido previamente como asociación de régimen común, quedaría sólo sujeto, para ser reconocido como tal, a la carga de una inscripción registral a los solos efectos electorales, conforme se hace, por ejemplo, en la República Federal de Alemania. Con un régimen de este tipo, parece claro que un hipotético entorpecimiento de la inscripción de la asociación, ya constituida, como partido no menoscabaría el derecho mismo de asociación, como tampoco lo perturbaría, por más que ello pudiera suponer la quiebra de alguna otra garantía constitucional, el acto que impidiera al partido ya formado el ejercicio de las funciones específicas mencionadas en el art. 6.º. Por lo que se refiere, en fin, a la hipotética exigencia de ley orgánica para la ordenación del régimen peculiar de los partidos, no creo que se esté aquí, propiamente, ante un caso de «des-

arrollo» de derechos fundamentales con las notas ya decantadas en la doctrina constitucional. Me parece de cita pertinente al respecto alguna consideración que se hizo en la Sentencia constitucional 67/1985.

Sobre los partidos se ha proyectado, desde el inicio de la transición al régimen constitucional, una legislación un tanto atropellada y sin más aparente preocupación que la de hacer un poco difícil —con límites y procedimientos a veces pintorescos— su creación. Esta normativa —recogida aún en una Ley preconstitucional, la número 54 de 1978— no puede dejar de ser considerada al examinar, respecto de los partidos, las reglas que se contienen en el art. 22 de la Constitución. Permitaseme que, para concluir, haga unas sumarias referencias a estos últimos preceptos y a su, apenas cabe decir, «desarrollo» por aquellas disposiciones de Ley.

Cuando la creación de un partido es, como ocurre hoy en nuestro Derecho, creación, al tiempo, de una asociación, la norma constitucional de consideración obligada es, como se sabe, la de la libre constitución de la persona jurídica, sin más condición previa que la de su inscripción, a los solos efectos de publicidad, en un registro público. Que esto sea así —que la inscripción registral sirva sólo para asegurar la publicidad— comporta, según creo, que de la inscripción nace la personalidad jurídica, pero también, como con claridad ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, que la Administración carece de otras facultades distintas a las de la mera verificación reglada, lo que sobre todo significa que la inscripción sólo podrá suspenderse, con la consiguiente posibilidad de subsanación, cuando los documentos presentados sean defectuosos o cuando —por lo que se refiere ya a una carga específica sobre los partidos— la organización perfilada en los estatutos no pueda decirse, con arreglo a lo que la ley disponga, «democrática». Ya se sabe que no se limita a esto la Ley de Partidos, pues en ella, a través de una tortuosa superposición de plazos, se dispone nada menos que un control *ex ante* de la licitud del partido, aún no nacido, cuando se abriguen sospechas sobre su ilicitud penal. En su día, hace ya siete años, puse por escrito los reparos que me merecía esta regulación, reparos que hoy mantengo en lo sustancial. Comparto también, en sus líneas generales, la crítica llevada a cabo al respecto por el profesor **de Otto** y sigo opinando, en definitiva, que no es precisamente lo que más se acomoda a la Constitución la subsistencia de este control, no por judicial menos previo. Me parece, por lo demás, un control perfectamente inútil cuando falta, como afortunadamente falta hoy, todo espacio para la apreciación discrecional de la licitud de los proyectos partidarios a efectos de franquear su acceso a la legalidad. La reforma del tipo de asociación ilícita que realizó la Ley Orgánica 4/1980 desterró del Código Penal, de una parte, los supuestos delictivos tan indeterminados —acuérdense ustedes de las famosas asociaciones «totalitarias»— que acuñó la Ley de 19 de julio de 1976. De otro lado, la jurisprudencia de nuestras Audiencias y del Tribunal Supremo ha descartado ya, con rigor admirable, que este peculiar pronóstico sobre la ilicitud penal del partido pueda basarse, en el control previo que

se considera, en otros datos que no sean los contenidos en los mismos estatutos y en el programa presentado en el registro.

El control sucesivo, y siempre jurisdiccional, que sobre un partido puede realizarse tiene hoy su medida, sobre todo, en la ley penal, a la que remite el art. 22.2 al señalar que «las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales». En la doctrina penalista ya se han hecho algunas consideraciones sobre la aparente inutilidad de este precepto —carecería de sentido recordar que es ilegal lo delictivo— y también acerca de la diferencia entre su enunciado y el actualmente recogido en el art. 173.3 del Código Penal, precepto en el que, en lo que ahora importa, se califican sólo de «ilícitas» las asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito o que, en otro caso, emplearen medios «violentos» para la consecución de un fin lícito. El tipo penal es, pues, de amplitud menor que el enunciado constitucional.

No sé si se ha reparado bastante, sin embargo, en lo más notable de este art. 22.2, esto es, en que en él la norma constitucional declara nada menos que «ilegales» cierto tipo de asociaciones. La incoherencia entre la «ilegalidad» declarada y el rango constitucional de la norma que tal declaración hace es sólo aparente, pues, en realidad, aquí estamos ante un caso de normación constitucional indirecta, por vía de remisión al legislador penal. Quiero decir que el precepto constitucional no pretende, y ello sí sería enteramente ocioso, recordar que el derecho fundamental no existe para contravenir la ley penal. Establece, más bien, y aquí reside su importante sentido garantizador, que el ámbito del derecho de asociación no puede ser constreñido sino en virtud de las normas que tutelan los bienes de más alto valor para la comunidad, esto es, en virtud de las normas penales. Que estemos ante una normación constitucional indirecta significa, además, que la previsión constitucional —un mandato de legislar y un límite para la propia ley— se agota en su articulación legislativa, con la consecuencia de que la posible divergencia entre la proposición constitucional y el tipo penal (divergencia hoy efectivamente existente) no abrirá un espacio constitucional, pero extralegal, para la posible declaración de una asociación como ilícita. Habrá de reconocerse entonces, por el contrario, que el legislador, en uso de su libertad de configuración, ha articulado la previsión constitucional con las precisiones que ha considerado oportunas, definiendo así con certeza lo que en la norma fundamental no deja de ser un enunciado de imposible aplicación directa. Quiero sólo sugerir con esto que tampoco en este punto ha supuesto el principio de constitucionalidad la abolición práctica del principio de legalidad.

Resta, en fin, la cuestión de si, en nuestro Derecho, pudieran ser parámetro para el control sobre el partido político las normas materiales de la Constitución identificadoras de la forma de Estado social y democrático de Derecho o, para emplear las expresiones que aquí suelen ser usadas, el «orden constitucional» o la «Constitución en sentido material». Se trataría, pues, de saber si es constitucionalmente posible —o, incluso, si

resulta constitucionalmente necesario — un control que así se proyectase sobre la compatibilidad entre los programas partidarios y lo que, no sin imprecisión, se identifica a veces como «decisiones básicas» de la Constitución. Un control, en definitiva, que viniera a aproximarse al expresamente establecido en el apartado 2.º del art. 21 de la Ley Fundamental de Bonn, que, como bien se sabe, tuvo ocasión ya de aplicarse, en los años cincuenta, en dos muy citados procesos ante el Tribunal de Karlsruhe.

Es sencillamente imposible tratar aquí, ya sin tiempo alguno, un problema de esta magnitud, tan enraizado en el debate sobre los límites mismos de la democracia constitucional. Me bastaría ahora, por lo tanto, con remitirme, de nuevo, a lo que alguna vez he escrito sobre la inviabilidad de semejante control en nuestro ordenamiento o con referirme a la ya citada monografía del Profesor **de Otto**, cuyas conclusiones sobre este específico punto comparto. Con todo, y ya sí para acabar esta intervención un poco desmedida, apuntaré algo sobre lo que creo sería necesario tener en cuenta en todo planteamiento de esta cuestión.

No creo que sea posible, en primer lugar, extraer de las normas materiales de la Constitución —del sentido unitario que de ellas pueda hacerse derivar— la consecuencia de que tal orden material, incluso a falta de una norma específica como la recogida en el art. 21.1 de la *Grundgesetz*, se imponga como límite infranqueable para las definiciones programáticas de los partidos. El error me parece que consistiría aquí en pretender convertir a la Constitución, que es condición de validez para todos los actos jurídicos, en lo que no puede ser directamente, a salvo que otra cosa diga, esto es, en medida de la licitud de los comportamientos individuales. O, por decirlo de otro modo, en creer que por el hecho de que en el constitucionalismo contemporáneo haya cambiado el *contenido* «típico» de la norma constitucional (no sólo reguladora ya de órganos y de procedimientos) ha cambiado también su *objeto*, que sigue siendo, según creo, la regulación del modo de producción del Derecho, en el sentido más amplio del concepto.

Cuestión diferente es ya la de si resultaría posible para el legislador introducir en esta materia normas que vinieran a establecer lo que en nuestra Constitución no existe, esto es, algún tipo de defensa del orden constitucional frente a las fuerzas políticas que —sin violar, desde luego, ninguna norma prohibitiva del ordenamiento— propugnasen cambios constitucionales radicales por los medios que la Constitución, brinda y anticipasen ya, en sus programas, ese otro ordenamiento proyectado. Yo soy del criterio —por la plena reformabilidad de nuestra Constitución por la inviabilidad de límites análogos para las demás asociaciones y por las exigencias mismas del principio pluralista— de que semejante posibilidad no existe en el Derecho español.

Subsiste, en fin, el problema de cómo interpretar, después de lo apuntado, la norma que se contiene en el art. 5.2.b) de la Ley 54/1978, de acuerdo con la cual habrá lugar a la disolución de un partido político cuando

«su organización o actividades sean contrarias a los principios democráticos». El precepto es notoriamente oscuro y, en lo que se refiere a la previsión de disolución en razón de la organización no democrática, técnicamente defectuoso. Creo, sobre este último punto, que la exigencia de democracia interna requiere, sin perjuicio de otros matices para los que ya no hay lugar, un examen de los estatutos del partido antes de su inscripción y que también puede entenderse, en principio, como norma privadora de eficacia de las cláusulas de reserva de jurisdicción en favor de los órganos de los partidos. Si, además de esto, la contravención de tal exigencia ha de llevar a la disolución del Partido —a la muerte civil de la asociación— no será difícil reconocer en ello una más de las aporías a las que, quizá inevitablemente, lleva el empeño por garantizar, al tiempo, dos exigencias de raíz bien diversa: la libre existencia de las organizaciones en que el pluralismo se expresa de una parte, y, de la otra, su acomodación a una determinada pauta de actuación —la democrática, en este caso— querida por el Derecho del Estado.

Nota bibliográfica

La obra de Manuel García Pelayo que se cita es *El Estado de partidos* (Madrid, 1986). La referencia de Gustav Radbruch a los partidos políticos como *partie honteuse* del Derecho público se halla en *Die Politis chen Parteien im System des deutschen Verfassungsrecht*, en Anschütz-Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, I, p. 288 (Tubinga, 1930). La cita y la referencia que en distintas partes del texto, se hacen a sendos trabajos de Francisco Rubio Llorente se toman, respectivamente, de *Los poderes del Estado (en España: un presente para el futuro)*, II, pp. 60-61, Madrid, 1984) y de *El Parlamento y la representación política (en I Jornadas de Derecho parlamentario)*, I, en especial, pp. 163 y ss., Madrid, 1985). Las tesis de Niklas Luhmann a las que se alude se hallan expuestas, en lo que a esta cita se refiere, en *Politische Planung* (Opladen, 1971), obra de la que ha manejado una traducción italiana: *Stato di diritto e sistema sociale*, Nápoles, 1978 (pp. 53 y ss.). En lo que se refiere a las tesis de Gerhard Leibholz, igualmente aludidas, las mismas se hallan, además de en *Das Wesen der Repräsentation* (1929), en *Strukturprobleme der modernen Demokratie* (Karlsruhe, 1958), y en *Die Repräsentation in der Demokratie* (Berlín, 1973). De Manuel Aragón Reyes se cita su trabajo *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución* (en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, 1987, en especial, pp. 37 y ss.) y de la obra de Ernst Forsthoff su *Zur verfassungsrechtlichen Stellung und inneren Ordnung der Parteien* (en E. Forsthoff y K. Loewenstein, *Die politischen Parteien im Verfassungsrecht*, Tubinga, 1951, p. 12). La referencia a Hans Kelsen corresponde a su *Esencia y valor de la democracia* (1920), que he manejado en la traducción española de R. Luengo y L. Legaz (Barcelona, 1934; en las pp. 66-67 se halla la opinión

que en el texto se menciona). La obra de Ignacio de Otto que se cita repetidamente es *Defensa de la Constitución y partidos políticos* (Madrid, 1985), de indispensable consulta para las cuestiones abordadas en el texto. Por último, un trabajo propio al que asimismo se alude, y en el que se expusieron consideraciones aquí en parte reiteradas, es *La intervención estatal del pluralismo* (en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 1981, pp. 161 y ss).