

KONRAD HESSE  
MICHAEL STOLLEIS

**LOS PARTIDOS POLÍTICOS  
EN LA CONSTITUCIÓN ALEMANA:  
NORMA Y REALIDAD**

Edición, introducción y traducción de  
Ignacio Gutiérrez Gutiérrez

Centro de Estudios de Partidos UNED  
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

# ÍNDICE

	Pág.
<b>LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LOS CONGRESOS DE LA ACADEMIA ALEMANA, por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez .....</b>	9
I. PRESENTACIÓN .....	9
II. VIENA, 1958: LOS PARTIDOS POLÍTICOS DESDE LA CONSTITUCIÓN .....	12
III. FRIBURGO (SUIZA), 1985: EL ESTADO DE PARTIDOS. ....	19
IV. LOS PARTIDOS EN CIEN AÑOS DE ACADEMIA .....	28
<b>LA POSICIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN EL ESTADO MODERNO, por Konrad Hesse .....</b>	37
I. ....	37
II. ....	43
III. ....	55
TESIS .....	76
<b>ESTADO DE PARTIDOS - ¿SÍNTOMA DE CRISIS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO?, por Michael Stolleis .....</b>	83
I. «ESTADO DE PARTIDOS» DESDE LOS AÑOS SESENTA .....	83
1. Normalidad del Estado de partidos.....	83
2. Balance del desarrollo .....	85
3. Síntomas de inquietud; planteamiento .....	88

	Pág.
4. Puntos de partida para un «diagnóstico de crisis».....	89
<i>a)</i> La posición de los partidos en el proceso de formación de voluntad.....	89
<i>b)</i> Fundamentos jurídico-constitucionales .....	91
II. ¿«SÍNTOMAS DE CRISIS»?.....	94
1. Crisis de confianza - rechazo a los partidos.....	94
2. Movimientos ciudadanos.....	97
3. Asociaciones .....	98
4. Pérdida de terreno.....	100
III. AMPLIACIÓN DEL PODER DE LOS «PARTIDOS EN EL ESTADO» .....	101
1. Ocupación y reparto de puestos .....	101
<i>a)</i> Los hechos .....	102
<i>b)</i> La situación jurídico-constitucional .....	103
2. Debilitamiento del principio de competencia .....	106
<i>a)</i> El nivel local .....	106
<i>b)</i> Nuevos partidos .....	107
3. Dietas y financiación de los partidos .....	110
<i>a)</i> El modelo del parlamentario y las dietas.....	111
<i>b)</i> La Ley de reforma de la financiación de los partidos del 23 de diciembre de 1983.....	112
IV. MODELO DE PARTIDOS Y PROPUESTAS .....	115
1. Compromiso ciudadano y opinión pública crítica .....	115
2. Trabajo parlamentario, autocontrol del parlamento .....	116
3. Correcciones en el proceso de formación de voluntad; en particular, acoplamiento entre formas representativas y plebiscitarias en el ejercicio del poder del Estado.....	117
4. Criterios para una futura financiación .....	121
5. Conclusión .....	122
TESIS.....	123

# LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LOS CONGRESOS DE LA ACADEMIA ALEMANA\*

Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ  
UNED

## I. PRESENTACIÓN

Este volumen recoge las ponencias sobre partidos políticos presentadas por Konrad Hesse<sup>1</sup> y Michael Stolleis<sup>2</sup> en sendos congresos de la *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, la célebre Asociación de profesores alemanes de Derecho público. No es necesario

---

\* Tanto esta introducción como el volumen en su conjunto se insertan en el Proyecto de I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad, convocatoria 2017, «Partidos políticos: origen, función y revisión de su estatuto constitucional» (DER2017-84733-R, 2017-2020).

<sup>1</sup> K. HESSE, «Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 17 (Berlín, Walter de Gruyter, 1959, pp. 10-52). La contraponencia del mismo título, a cargo de G. E. KAFKA, en pp. 53-102; el extracto de los debates (en lenguaje indirecto) y las intervenciones finales de los ponentes, en pp. 103-117. Esta serie de publicaciones, libremente accesibles en la web de la editorial después de un breve periodo de carencia (<https://www.degruyter.com/view/serial/16640>), será citada en adelante como *VVDStRL*, con referencia al año de publicación del volumen, que ordinariamente es el que sigue al congreso.

<sup>2</sup> M. STOLLEIS, «Parteienstaatlichkeit - Krisensysteme des demokratischen Verfassungsstaats?», *VVDStRL*, 44, 1986, pp. 7-45. Las contraponencias del mismo título, a cargo de H. SCHÄFFER y R. RHINOW, en pp. 46-82 y 83-113 respectivamente; la transcripción de los debates y las intervenciones finales de los ponentes, en pp. 114-168.

recordar aquí la relevancia de la Asociación, cuya reunión constitutiva se celebró en Berlín hace cien años, en octubre de 1922, y la trascendencia de los debates que se suscitan en sus congresos anuales<sup>3</sup>; determinando temática y ponentes, la presidencia de la Asociación (de tres miembros y elegida por dos años) asume un papel decisivo a la hora de identificar cuestiones que se consideran de interés académico y profesores cuya valía se pone a prueba públicamente<sup>4</sup>. Tampoco es necesario, en este último sentido, insistir en la figura de ambos autores; tanto Hesse<sup>5</sup> como Stolleis<sup>6</sup> resultan bien conocidos para los iuspublicistas de lengua castellana. Esta introducción solo trata de contextualizar sus intervenciones en el marco inmediato de los congresos que las acogieron y también en el más amplio de la trayectoria de la Asociación.

---

<sup>3</sup> Para esto cfr. sobre todo M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur, 1914-1945*, München, C. H. Beck, 1999, pp. 186 y ss. y 311 y ss., así como *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Vierter Band. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost, 1945-1990*, München, C. H. Beck, 2012, pp. 82 y ss., *passim*.

<sup>4</sup> Cfr. aquí H. SCHULZE-FIELITZ, «Das Staatsrechtslehrerreferat», en su libro *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 145 y ss.

<sup>5</sup> Sobre todo a través de sus *Escritos de Derecho Constitucional*, primero en Madrid, CEC, 1983, con «Introducción» y traducción de P. CRUZ VILLALÓN (2.ª ed. de 1992, donde se actualizan los dos primeros textos, que se corresponden con capítulos de su célebre manual, conforme a su edición más reciente, entonces la decimoctava), luego muy ampliados en Madrid, FCJE-CEPC, 2011 (reimpreso en 2012), selección y traducción de P. CRUZ VILLALÓN y M. AZPITARTE, «Introducción» de P. CRUZ VILLALÓN y «Epílogo» de M. AZPITARTE SÁNCHEZ. Cfr. también K. HESSE, *Derecho constitucional y Derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995. Sobre la obra de Hesse, su recepción en España y su proyección de futuro, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «Gestación, recepción y vigencia: la teoría de la Constitución y el Derecho constitucional de Konrad Hesse», *REDC*, 100, 2014, pp. 403 y ss.

<sup>6</sup> También en el caso de M. STOLLEIS cabe limitarse a las publicaciones en forma de libro: *La Historia del Derecho como obra de arte*, Granada, Comares, 2009; *El ojo de la ley. Historia de una metáfora*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2010; *La textura histórica de las formas políticas*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011; *Estado, Europa, globalización: Constitución y utopía*, Santiago (Chile), Olejnik, 2017; *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2018. Cfr. asimismo I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «El Derecho como gremio, la Historia como artesanía, la ciencia como literatura: Michael Stolleis, 1941-2021», *e-Legal History Review*, 34, 2021, y «Michael Stolleis (1941-2021). La Historia del Derecho como filantropía», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, XXXIV, 2021, pp. 535 y ss.

Tradicionalmente, las ponencias de sus congresos se articulaban por pares en torno a dos temas de debate; desde 2002, tras dos décadas de experimentos con la estructura<sup>7</sup>, se ha estabilizado la fórmula de proponer cuatro temas, con dos ponencias en cada uno<sup>8</sup>. De los respectivos ponentes se esperaba y se espera, conforme a la costumbre, que proporcionen un *status quaestionis* completo y sistemático; pero también que, procedentes de contextos académicos distintos, ofrezcan enfoques diferentes orientados hacia conclusiones también dispares, susceptibles de estimular el diálogo posterior<sup>9</sup>.

Las intervenciones de Hesse y Stolleis tienen como rasgo común la peculiaridad de sus contraponencias, quizá en parte determinada por el lugar de celebración de las Jornadas. En ambos casos, en efecto, estas se convocaron fuera de Alemania, en Austria (Viena, 1958) y Suiza (Friburgo, 1985) respectivamente<sup>10</sup>. Las ponencias de los profesores alemanes que aquí recogemos fueron complementa-

---

<sup>7</sup> Como excepción, el segundo tema del segundo congreso (1925) había sido abordado por tres ponentes. Pero la experiencia no se había vuelto a repetir hasta los años ochenta del siglo pasado, cuando se hizo casi habitual: 1980, 1981 y, desde 1985, ya todos los años en al menos uno de los temas. Desde el año 1992 se pasó incluso a cuatro ponentes por tema, alternando ocasionalmente con tres o dos; en el año 2000 se propusieron tres temas.

<sup>8</sup> A veces el congreso se convoca bajo un epígrafe general, en otras se agrupan los cuatro temas en dos bloques. En 2016 o en 2021 el epígrafe general se ha desglosado de modos diversos, de forma que no siempre hay dos ponencias que se contrapongan, sino que a veces se complementan.

<sup>9</sup> En la publicación oficial, el contenido de las ponencias va seguido de su correspondiente resumen en forma de tesis fundamentales (*Leitsätze*), que es el documento que se entrega a los asistentes en la entrada de las respectivas sesiones y que por ello condiciona también los debates. La publicación recoge asimismo las discusiones ulteriores, en lenguaje directo o más o menos extractadas en lenguaje indirecto, que son cerradas por una intervención final de los ponentes.

<sup>10</sup> No resulta, en sí mismo, demasiado excepcional. Desde un principio, la Asociación consideró que lo decisivo no era la nacionalidad de sus miembros o el ordenamiento jurídico de referencia, sino la cultura alemana en la que se desenvolvía su trabajo científico, determinada por la lengua y la adscripción universitaria. Incluyó, así, a profesores de Universidades de lengua alemana en el Reich, en Austria y en Suiza, así como en la Universidad alemana de Praga. El congreso anual ya se había celebrado en Viena en 1928, y volvió allí treinta años después; el primero en Suiza tuvo lugar en Berna en 1969, y en 1985 se celebra en la Universidad de Friburgo, la única bilingüe del país (esta ciudad tiene oficialmente la consideración de francófona, aunque se reconoce la existencia de una significativa minoría de lengua alemana; pero encabeza el Cantón del mismo nombre, reconocido como bilingüe, al igual que la Universidad, la primera que se fundó en la Suiza de religión católica).

das, como ha ocurrido en algunas otras ocasiones, mediante enfoques diferenciados no por la perspectiva teórica o metodológica, sino fundamentalmente por el ordenamiento jurídico y el sistema político que servían de referencia a las exposiciones: Austria en el primer caso (Gustav E. Kafka)<sup>11</sup>, Austria y Suiza en el segundo (Heinz Schäffer<sup>12</sup> y René A. Rhinow<sup>13</sup>). La consiguiente heterogeneidad de los desarrollos hace que tales ponencias, sin duda interesantes para un análisis comparado, resulten de limitada utilidad para comprender el desenvolvimiento de la doctrina alemana sobre el Derecho de partidos. Pero hemos considerado oportuno resumirlas aquí, junto con los debates que se produjeron en las respectivas sesiones; del mismo modo que ofreceremos, al final de esta introducción, una visión panorámica sobre la presencia de los partidos políticos como tema de debate en los cien años de historia de la *Vereinigung*.

## II. VIENA, 1958: LOS PARTIDOS POLÍTICOS DESDE LA CONSTITUCIÓN

1. Cuando Hesse defiende su ponencia sobre «La posición jurídico-constitucional de los partidos políticos en el Estado moderno»<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Gustav Eduard Kafka (1907-1974), nacido en Múnich de familia austriaca, había estudiado Derecho en Alemania. Su origen judío le llevó al exilio en 1938; encarcelado en Holanda en 1940, pasó por numerosas prisiones, hasta que se fugó en 1945. Instalado en la ciudad de Graz, se habilitó en su Universidad en 1955; accedió a la cátedra de forma interina en Viena (1961) y luego, ya de modo estable, en Graz (1965). R. MÜLLER, «Biografie Gustav E. Kafka», *Archiv für die Geschichte der Soziologie in Österreich* (<http://agso.uni-graz.at/webarchiv/agsoe02/home.html>).

<sup>12</sup> Heinz Schäffer (1941-2008), catedrático de Derecho público en la Universidad de Salzburgo desde 1976, cofundador de la *Societas Iuris Publici Europaei*, que presidió desde 2007. H. STOLZLECHNER, «In memoriam Heinz Schäffer», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 64, 2009, pp. 1-5.

<sup>13</sup> René Rhinow (1942), catedrático de Derecho político y administrativo en la Universidad de Basilea desde 1982 (emérito desde 2006), ha sido también presidente del Tribunal Contencioso-Administrativo del Cantón Basel-Landschaft entre 1978 y 1981, miembro (1979-1984) y presidente (1983-1984) del Consejo constitucional del Cantón y, como miembro del partido liberal (Freisinnig-Demokratische Partei), representante del Cantón en el *Ständerat* (Cámara de los Estados) de la Federación Suiza (1987-1999, presidente de la Cámara en este último año) (<https://ius.unibas.ch/de/personen/rene-rhinow/>, <http://wp.rene-rhinow.ch/>).

<sup>14</sup> *Op. cit.*, n. 1. El siguiente resumen puede ser contrastado con la versión castellana recogida en este mismo volumen.

aún estaba inédita su recentísima lección inaugural en la Universidad de Friburgo, la primera de las grandes contribuciones (relativamente escasas, de ordinario breves y siempre decisivas) con las que el autor fue jalonando la trayectoria del Derecho constitucional alemán de la segunda mitad del siglo XX<sup>15</sup>. Hesse reproduce en Viena, como declaración metodológica preliminar, las tesis centrales sobre la fuerza normativa de la Constitución que había expuesto en aquella ocasión. La Constitución no solo es norma formalmente vigente, sino proyecto normativo con pretensión de eficacia. Esta eficacia depende de la capacidad de la norma para seleccionar, captar y encauzar posibilidades ya presentes en la realidad. La importancia de esta perspectiva se pone de manifiesto, por ejemplo, cuando Hesse identifica las funciones atribuidas por la Constitución a los partidos, que no son las que derivan de una teoría de la democracia representativa construida al margen de la Constitución, pero tampoco todas las que los partidos desempeñan de hecho, consideradas desde cualquier punto de vista; sino, precisamente, aquellas que la norma constitucional selecciona y pretende que ejerzan en un sentido determinado. Por eso, la interpretación que se deje seducir por las contraposiciones entre lo querido normativamente y lo objetivamente dado fracasará en su tarea de contribuir a la realización del Derecho.

En materia de partidos políticos, es frecuente que tal contraposición se construya incluso al margen de la propia Constitución, entre las idealizaciones de una teoría ahistórica y los desengaños de una realidad pedestre. Hesse, sin embargo, arranca del texto mismo del art. 21.1 de la Ley Fundamental de Bonn, conforme al cual «los partidos contribuyen a la formación de la voluntad política del pueblo», para determinar el concepto de democracia del que parte la Constitución e identificar las funciones que esta atribuye a los partidos.

---

<sup>15</sup> A esa lección se ha dedicado incluso un libro conmemorativo cuando se cumplían sesenta años de su impartición y cien del nacimiento de su autor: J. KRÜPER, M. PAYANDEH y H. SAUER (eds.), *Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, con contribuciones de R. WAHL, A. K. MANGOLD, M. JESTAEDT, H. VORLÄNDER, U. DI FABIO, Th. KLEINLEIN, G. BRITZ e I. PERNICE. En el mismo año 2019 se conmemoró el centenario del nacimiento de Konrad Hesse mediante una sección singular del *Archiv des öffentlichen Rechts* («Sonderbeiträge anlässlich des 100jährigen Geburtstages von Konrad Hesse», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2019, pp. 425-485), con artículos de los magistrados que le habían sucedido en el Tribunal Constitucional (D. GRIMM, W. HOFFMANN-RIEM y J. MASING) y del entonces presidente del órgano A. VOBKUHLE.

De acuerdo con tal determinación constitucional, la democracia no supone la existencia previa de una voluntad política que se traslada luego al Estado, mediante un simplificado «gobierno del pueblo», sino que se desarrolla como un proceso abierto de formación de voluntad que culmina en la adopción estatal de decisiones. Los partidos están llamados a contribuir en ese proceso, en primer lugar dentro del espacio público donde se conforman y se organizan valoraciones e intereses, mediando luego para enlazar tal espacio con las instituciones encargadas de expresar la voluntad del Estado democrático. Más allá de ese proceso de formación de voluntad política, donde ya solo se trata de hacerla efectiva e imponerla (administración y jurisdicción), a los partidos no les corresponde tarea alguna.

Las funciones atribuidas por la Constitución a los partidos políticos presuponen una posición constitucional que Hesse identifica mediante tres rasgos: libertad, igualdad y estatus público, que no debe confundirse con una incorporación de los partidos al espacio institucionalizado del poder estatal. Esa posición, por lo demás, no es una consecuencia, más o menos modulable, de la determinación constitucional de las funciones de los partidos; sino que, presupuesta por ella, está constitucionalmente predeterminada y garantizada.

Tras una ponencia con una orientación metodológica y teórica tan precisa, resultó natural que el debate ulterior, solo parcialmente recogido en la publicación, se centrara en las incomprensiones y las divergencias fundamentales, en particular acerca de concepción de la fuerza normativa de la Constitución defendida por Hesse y de la disolución de la clásica contraposición entre sociedad y Estado.

A esta comienza refiriéndose Felix Ermacora<sup>16</sup>, para quien Hesse no ha explicado «la relación de los partidos con el Estado y con la sociedad», con mención expresa de los *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* de Hegel. Pero entiende el estatus público que Hesse atribuye a los partidos políticos como una asimilación de los partidos en el ámbito del Estado: «El poder del partido aparecería como parte del poder del Estado». También Wilhelm Merk encuentra dificultades para identificar tal posición<sup>17</sup>: si los partidos asumen tareas públicas, se sitúan «en el Estado», por más que Hesse los coloque al margen de la estatalidad organizada y que haya que reconocer que ni expresan

---

<sup>16</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 103.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 103 y s.

la voluntad del Estado, ni su poder se puede identificar como poder del Estado, ni tienen la cualidad de corporaciones jurídico-públicas.

En el mismo contexto se sitúan también las reservas frente a la concepción de la democracia de Hesse. Merk pone como referencia para la acción de los partidos políticos su inserción en el conjunto social mediante un equilibrio justo de los intereses orientado hacia el bien común<sup>18</sup>. Pero Helfried Pfeifer<sup>19</sup>, distinguiendo entre la voluntad popular unitaria que a su juicio existe sobre cuestiones fundamentales y la voluntad de los partidos, duda de que estos sean capaces de formar voluntad política de forma libre y abierta. Para Herbert Krüger<sup>20</sup>, los partidos son «formas de autoconfiguración política del pueblo», llamado por la Constitución a organizarse a través de los mismos; pero, a su vez, se insertan precisamente en el modelo de la democracia representativa, lo que incorpora una referencia ideal: no se trata solo de que el pueblo alcance el uso de la palabra a través de los partidos, como «conformadores preliminares» de la voluntad política (usando la expresión de Ulrich Scheuner), sino de que el pueblo hable correctamente y se eleve sobre sus propias limitaciones, hasta lograr la formulación de las mejores ideas. Los partidos políticos se insertan en el modelo representativo, insiste Hans Peters<sup>21</sup>.

Por lo que se refiere a la relación entre norma y realidad social, Peters diferencia la Constitución, como magnitud dotada de fuerza normativa estable, frente a las transformaciones de los elementos sociológicos en los que se apoya<sup>22</sup>. Joseph Kaiser teme que la concepción de Hesse acerca de la fuerza normativa de la Constitución implique una primacía de las realidades sociológicas y jurídicas, por ejemplo, en la medida en que la apelación a la legalidad específica de los partidos políticos conlleva una interpretación restrictiva de las normas constitucionales<sup>23</sup>. Sin embargo, en sentido contrario, Ermacora señala que Hesse «se ha conformado con describir las funciones que corresponden al partido de acuerdo con el art. 21 de la Ley Fun-

---

<sup>18</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 104. G. E. KAFKA, en su intervención final (p. 113), considera, sin embargo, incorrecto pretender que la voluntad del pueblo en su conjunto esté orientada automáticamente al bien común.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 111 y s.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 106 y s., también pp. 109 y s.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 108.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 112 y s.

damental, sin explicar además si los partidos actuales tienen de hecho más funciones en la realidad política y cuáles son»<sup>24</sup>.

Heinrich Herrfahrdt<sup>25</sup> sí apoya a Hesse, tanto en su concepción de la fuerza normativa de la Constitución como en la necesidad de revisar la tradicional imagen de la democracia como gobierno del pueblo, por más que exprese reservas sobre las posibilidades de que en Alemania tenga éxito un modelo basado en la tradición constitucional anglosajona. Para Scheuner<sup>26</sup>, sin embargo, la doctrina alemana aparece atrapada entre la tesis de Rousseau acerca de la capacidad del pueblo para la actuación política inmediata y la tradición monárquica incapaz de comprender la formación democrática de la voluntad del Estado.

Las palabras finales de Hesse recapitulan los temas centrales de debate subrayando las dicotomías que encarnan<sup>27</sup>. Empieza reconociendo la inexistencia de una teoría del Estado a la altura de los tiempos, a lo que él responde ofreciendo algunos apuntes de teoría de la Constitución; la trascendencia de esa opción metodológica, por la Constitución y relegando al Estado de su tradicional centralidad, habrá de ser decisiva en las décadas ulteriores<sup>28</sup>. También insiste en su concepción de la fuerza normativa de la Constitución. Pero, sobre todo, señala la improductividad de la contraposición entre Estado y Sociedad cuando «el Estado es hoy en gran medida un producto de las fuerzas sociales, del mismo modo que, en sentido contrario, la acción del Estado se ha convertido en presupuesto para la existencia de la sociedad»<sup>29</sup>. Por eso, el estatus público de los partidos políticos

---

<sup>24</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 103; en el mismo sentido W. MERK, p. 104.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 109.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 111 y ss. También llama la atención sobre la dificultad de reducir los partidos políticos a elementos plebiscitarios, como pretendería Gerhard Leibholz. A la ausencia de este en la sesión se había referido antes H. RIDDER, p. 109.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 115 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «Derecho constitucional para la sociedad multicultural», en E. DENNINGER y D. GRIMM, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 9 y ss.; también I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional», en A. PETERS, M. J. AZNAR e I. GUTIÉRREZ (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 19 y ss.

<sup>29</sup> Para el debate ulterior sobre este tema cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE (ed.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, que recoge contribuciones significativas no solo sobre la trayectoria de la distinción entre Estado

no supone que el poder de los mismos se asimile al poder del Estado, pero tampoco permite que los partidos resulten separados del Estado; porque también el ámbito de lo no institucionalizado, no organizado y no racionalizado tiene trascendencia decisiva para la existencia y la vida del Estado. Y finalmente señala, con apoyo expreso en las palabras de Scheuner e implícito en las de Herrfahrdt, que los conceptos de representación (con su complejo y ambiguo trasfondo histórico) e identidad (también en la formulación de Krüger sobre la autoconfiguración del pueblo) apenas contribuyen a comprender la democracia actual.

2. La ponencia de Kafka, dejando a un lado su concepción de la autoridad como fundamento de las asociaciones humanas o las diferencias estructurales que aprecia entre los distintos partidos políticos austriacos<sup>30</sup>, también aborda la peculiar situación de los partidos conforme al Derecho constitucional austriaco, tomando, por tanto, la Constitución como punto de referencia. Pero, quizá ante el laconismo del texto de 1920 en materia de partidos (solo cuatro referencias marginales)<sup>31</sup>, el anclaje se sitúa precisamente en la decisión de volver a poner la propia Constitución en vigor, adoptada por el gobierno provisional formado en las postrimerías de la guerra por los partidos antifascistas que declararon la independencia del país en la zona bajo control soviético<sup>32</sup>. Por eso afirma Kafka que, «al menos la Constitución austriaca, tal y como hoy está en vigor, no descansa sobre la decisión de una representación popular elegida como constituyente, sino que fue resucitada mediante un acuerdo de los partidos políticos». La tesis pretende extenderse con carácter general y conduce a conclusiones sorprendentes: «Tanto en Austria como en Alemania, las Constituciones son obra de los partidos, y por eso no pueden ser interpretadas en contra de los partidos y de su naturaleza»<sup>33</sup>. La Constitución austriaca, al menos, «en caso de duda siempre ha de ser interpretada en benefi-

---

y sociedad, sino especialmente para las discusiones de la época; cabe subrayar las de H. RIDDER (1962, pp. 221 y ss.), H. EHMKE (1962, pp. 241 y ss.), J. ISENSEE (1968, pp. 317 y ss.), U. K. PREUß (1969, pp. 330 y ss.), W. HENKE (1972, pp. 367 y ss.) y el propio E.-W. BÖCKENFÖRDE (1972, pp. 432 y ss.). El volumen se cierra con el trabajo de K. HESSE, «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft» (1975, pp. 484 y ss.).

<sup>30</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 55 y ss. y 60 y ss., respectivamente.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 69.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 66 y ss.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 64.

cio de los partidos políticos»<sup>34</sup>, si bien no solo de los que participaron en el pacto originario, sino también de los que puedan surgir luego<sup>35</sup>.

De este modo, Kafka entiende que son los partidos el verdadero poder constituyente: «No son asociaciones, sino fundadores y sostenedores del Estado, que regulan mediante el Derecho constitucional su lucha competitiva»<sup>36</sup>. «La Constitución del Estado moderno debe ser interpretada como una ordenación de la lucha competitiva entre partidos políticos»<sup>37</sup>, en la que se disputan los poderes legislativo y ejecutivo, y corresponde al pueblo decidir quién es el vencedor durante un tiempo limitado<sup>38</sup>. «En sentido estricto debería decirse, por tanto, que la posición jurídico-constitucional del *pueblo* depende de la posición jurídico-constitucional de los partidos, y no al revés»<sup>39</sup>; «yo al menos considero más razonable que se atribuya al pueblo a través de la Constitución un papel de árbitro aceptado por los partidos, que puede desempeñar, a que le corresponda el de un *soberano*, que nunca podrá ejercer y tampoco ha ejercido nunca»<sup>40</sup>. A fin de cuentas, ya antes había descartado una idea de soberanía popular que pretendiera la coincidencia entre bien común y voluntad popular; el pueblo no es una asociación de individuos, sino de grupos<sup>41</sup>.

Todo esto se proyecta también sobre la interpretación de la prohibición del mandato imperativo<sup>42</sup> o a la hora de valorar las instituciones de democracia directa, la presidencia de la República, el procedimiento legislativo o el mismo Tribunal Constitucional<sup>43</sup>. Finalmente, y con particular detalle<sup>44</sup>, se analizan los pactos de coalición entre partidos, con sus decisivos y bien conocidos efectos sobre el reparto de puestos en el gobierno y la administración de Austria, asimilándolos a los tratados internacionales orientados a mantener el equilibrio de fuerzas. Y este principio del equilibrio entre los partidos políticos

---

<sup>34</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 74, cfr. también p. 114, en la intervención del ponente al cierre de los debates.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 74 y ss.: «Pacto en beneficio de terceros».

<sup>36</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 75.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 76.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 77 y s.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 78.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 80.

<sup>41</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 55.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 64 y ss., y 114.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 78 y ss., 81 y ss., 84 y 82 y ss., respectivamente.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 84 y ss.

sería, precisamente, el principio fundamental del orden constitucional austriaco<sup>45</sup>. El resultado «solo lo lamentará quien identifique el derecho a ejercer la oposición, que es un bien importante, con la existencia de una oposición, con la existencia, por tanto, de discrepancias, que por sí misma carece de valor»<sup>46</sup>.

El debate ulterior permitió que se ofrecieran interpretaciones alternativas de los fundamentos de la Constitución<sup>47</sup>, pero también justificaciones políticas de la peculiar situación austriaca. Adolf Merk<sup>48</sup> señala que, ante la concurrencia de diferentes voluntades, solo el compromiso impide la dictadura; en las particulares circunstancias históricas de Austria, las alternancias de gobierno entrañarían el riesgo inmediato de un fracaso del Estado y su eventual división. En ello radicaría la justificación última del sistema de coalición entre los dos grandes partidos. El propio Kafka, en la intervención con la que cierra el debate<sup>49</sup>, afirma haber hablado en cierto modo como «abogado defensor» del sistema austriaco, que no representa a su juicio la mejor constitución imaginable, pero que mantiene su vigencia en un contexto de amenazas para el Derecho internacional (y subraya el uso intencionado en su ponencia de categorías del Derecho internacional). En esa medida debe entenderse que asume las reservas que había expresado Merk frente a eventuales generalizaciones a partir del modelo austriaco<sup>50</sup>, y también otras particulares frente al reparto de puestos entre los partidos en muy diversos ámbitos, formuladas por Merk<sup>51</sup>, Pfeifer<sup>52</sup> y Merk<sup>53</sup>.

### III. FRIBURGO (SUIZA), 1985: EL ESTADO DE PARTIDOS

1. Casi treinta años después, la Asociación propone a sus ponentes una rúbrica muy distinta. Ya no se pregunta por la posición de los

<sup>45</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 89 y ss.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 96.

<sup>47</sup> H. PFEIFER, *op. cit.*, n. 1, p. 112, con réplica de G. E. KAFKA en pp. 114 y s.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 107 y s.

<sup>49</sup> *Op. cit.*, n. 1, pp. 114 y s.

<sup>50</sup> W. MERK, *op. cit.* en n. 1, p. 105.

<sup>51</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 105: proveer puestos administrativos por proximidad al partido puede infringir el principio de capacidad.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 106: incluso los grandes partidos austriacos y la opinión pública del país consideran que esa práctica debe ser modificada.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, n. 1, p. 108: en particular, en los ámbitos económicos bajo control estatal.

partidos políticos conforme a la Constitución, sino por una eventual crisis del Estado constitucional democrático, que habría quedado en manos de los partidos (*Parteienstaatlichkeit - Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?*).

Ese planteamiento, sin embargo, queda ampliamente desvirtuado en las tres ponencias y en el debate ulterior. Encuentra numerosas reservas la propia terminología utilizada para introducir el tema. No cabe decir, en primer lugar, que el Estado haya quedado en manos de los partidos (*Parteienstaatlichkeit* añade una connotación peyorativa adicional a la fórmula, ya lastrada en la mentalidad alemana, del *Parteienstaat*<sup>54</sup>); y tampoco resulta adecuado plantearse la existencia de una verdadera *crisis* en este contexto<sup>55</sup> (al menos, el signo de interrogación relativiza el enfoque<sup>56</sup>). Los datos constatables son, en realidad, mucho más complejos y ambiguos de lo que se suele dar por supuesto. Y, aunque caben las valoraciones críticas referidas a cuestiones particulares, la mejora no puede confiarse solo a algunas nuevas regulaciones dirigidas a los partidos políticos; porque estos son, a la postre, un elemento más del sistema democrático, que en último extremo depende de la situación política general, del diseño institucional de cada Estado y de la cultura cívica vigente en el mismo.

Tal es el sentido general de la ponencia de Stolleis<sup>57</sup>, que abre la sesión destacando la normalidad del Estado de partidos, su naturalización en la vida constitucional alemana, en el Derecho positivo, en la jurisprudencia y en la doctrina. Stolleis, que no deja de advertir la connotación negativa de las referencias al Estado de partidos (particularmente en la fórmula *Parteienstaatlichkeit*), considera como

---

<sup>54</sup> Cfr. en particular K. SCHLAICH, *op. cit.*, n. 2, pp. 121 y s. H. MEYER, sin embargo, entiende que la fórmula pudo servir también como mecanismo para asegurar la posición de los partidos en el orden constitucional instaurado por la Ley Fundamental; pero, en ese sentido, habría cumplido su función y debería prescindirse de ella (pp. 131 y s.). H.-P. BULL, pp. 138 y s., advierte contra las expresiones que pueden presuponer un juicio negativo acerca de los partidos, por ejemplo, mediante la referencia a su necesaria «domesticación», a la que habían aludido K. STERN, p. 127, H. MEYER, *loc. cit.*, o G. SCHMID, p. 135: «Domesticar ha de hacerse con animales salvajes, enemigos peligrosos».

<sup>55</sup> Por ejemplo, K. STERN, *op. cit.*, n. 2, pp. 126 y s.; R. STETTNER, pp. 132 y s.; W. ZEH, pp. 146 y s.

<sup>56</sup> Cfr. H. SCHÄFFER y P. HÄBERLE, *op. cit.*, n. 2, pp. 47 y 114.

<sup>57</sup> Cit. en n. 2, con versión castellana en el presente volumen; recapitulada también en su intervención final (pp. 166 y s.).