

# icade núm. 104 [Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales]

Monográfico

XL Aniversario de la Constitución Española

Artículos

2. Acerca de la igualdad de oportunidades en la libre competencia entre partidos. El caso de la democracia española (JORGE ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES)

## 2 Acerca de la igualdad de oportunidades en la libre competencia entre partidos. El caso de la democracia española\*)

JORGE ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES

UNED (jalguacil@der.uned.es)

### Sumario:

- I. Introducción. Sobre la naturaleza de los partidos políticos y sus trascendentales funciones
  - II. La democracia de partidos como democracia de la libre competencia entre partidos
  - III. Obstáculos y posibilidades en España a la libre competencia entre partidos
  - IV. Garantías de tal democracia. El Tribunal Constitucional español como garante de la libre competencia entre partidos
  - V. A modo de breves conclusiones
- Bibliografía

**Resumen:** Para que los partidos políticos puedan cumplir las trascendentales funciones que les asigna nuestra actual democracia constitucional, la doctrina alemana desde muy temprano entendió que su regulación jurídica debía estar modelada por cuatro principios: la libertad («Freiheit»), la igualdad («Gleichheit»), la publicidad («Öffentlichkeit») y la democracia interna («Interne Demokratie»). La importancia del principio de igualdad se proyecta en la relación entre partidos, debiendo asegurar que éstos sean tratados por igual; y que en la competición electoral rija de forma real y efectiva la igualdad de oportunidades. Para ello, cabe concebir el Derecho de Partidos como derecho de libre competencia entre partidos, y entender que el Tribunal Constitucional, como órgano constitucional, debe desplegar un papel central en la garantía de tal igualdad. No obstante, en el Derecho español existen elementos que restringen tal igualdad de oportunidades, y el Tribunal Constitucional español no ha desplegado un especial control sobre el legislador para asegurar tal igualdad. Las restricciones a la igualdad deben ser objeto de censura y el papel del Tribunal Constitucional español podría ser revalorizado. Cabe en cualquier caso plantear ciertas propuestas de reforma, que son debidamente analizadas.

**Palabras clave:** Igualdad; libre competencia; derecho de partidos; Tribunal Constitucional.

**Abstract:** In order to fulfill the significant functions assigned to the political parties by our current constitutional democracy, the German doctrine from very early understood that his juridical regulation must be shaped by four principles: freedom («Freiheit»), equality («Gleichheit»), publicizing («Öffentlichkeit») and internal democracy («Interne Demokratie»). The significance of equality is projected in the relation between parties and therefore it should guarantee that these are treated as equal. To that effect, the Law of Parties must be understood as free competition law between parties and therefore the electoral competition must be ruled by the equality of opportunity. For that purpose, the Law of Parties might be conceived as a Free Competition Law between parties and the Constitutional Spanish Court should be reckoned as a constitutional institution that must ensure equality of opportunity. Nevertheless, in the Spanish Law there are legal developments that restrict such equality of opportunities, and the Constitutional Spanish Court has not exercised a control over the legislator to assure it. The restrictions to the equality must be censored and the role of the Constitutional Spanish Court might be revalued. Certain reform proposals may nonetheless be raised, which are due analyzed.

**Keywords:** Equality; Free Competition; Law of Parties; Constitutional Court.

**Fecha de recepción:** 26/04/2018.

**Fecha de aceptación:** 28/05/2018.

### I. INTRODUCCIÓN. SOBRE LA NATURALEZA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y SUS TRASCENDENTALES FUNCIONES

Como es conocido, en el primer constitucionalismo del siglo XIX, fruto de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, las asociaciones políticas fueron consideradas facciones que ponían en peligro el incipiente orden constitucional. Todo ese siglo está recorrido por el enfrentamiento entre el orden absolutista, representado por el monarca y su burocracia, y el orden parlamentario, en el que la incipiente representación de la burguesía pugnaba por ganar mayor protagonismo. Esta confrontación histórica entre Parlamento y Ejecutivo explica que en la defensa de aquél se depositara la salvaguardia de las libertades individuales; pero a su vez que el Parlamento, a los efectos del logro de tal objetivo, debiera concebirse como una unidad, y la formación de partidos políticos amenazaba tal unidad. En el constitucionalismo español, por ejemplo, hemos de esperar al régimen constitucional surgido tras la Constitución de 1869 para que los partidos políticos pasen a ser admitidos, o al menos no perseguidos (el artículo 17 de esta constitución disponía: «Tampoco podrá ser privado ningún español: Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública»).

No hace falta insistir en que el principio representativo liberal no abarcaba los intereses de todos los individuos, solo los de los que se identificaban con el interés de la nación, el de los sectores liberal-burgueses. Y aunque anuncia ya futuros desarrollos democráticos, la primera representación asienta sus bases, de un lado, en una limitación de la base social de la representación, asentada por lo demás en una nítida filosofía política: el Estado y la Sociedad son dos esferas separadas; los individuos como tales no están implicados en la actividad y los fines del Estado.

Y son efectivamente los desarrollos democráticos, a partir de las revoluciones de 1830 y sobre todo de 1848, como consecuencia de la ampliación de la base social del Estado, los que anuncian una nueva etapa en el constitucionalismo. En la que lo esencial es que el poder político esté legitimado por su origen popular y por la participación de todos en la toma de decisiones; lo fundamental es así la imbricación de los individuos en

la actividad y los fines del Estado, que ya no están monopolizados por un Monarca Absoluto, al que hay que combatir para conseguir libertades, sino por la pluralidad de la sociedad. Si para la concepción liberal lo primordial es la preservación de las libertades individuales, el principio democrático reivindica el derecho de todos a participar en el sistema político. Para lo primero, en el contexto de confrontación Monarca-Parlamento, los partidos políticos resultaban perturbadores, para lo segundo, devienen esenciales; o mejor dicho, resulta sustancial la función que veremos que cumplen. Por lo demás, la adaptación del constitucionalismo al nuevo pluralismo mediante el denominado constitucionalismo social no viene sino a reforzar la necesidad de democratizar el Estado, y facilitar pues la participación de todos en aquél. Se acrecienta así, como veremos, la necesidad de poner en valor las funciones de los partidos.

Porque sin duda alguna los partidos políticos gozan de un origen indiscutiblemente social, surgen en la sociedad, como consecuencia de la agrupación de personas en torno a la defensa de ciertos principios o valores políticos; son así asociaciones. Pero también está claro que su fin es el Estado; justo porque, como observa Grimm, magistrado emérito del Tribunal Constitucional Federal Alemán ( *Bundesverfassungsgericht* ), y catedrático emérito de Derecho público, esto es lo que les permite traducir los programas políticos, y así las reivindicaciones sociales que han hecho suyas, en decisiones estatales (Grimm, 2001, p. 399). Los partidos políticos no son así simples formaciones sociales.

Las trascendentales funciones que desarrollan justifican el que prácticamente todas las Constituciones, la nuestra no es una excepción, les dediquen una atención especial (Salvador, 2018, pp. 3-9), y les singularicen como un género de asociación particular (Morodo Leoncio, 1979, pp. 5, 6; 12-16). El artículo 6 de nuestra Carta Magna explica sus funciones perfectamente: los partidos políticos, al expresar el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. No cabe concebir pues democracia sin partidos. Lo dejó bien claro el primer Presidente del Tribunal Constitucional de nuestra democracia, Manuel García-Pelayo, en su magistral Estado de partidos: la función de los partidos es, básicamente, la de integrar a la sociedad en el Estado. Los partidos políticos, en efecto, constituyen el momento intermedio de tal proceso. A través de la lucha política frente a otros partidos, actualizan políticamente a la sociedad. Y el momento superior es el Estado mismo, en el que la sociedad políticamente amorfa y dispersa, ya canalizada a través de las configuraciones parciales de los partidos, alcanza su plenitud (García-Pelayo Alonso, 1986, pp. 85-87, 89-91).

Ciertamente, cabe alegar que frente, o al menos junto a ellos, se encuentran los instrumentos de la denominada democracia directa. Que cobran mayor relevancia cuando la distancia entre los partidos y la sociedad sea mayor. Pero ya observamos cómo tales instrumentos adquieren su mayor sentido como complementos, necesarios, de la, esta sí, imprescindible democracia de partidos (Castellá Andreu, 2014, p. 146). Precisamente para que, evitando el peligro de que ésta pueda derivar en una democracia meramente electoral, inserte en aquélla instrumentos de mayor y mejor participación; a fin de que logre articular la formación de partidos que sean instrumento y cauce real de participación de todos los ciudadanos. A los efectos, en definitiva, de facilitar a éstos, los partidos, cumplir sus muy relevantes funciones.

Pues son éstas las que les sitúan en ese carácter intermedio entre Estado y sociedad y les convierten en los verdaderos protagonistas de la vida política; del mejor o peor cumplimiento de tales funciones depende en definitiva la calidad de nuestra democracia, que ésta sea una democracia avanzada como reza el preámbulo de nuestra Carta Magna.

Ahora bien, a los efectos de cumplir la función básica que la Constitución les confiere, ser instrumento fundamental para la participación política, ya desde muy temprano la doctrina alemana les asignó cuatro grandes principios: libertad ( *Freiheit* ), igualdad ( *Gleichheit* ), publicidad ( *Öffentlichkeit* ) y democracia interna ( *Interne Demokratie* )<sup>1</sup>. Tales principios han de asegurar que al protagonismo y centralidad que confiere el orden constitucional a los partidos, esto es, al poder que les otorga, le corresponda a su vez el necesario control y racionalización (Alguacil González-Auriolo, 2018).

Siendo los cuatro principios esenciales, nos centraremos sin embargo sólo en uno de ellos, el de la igualdad en la relación entre partidos; quizá sea el principio que incide de una manera más directa en la regulación constitucional de éstos y en la configuración de un ordenamiento central del sistema democrático, el derecho electoral. El principio de igualdad se proyecta en la igualdad de oportunidades entre los partidos; significa que todos los partidos políticos tienen que ser tratados por igual, sin excepción, sólo cabe admitir diferencias de trato siempre que exista una razón evidente y justificada.

El primero de los ámbitos de manifestación de la igualdad de oportunidades fue el derecho electoral; y así, en Alemania, como nos cuenta Fernández Vivas (2007), su Tribunal Constitucional reconoció la igualdad de oportunidades de los partidos políticos –la *politische Chancengleichheit* – por primera vez ya en 1954, con ocasión de un recurso sobre derecho electoral. En su sentencia, el Tribunal afirmó que la *Chancengleichheit* , entendida como igualdad electoral, obliga a los poderes públicos, especialmente al legislador, a establecer y desarrollar un determinado derecho electoral que garantice la igualdad de oportunidades de todos los partidos políticos, y, puesto que esta igualdad la entiende el Tribunal Constitucional como igualdad «esencial y estrictamente formal», el legislador, a su juicio, dispone de un margen muy reducido en el desarrollo del derecho electoral, debe dar a todos los partidos políticos el mismo trato y sólo cuando exista un motivo suficiente que lo justifique podrá introducir una diferencia, ya sea entre los electores, los candidatos electorales o los partidos políticos (p. 56).

La igualdad de oportunidades se ha desplegado también en el ámbito de la financiación de los partidos; debe tenerse en cuenta para evitar desigualdades económicas que de hecho puedan influir en las oportunidades de los partidos políticos. Por último, también se ha desarrollado en el ámbito de la comunicación, que es el que quizá plantea hoy en día mayores retos desde la perspectiva de la función que deben desempeñar los partidos y desde la igualdad de oportunidades necesaria para ello. La igualdad de oportunidades, en definitiva, exige una garantía de las mismas oportunidades de los sujetos que participan en la lucha política, asegurando así que el proceso político funciona correctamente. Permite concebir, en definitiva, la democracia de partidos como una democracia de la libre competencia entre los partidos. Precisamente porque la institucionalización de la democracia se ha transformado en concurrencia directa entre los diferentes intereses sociales que representan los partidos.

Es esta tesis la que defiende el gran maestro del Derecho público de partidos alemán, Martin Morlok, titular de la Cátedra de Derecho Público, Teoría del Derecho y Sociología del Derecho en la Heinrich-Heine Universität de Düsseldorf, director emérito del Instituto para el estudio del Derecho Internacional y alemán de partidos de esta misma Universidad, y actual Presidente de la Asociación de Profesores de Derecho del Estado alemán ( *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehre* ). Y lo hace ligando esta tesis a una segunda que nos parece igualmente importante: el Tribunal Constitucional, como supremo garante jurídico de la Constitución, debe desplegar un papel especialmente relevante en el aseguramiento de esta libre competencia. Dos tesis, pues, centrales en el orden jurídico de los partidos; de su imbricación dependerá el mayor o menor acomodo del derecho de partidos a este principio constitucional.

–La primera tesis, en efecto, la defiende con particular finura jurídica en su artículo «Derecho de partidos como derecho de la competencia» ( *Parteienrecht als Wettbewerbsrecht* ) (Morlok, 2003, pp. 408-447). La competencia y el derecho de la competencia se ha institucionalizado en nuestras sociedades en el ámbito de la economía y del deporte. El objetivo es de extender el sentido y el valor del ordenamiento de la competencia al derecho de partidos. Que pretenda, en definitiva, ordenar o regular la competición, ya no entre empresas que concurren en el mercado, sino entre partidos que compiten por alcanzar el poder en el Estado. No podemos olvidar cómo el objetivo del partido político es alcanzar el poder, y el Derecho de partidos pretende encauzar la pugna por el mismo. Y si la lucha por el poder, también el poder político, ha sido una constante en la especie humana, el constitucionalismo democrático pretende encauzar jurídicamente tal pugna, ofreciendo elementos racionales. La democracia, como es conocido, es un régimen de opinión pública, mediado pues por la competencia entre intereses, valores, ideologías, sentimientos, convencimientos...de la pluralidad de la sociedad. Los partidos políticos precisamente articulan u organizan en términos jurídicamente operativos tal opinión pública; surgen libremente en la sociedad y se proyectan en el Estado. El reto es asegurar la libre competencia entre aquellos.

–La segunda tesis, inmediatamente ligada a esta primera, es realzar la posición que ocupa el Tribunal Constitucional en la garantía de la mencionada libre competencia. Lo realiza en un no menor interesante artículo, orientado a comentar una sentencia básica del Tribunal Constitucional Federal alemán en la materia, la sentencia del 26 de octubre de 2004. El sugerente título del artículo «El Tribunal Constitucional

como defensor de la libre competencia» ( *Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Wettbewerbs* ), alude de forma evidente a la consabida polémica entre Schmitt y Kelsen sobre quién es el defensor de la Constitución, *Wer ist der Hüter der Verfassung?* (Morlok, 2005, pp. 157-160). La tesis defendida es clara: bien pueden existir dudas sobre si el Tribunal Constitucional debe asumir un papel central en la defensa de la Constitución, lo que en definitiva deriva en una pregunta superior: responder a la cuestión sobre si la principal defensa de la Constitución es política o jurídica. En lo que seguramente deben existir menos interrogantes es que en la defensa de la libre competencia entre partidos el Tribunal Constitucional debe asumir un papel central y determinante.

Procuraremos desarrollar para el caso español las dos tesis expuestas. La primera la realizaremos en los dos próximos apartados. A una exposición del sentido de la democracia de partidos como democracia de la libre competencia entre partidos (2) le seguirá un estudio para tal configuración de los obstáculos, pero también posibilidades existentes en la democracia española (3). La segunda de las tesis planteadas la desarrollaremos en el apartado tercero, dedicado a analizar las garantías de tal democracia y así, el papel que debe desarrollar el Tribunal Constitucional, planteándonos a su vez los problemas teóricos y prácticos que conlleva (4). Terminaremos con unas breves reflexiones sobre la democracia de partidos, procurando alcanzar ciertas conclusiones (5).

## II. LA DEMOCRACIA DE PARTIDOS COMO DEMOCRACIA DE LA LIBRE COMPETENCIA ENTRE PARTIDOS

Es cierto que el Derecho de la competencia se ha proyectado hasta el momento de forma casi exclusiva en el ámbito económico o comercial, el término «competencia» puede asociarse con la lucha por la superioridad comercial; y por ende, con la pugna de las empresas por conseguir el mayor número de clientes. La libre competencia pretende asegurar la libertad de participar en una determinada actividad económica ya sea como vendedor o como comprador. Se dice que tiene un efecto beneficioso en la economía ya que incentiva a las empresas a ser más eficientes, innovar y mejorar constantemente la calidad de sus productos con el fin de atraer la preferencia de los consumidores. Y beneficia también a los consumidores que terminan pagando menores precios y pueden optar a más y mejores productos que en el escenario de un monopolio o un escaso nivel de competencia. La libre competencia implica, en primer lugar, y como observa Bercovitz (2016), «el libre acceso al mercado de quienes quieran operar en él, es decir, que no debe haber barreras que impidan la aparición de nuevas empresas dedicadas a una actividad determinada». Y a su vez, «supuesta la existencia de una pluralidad de operadores económicos en el mercado, (...) exige que todos ellos estén sujetos a las mismas reglas y actúen independientemente entre sí, tratando de esforzarse en captar a la clientela por las ventajas inherentes a las prestaciones que ofrecen» (p. 320)

Pues bien, como habíamos visto anteriormente, de lo que se trata es de extrapolar los conceptos básicos de esta parcela jurídica al derecho de partidos. Éstos compiten, al igual que las empresas, por alcanzar unos objetivos. Que no son clientes con dinero, sino ciudadanos con sufragios; para alcanzar el dominio, no en un mercado económico, sino en la competición por alcanzar el dominio en el ámbito estatal. El objetivo de uno y otro derecho es asegurar una igualdad en la competición.

La tesis expuesta parte, en definitiva, de la necesidad de concebir la competencia en su funcionalidad; se trata de hacer referencia a una «competencia efectiva», incidiendo en el concepto de igualdad de oportunidades ( *Chancengleichheit* ). La institucionalización de una democracia real precisa de mecanismos que aseguren tal igualdad de oportunidades entre partidos; que garanticen, en definitiva, la misma capacidad de influir a todos los ciudadanos y organizaciones que así quieran hacerlo (Morlok, 2003, p. 417). Y esto lo proyecta el catedrático de Düsseldorf, principalmente, en el orden de la financiación de los partidos. También lo hace en el derecho interno de los partidos, como organizaciones que concurren a la libre competencia, pero sobre todo a partir del mandato de democracia interna y de concurrencia en igualdad de condiciones dentro de cada partido (Morlok, 2003, pp. 425-431).

El Derecho de financiación de partidos, opina Morlok (2003), no sólo debe tratar de forma igual a todos los partidos, debe generar un orden que en sus efectos prácticos no produzca desventaja alguna en la libre competencia entre éstos (p. 418). A partir de un principio básico, a saber, la necesaria «apertura del proceso político», incide en la necesidad de asegurar el libre acceso en igualdad de condiciones al mercado político. Lo que deriva en la importancia de facilitar el surgimiento de nuevos partidos y el mantenimiento, en todo caso, de una pluralidad de ellos. Cuyo papel es visible no sólo en el incremento de la competencia y en la introducción de nuevas reivindicaciones o demandas sociales, sino también en la posibilidad de que éstos, los nuevos y pequeños, puedan alcanzar en algún momento el propio éxito electoral, justo cuando los partidos hasta el momento hegemónicos, manifiesten debilidades. No menos importante es el papel que ejercen como potenciales competidores, quienes bajo la amenaza de obtener éxito electoral, ejercen un efecto, en palabras del catedrático de Düsseldorf, políticamente saludable. Por eso el derecho de la libre competencia entre partidos no sólo debe asegurar la libre competencia entre los competidores vigentes, debe a su vez generar posibilidades para el surgimiento de nuevos participantes en la libre competencia (Morlok, 2003, p. 432). El proceso político funciona sólo de manera suficiente y garantiza la legitimación del poder estatal, así como el carácter abierto del proceso político, si los participantes en la competencia democrática disfrutan del derecho a la igualdad de oportunidades<sup>2</sup>.

En definitiva, si la forma plural que el constituyente emplea en el [artículo 6](#) CE, «partidos» es coherente con la exigencia de elecciones libres, es porque en ésta los diversos candidatos rivalizan entre sí para ganarse el favor de los electores. La Constitución española, al igual que la Ley Fundamental de Bonn, parte en definitiva de un sistema multipartidista. En el que cada partido se encuentra en una doble competencia: con otros partidos y con las aspiraciones de organizaciones políticas no constituidas como partidos. Junto al acceso a la competencia en la forma de libertad de fundación y creación de partidos, deben asegurarse también la libertad de funcionamiento y la igualdad de oportunidades, como elementos básicos de una competencia jurídicamente orientada que mantenga abierto el proceso democrático.

## III. OBSTÁCULOS Y POSIBILIDADES EN ESPAÑA A LA LIBRE COMPETENCIA ENTRE PARTIDOS

Martin Morlok encuentra en el Derecho de partidos alemán trabas a esta libre competencia en la famosa barrera electoral que contiene el derecho alemán del 5% (Morlok, 2003, pp. 434, 435), que sin embargo el Tribunal Constitucional germano avaló en su sentencia de 23 de enero de 1957 (BVerfGE 6, 84, 26); pero también en la restricción de la financiación pública a pequeños partidos que acometió el legislador alemán en la nueva versión del apartado 8.IV.3 de la Ley de Partidos alemana y que fue en este caso declarada inconstitucional por el Alto Tribunal Germano en su sentencia de 26 de octubre de 2004; justo la sentencia cuyo comentario da lugar al mencionado artículo del autor alemán, *Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung*.

En nuestro ordenamiento podemos encontrar también trabas a esta necesaria libre competencia entre partidos. Tales barreras las proyecta en el del sistema de financiación de los partidos y también en el ámbito del Derecho electoral. Por lo que se refiere a este último, las encuentra en la presentación de candidaturas, en la delimitación de la circunscripción electoral, en el establecimiento de barreras electorales y en la fórmula electoral. En lo que respecta al sistema de financiación pública de los partidos, quizá como veremos más relevante decisivo a estos efectos, tanto en la financiación pública directa como en la indirecta (Fernández Vivas, 2017, pp. 143-159).

Nos centraremos en dos restricciones que nos parecen especialmente significativas, la primera sobre las posibilidades de creación de nuevos partidos con oportunidades reales de competir con los existentes, la segunda relativa a la circunscripción electoral y los obstáculos que suponen para la creación de nuevos partidos.

1. La primera restricción que observa la Fernández Vivas, aisladamente considerada, podría ser menor o incluso no ser considerada como tal: la posibilidad de crear nuevos partidos en el ordenamiento español es relativamente sencilla, en principio no ofrece formalmente mayores dificultades. Sin embargo, si ligamos esta aparente limitación, con las restricciones impuestas por la financiación pública a los partidos, la limitación es severa: en nuestro ordenamiento sí existen serios obstáculos a la hora de configurar regulaciones que faciliten o al menos permitan que los nuevos partidos creados gocen de oportunidades reales de competir en igualdad de condiciones con el resto que ya

competían.

No debemos olvidar, en primer lugar, que estos partidos han carecido lógicamente de representación anterior, y no han dispuesto de los cauces que los plenos de los ayuntamientos o los diferentes Parlamentos, autonómicos o nacional, ofrecen a los grupos parlamentarios de evidenciar opciones alternativas a las mayoritarias. Estos partidos tampoco tienen acceso a la financiación pública para la campaña electoral: las subvenciones públicas, como sabemos, están restringidas a partidos que hubieran alcanzado representación en la legislatura inmediatamente anterior o al menos con un número mínimo de votos obtenidos en las elecciones previas; y además en términos proporcionales al resultado alcanzado. Así lo establece el artículo 3 punto 2 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos: estas «subvenciones se distribuirán en función del número de escaños y de votos obtenidos por cada partido político en las últimas elecciones a la indicada Cámara». La financiación se rige, exclusivamente, por la tendencia a la repetición de resultados.

La distribución de espacios gratuitos para la propaganda electoral, como establece el artículo 61 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), se realiza atendiendo al número total de votos que obtuvo cada partido, federación o coalición en las anteriores elecciones equivalentes. Esta distribución de espacios debiera posibilitar, como observa Presno Linera, que las distintas opciones políticas se expresasen en un contexto de igualdad de oportunidades; algo que estaría en consonancia con los postulados de igualdad y universalidad de las elecciones. Esta regulación vuelve a reforzar así a las formaciones sólidamente asentadas (Presno Linera, 2015, p. 36).

El apartado segundo del artículo 66 LOREG, por lo demás, establece que «durante el periodo electoral las emisoras de titularidad privada deberán respetar los principios del pluralismo e igualdad. Asimismo, en dicho periodo, las televisiones privadas deberán respetar también los principios de proporcionalidad y neutralidad informativa en los debates y entrevistas electorales». Ahora bien, con razón se pregunta Presno Linera (2015): «¿Cuál es el fundamento para presumir que una televisión es neutral si opera en los debates y entrevistas electorales de acuerdo con los resultados de los comicios precedentes? De actuar así, más que la igualdad y el pluralismo estará favoreciendo la repetición de los resultados anteriores, a lo que ya contribuyen por mandato legal los medios públicos y el sistema de financiación electoral» (p. 37).

2. La segunda restricción cabe encontrarla, como decíamos anteriormente, en la circunscripción electoral. Pueden existir, en efecto, supuestos que, aceptando el sufragio universal y la igualdad, al menos formal, de los votos, sin embargo, quepa modular el valor de cada uno de los sufragios. Presno Linera entiende en este sentido, que sin «que de manera formal se atribuya al sufragio de una persona mayor valor que al emitido por otros votantes, puede producirse este efecto como consecuencia del juego combinado de dos elementos esenciales del sistema electoral: las circunscripciones y la fórmula electoral» (Presno Linera, 2003, pp. 182-183). La Constitución española, como sabemos, opta por la proporcionalidad en su artículo 69. Y como ha dicho el propio Tribunal Constitucional, esta fórmula pretende precisamente acercar la representación a la pluralidad, el sistema mayoritario castiga duramente a las minorías, la legitimidad del gobierno resultante puede resentirse. Tal castigo lo hace, como observa Fernández-Miranda, al menos en un doble sentido: primero, porque la necesidad de ganar, circunscripción a circunscripción, les obliga a una fuerte presencia en cada una de ellas, que no siempre pueden tener; en segundo término, porque les impide, incluso, la esperanza de un crecimiento progresivo (Fernández-Miranda Campoamor, 2009, p. 692). No es casual así que la democratización del sufragio se desarrolle de forma paralela a la transformación de los sistemas mayoritarios por proporcionales (Alguacil González-Aurióles, 2014, pp. 130-131).

Ahora bien, el contexto normativo en que la Constitución y la legislación electoral se sitúan, como también sabemos, acercan un sistema inicialmente configurado como proporcional al sistema mayoritario y puede decirse que según el tamaño de los distritos tiene un comportamiento distinto<sup>3</sup>. Blanco Valdés (1997) resume con gran claridad las ventajas e inconvenientes del sistema electoral español: la ventaja es que permite o facilita la formación de gobiernos razonablemente estables. Esto oculta una notable desventaja: el sistema español, en sus propias palabras, es el más desproporcional de todos los sistemas proporcionales de Europa (p. 248). El límite, como se ha observado, puede estar en el denominado efecto de la proporcionalidad inversa: bien puede ser, como ha observado el Tribunal Constitucional, que la configuración de nuestra Constitución como carta abierta se refleje especialmente en este ámbito, y sea difícil justificar en este sentido la necesidad de alcanzar la igualdad material del sufragio como derivación directa del principio democrático postulado en su artículo primero. Lo que en ningún caso parece que puede aceptarse es que por más que sean constitucionales las restricciones a la proporcionalidad por las que opta la Constitución, éstas lleven a supuestos de manifiesta desigualdad en el sufragio y, así, que fuerzas políticas con más votos consigan sin embargo menos escaños (Alguacil González-Aurióles, 2014, pp. 139-140).

Estas dos restricciones, que han movido a la doctrina a plantear posibilidades de reforma en la materia, nos parecen de vital importancia (Presno Linera, 2015, pp. 13-48). Y al margen de la conveniencia e incluso necesidad de incoar tales reformas, mueven a plantearse la absoluta necesidad de articular un organismo independiente que, al igual que ocurre en el derecho clásico de la libre competencia, controle el aseguramiento de tal igualdad en la libre competencia, en nuestro caso, entre partidos políticos.

#### IV. GARANTÍAS DE TAL DEMOCRACIA. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL COMO GARANTE DE LA LIBRE COMPETENCIA ENTRE PARTIDOS

Porque lo cierto es que ya en el ámbito de la libre competencia clásica se tomó conciencia desde un comienzo de la necesidad de existencia de autoridades independientes que aseguraran la libre competencia en el mercado; evitando que las empresas pudieran restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado mediante acuerdos entre ellas.

Como es conocido, el establecimiento de autoridades y procedimientos nacionales que busca el mantenimiento de una competencia efectiva (*workable competition*), ha sido una constante en esta parcela del derecho. La toma de conciencia de que la igualdad en la competición no va a ser definida de forma natural, y en ningún caso por los propios competidores, ha movido históricamente a crear instituciones independientes que velaran por tal igualdad en la competición. En los Estados Unidos existe duplicidad de los órganos para la aplicación de las leyes antitrust – la *Federal Trade Commission* y la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia de los EE.UU. son los dos órganos de defensa de la competencia, que actúan en estrecha colaboración. Y en Europa se creó inicialmente la Comisión de las Comunidades Europeas a modo de Red de las Autoridades Europeas de Defensa de la Competencia y la descentralización de algunas de sus funciones. Cada Estado miembro de la Unión Europea, por lo demás, ha desarrollado su propia autoridad independiente en aras a preservar la libre competencia en los mercados nacionales<sup>4</sup>. De igual manera, cabe plantearse si en la libre competencia entre partidos debe existir una autoridad independiente que controle y garantice tal libre competencia; en definitiva, si en ámbito de la competencia entre partidos existen vías para evitar que los partidos políticos puedan restringir o falsear la necesaria libre competencia.

Es cierto que el Estado, en efecto, debe ordenar las condiciones de la competencia en aras de la igualdad. Y al efecto, debe existir una regulación tanto a nivel de la Constitución como del derecho legal que asegure tal competencia. Pero ocurre que tal regulación viene marcada por los propios agentes que deben ser controlados, los partidos políticos. Y como observa Martín Morlok, es lógico que las fuerzas políticas que controlan el proceso legislativo se encuentren fuertemente tentadas de configurar el propio derecho de partidos extramuros de los límites constitucionales; y traten en consecuencia de relajar las garantías de la libre concurrencia. El catedrático de Düsseldorf encuentra tal autoridad independiente en el Tribunal Constitucional. Como principal garante jurídico de la Constitución, parece lógico que ocupe tal posición.

Ya nos enseñó tempranamente García-Pelayo cómo la primacía de la Constitución es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional; y por lo tanto «si la constitucionalidad de las decisiones y de los actos de los poderes públicos no son enjuiciables por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores» (García-Pelayo, 1981, p. 18). El Estado material de Derecho exige una instancia equipada con la potestad de controlar la vinculación de los poderes superiores del Estado a las normas, valores y principios constitucionales (García-Pelayo, 1981, p. 18).

Ahora bien, como nos ha enseñado la mejor doctrina constitucional, en la tensión entre legislador parlamentario y Tribunal Constitucional, cabe abogar en la mayoría de los casos por una contención de éste a los efectos de defender la primacía democrática del parlamento y evitar así que cuestiones políticas sean decididas en último extremo por las preferencias del juez constitucional. Pero también sabemos que deja abierta la posibilidad de excepciones; pues bien, el control al legislador de partidos puede ser una clara excepción. Precisamente porque, a juicio de Morlok (2005), en este ámbito faltan «elementos correctores de los intereses antagónicos» (p. 157). En estos casos es aceptable que la jurisprudencia desarrolle un activismo judicial. El Tribunal Constitucional bien puede estar destinado a configurarse en garante o protector de la libre competencia entre partidos, pudiendo ejercer al efecto un control particularmente intenso sobre el legislador democrático.

En cualquier caso, y a partir de estas consideraciones, cabe plantearse dos cuestiones. La primera tiene que ver con la propia pertinencia teórica de que sea este órgano el supremo controlador de tal competencia; la segunda, con la experiencia práctica, preguntándonos si ha llevado a efecto tal tarea en la realidad:

1. La primera, como decíamos, tiene que ver con un planteamiento teórico. Teniendo en cuenta la composición del Tribunal Constitucional, que es elegido por los propios órganos que después debe controlar, los partidos políticos; ¿es el órgano ideal para garantizar su control? En el derecho a la libre competencia, el órgano controlador si es un órgano que carece de cualquier vinculación con las empresas a las que va a controlar.
2. La segunda atiende a los efectos prácticos de tal control; ¿ha acometido el Tribunal Constitucional español la tarea de controlar de forma más intensa al legislador en este ámbito?

Para contestar a la primera cuestión, hemos de partir de la toma de conciencia de la absoluta imposibilidad (incluso inconveniencia) de que los componentes de cualquier órgano de justicia constitucional tengan una determinada ideología o escala de valores. Como oportunamente observa Alzaga (2002-2003), refiriéndose a los magistrados del Tribunal Constitucional, todo magistrado «necesariamente tiene un sesgo en su formación, una escala de valores y ciertos prejuicios, en el sentido más literal del término» (p. 157). Por eso nuestra Constitución no prohíbe a los magistrados del TC militar en un partido político (Matía Portilla, 2014, pp. 257-263). El famoso [ATC 180/2013, de 17 de septiembre](#) (RTC 2013, 180), en el que se recusa al entonces Presidente del Tribunal Constitucional, afiliado en ese momento al Partido Popular, lo deja claro: «la imparcialidad no puede concebirse como un mandato de neutralidad general o una exigencia de aislamiento político y social, imposible de cumplir. Los magistrados están únicamente subordinados a la Constitución que han jurado». En el Derecho comparado podemos comprobar cómo la adscripción de los magistrados del TC suele realizarse de idéntico modo. Incluso en un Tribunal Constitucional del prestigio del alemán es común que la mayoría de los magistrados hayan tenido afiliación a uno u otro partido mayoritario. Y nadie ha cuestionado el valor de las resoluciones de este tribunal<sup>91</sup>. Que precisamente ha desarrollado un particular control del legislador en esta materia. Y ello tanto por lo que respecta al sistema electoral como en lo que atañe al orden de la financiación pública de los partidos, al de la publicidad electoral, o al mismo sistema electoral; como nos hace ver Fernández Vivas, las sentencias del Alto Tribunal germano han sido decisivas e incluso han motivado cambios en la propia legislación alemana<sup>92</sup>.

No hemos de olvidar, por otra parte, que la politización de la justicia constitucional es un asunto ligado a su nacimiento. Precisamente porque el objeto de la Constitución y del Derecho Constitucional es la política; los conflictos surgidos en el Tribunal Constitucional son conflictos políticos y no se pueden despolitizar (Triepel, pp. 51-52). Lo que realmente debe evitarse, en realidad, no es la función política de la jurisdicción constitucional, que como hemos visto, es innata a su naturaleza, sino la existencia del denominado «juez político: juez que no duda en tergiversar el espíritu y la letra de la ley con tal de proteger a un partido» (Gimeno Sendra, 2016). La independencia política es en realidad una quimera. La especificidad del planteamiento de los conflictos ante el Tribunal Constitucional es su jurisdicción, esto es, la sumisión de los mismos a un procedimiento objetivo y racional<sup>93</sup>. Cuanto más objetivo sea este procedimiento, menor será el riesgo de que el juez se coloque en la posición del gobierno, menor será el peligro de un gobierno judicial (Triepel, 1976, p. 75). Y de mayor autoridad gozará este tribunal. Así lo hace ver el que fuera el primer Presidente de nuestro Tribunal Constitucional: «Da la preeminencia que tiene la interpretación en materia constitucional puede afirmarse –y así lo muestra la práctica de los tribunales de otros países– que las motivaciones, la ratio o el discurso lógico de la sentencia, tiene con respecto al fallo una mayor importancia que en otras jurisdicciones. Si extremando las cosas suele decirse que lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación» (García-Pelayo, M, 1981, p. 33).

Por lo que se refiere al segundo aspecto, hay que señalar que las posibilidades del control han sido discretas. Así lo ha hecho notar entre nosotros, por ejemplo, Presno Linera (2015, pp. 38 y ss.). El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la adecuación de la igualdad de sufragio al reparto de escaños. La explicación quizá podemos encontrarla en que la desigualdad se encuentra en el propio [artículo 68 CE](#). Nuestro supremo intérprete constitucional, curiosamente, si se ha pronunciado sobre esto en las elecciones autonómicas, concretamente, en su resolución 45/1992, de 2 de abril, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad contra la [Ley 8/1986, de 26 de noviembre](#), reguladora de las elecciones al Parlamento de las Islas Baleares<sup>94</sup>. Justifica tal diferencia; pero lo realiza apoyándose en un argumento meramente formal: la circunscripción no es Ibiza sólo, es Ibiza y Formentera. El Tribunal Constitucional, no obstante, admitió que la distribución de escaños entre circunscripciones puede vulnerar el principio de igualdad de sufragio.

La [STC 75/1985, de 21 de junio](#) (RTC 1985, 75), expone una serie de tesis claras: descarta la vinculación entre la proporcionalidad del régimen de la elección del Congreso de los Diputados y el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos y dispone de forma clara que el derecho a la igualdad no exige la aplicación de un concreto sistema electoral ni un determinado mecanismo para la atribución de escaños.

La [STC 193/1989, de 16 de noviembre](#) (RTC 1989, 193), recalca que el sistema proporcional puede asumir diversas variantes y que la igualdad que debe regir el proceso electoral no impide al legislador introducir determinadas restricciones. La [STC 4/1992, de 13 de enero](#) (RTC 1992, 4), deja claro que los condicionamientos de la proporcionalidad electoral sólo son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad cuando las diferencias entre los resultados electorales de las distintas candidaturas sean excesivas y no se encuentran razonablemente justificadas: produzcan una «situación notablemente desventajosa» – o una «ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que las justifique». En definitiva, para que nuestro supremo intérprete constitucional entienda que la restricción a la proporcionalidad pueda ser considerada contraria el principio de igualdad debe ser arbitraria y desproporcionada, en el sentido de «notablemente desventajosa».

El Tribunal Constitucional, por último, admitió que la limitación de la barrera electoral suponía una restricción a la proporcionalidad; pero tal restricción la concibió como constitucionalmente lícita en la STC 75/1985, de 21 de junio. La validez constitucional de procurar, combinando incentivos y límites, que la proporcionalidad electoral sea compatible con el resultado de que la representación de los electores en las Cámaras no sea en exceso fragmentaria «es lo que justifica, en último término, el límite del 3 % impuesto por el legislador» (STC 75/1985, FJ 5).

Parece así que nuestro Tribunal Constitucional tiende a aceptar las diferentes restricciones a la proporcionalidad. Del uso de conceptos jurídicos indeterminados como «desproporción notablemente desventajosa» o «carencia de cualquier criterio objetivo o razonamiento que la justifique» podría inferirse una cierta permisividad con las diferentes restricciones a la proporcionalidad que realiza el legislador. Lo deja bien claro en la [STC 19/2011, de 3 de marzo](#) (RTC 2011, 19):

«las genéricas directrices constitucionales (...) a favor de la proporcionalidad determinan la existencia de un considerable ámbito de indefinición en cuanto al tipo de escrutinio, así como en cuanto a la regulación de otros aspectos del proceso electoral; y esta indefinición únicamente puede ser salvada mediante decisiones del legislador, y en la amplia diversidad de soluciones que éste puede adoptar no cabe apreciar sino una confirmación de la naturaleza de las normas (...) como un espacio abierto a distintas posibilidades legislativas, naturaleza que en cuanto entraña un bien valioso, lejos de resultar debilitada, ha de ser preservada y reforzada por este Tribunal» (STC 19/2011, FJ3).

## V. A MODO DE BREVES CONCLUSIONES

El sistema electoral español, como es conocido, está basado en el decreto-ley de 18 de marzo de 1977, que estableció para la elección del Congreso de los Diputados la provincia como circunscripción electoral<sup>9)</sup>. En las Cortes Constituyentes, el partido entonces hegemónico defendió la propuesta como necesaria para garantizar un gobierno estable; la propuesta fue aprobada por el otro gran partido del entonces arco parlamentario, el PSOE, aceptando tal tesis<sup>10)</sup>; no obstante, el sistema aprobado, como hemos analizado, cabe concebirse como un ejercicio de ingeniería político-electoral que podía tener como objetivo que sólo los dos grandes partidos del momento se repartieran la mayor parte de la representación. Se concedió así una sobrerrepresentación a las provincias menos pobladas, y una infrarrepresentación a las más pobladas, favoreciéndose pues a los partidos con mayor implantación en cada territorio, a la vez que se dificultaba la representación de los menores<sup>11)</sup>. Esta norma electoral estuvo en vigor hasta 1985, en que el PSOE impulsó una ley electoral que apoyaron AP (hoy PP) y CiU. Supuso en la práctica una ratificación del decreto de 1977, estando vigente en la actualidad.

En las Cortes Constituyentes también se pusieron de acuerdo los partidos mayoritarios en contener al máximo el número de componentes del Congreso de los Diputados, y ello frente a la voluntad de los dos partidos menores en ese momento –AP y PC– que postularon elevar tanto el tope mínimo como el máximo. La composición del Congreso quedó constitucionalizada en una horquilla entre 300 y 400.

La aprobación en la tercera legislatura de la [Ley Orgánica 3/87](#) sobre Financiación de Partidos Políticos constituyó el primer debate sobre la regulación de la fuente de ingresos de una de las instituciones básicas sobre la que se sustenta nuestro sistema democrático. Allí se establecieron las bases de la financiación pública y se remitió a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) la regulación de las subvenciones públicas en materia de campaña electoral. De estos debates puede derivarse un consenso entre los dos grandes partidos y ciertas reticencias expuestas por los pequeños. Del debate desarrollado con motivo de la derogación de esta ley y la consiguiente aprobación de una nueva ley orgánica de financiación de los partidos políticos, LO 8/2007, de 4 de julio, reformada a su vez por la [LO 5/2012 de 22 de octubre](#), poco cabe extraer, pues se centra en aspectos relacionados con el control de la financiación y poco se cuestiona el sistema mismo.

Por último, en 2011 todos los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados se pusieron de acuerdo para reformar la Ley Orgánica del Régimen Electoral General en un sentido muy concreto: el punto cuarenta y siete del [artículo único](#) de la [Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero](#), modifica en efecto el apartado primero del artículo 197 de la mencionada norma jurídica para impedir que un político tráfuga que promueva una moción de censura contra el Alcalde pueda ser determinante para su triunfo.

Podría entenderse que las posibilidades abiertas con la elección de la circunscripción provincial se hacían precisamente para poner freno a una posible excesiva proporcionalidad en la elección que pudiera dificultar la creación de gobiernos estables; en esa misma dirección podía entenderse que se orientaba la decisión de reducir el número de miembros del Congreso de los Diputados a una horquilla entre 300 y 400. Ello redundaría en la voluntad del constituyente por introducir elementos mayoritarios en la elección que contrapesaran no sólo el propio valor del pluralismo político, comprendido en el artículo.

También la regulación sobre la financiación a los partidos puede venir impuesta por la necesidad de asegurar la gobernabilidad y así frenar la excesiva fragmentación partidaria. Pero lo cierto es que ello ha podido contribuir a cimentar un bipartidismo hasta hace bien poco, que, como en el clásico derecho de la libre competencia, poco ha contribuido a fomentar la competencia y la salud democrática.

La última de las reformas aludidas parece no venir sino a hacer cumplir uno de los compromisos fijados entre los principales partidos políticos cuando firmaron el Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales el 7 de julio de 1998, renovado el 26 de septiembre de 2000. Aparentemente nos encontramos pues ante un acuerdo, y frente a una reforma, lógica y consecuente con nuestro modelo democrático. No obstante, la conocida fragilidad de los instrumentos de democracia interna en los partidos puede convertir la figura del concejal o del parlamentario individual en esencial. Su posibilidad de «autonomización» puede concebirse como una cierta garantía o aseguramiento del pluralismo político, así se explica precisamente la consabida jurisprudencia del TC sobre la materia (Alguacil González-Auriolo, 2011). Y así se comprende que el propio Tribunal Constitucional haya declarado inconstitucional esta regulación en su [STC 151/2017, de 21 de diciembre](#) (RTC 2017, 151); si bien lo realiza no tomando como fundamento la necesaria democracia interna de los partidos ([artículo 6 CE](#)) sino el derecho de los parlamentarios tráfugas ([artículo 23 CE](#)). Lo deja bien claro el Alto Tribunal: «la anomalía en el sistema democrático y representativo que supone el fenómeno del transfuguismo no puede intervenir por el legislador con restricciones al *ius in officium* que impacten en el ejercicio natural del cargo público al amparo de la libertad de mandato con base en razones asociadas, sin adjetivos, a la vinculación orgánica o política, sin fundamentos añadidos» (FJ 7).

Es cierto que el fomento del pluralismo político puede generar problemas de gobernabilidad no menores; podrían comprenderse ciertas restricciones a tal pluralismo como instrumentos necesarios para evitar la denominada fragmentación partidaria. Pero la pluralidad partidaria, por más que pueda generar problemas de formación de gobierno, no puede ceder siempre y en todo caso ante este valor; parece necesario lograr adecuadas ponderaciones en casos concretos. En ese sentido podría haberse movido precisamente el legislador alemán en dos ámbitos concretos, movido precisamente, como habíamos visto anteriormente, por decisiones del Tribunal Constitucional germano: son el ámbito de la financiación partidaria y el de la publicidad electoral; en el primero estableciendo un régimen de financiación pública (Ley de Partidos Políticos de 31 de enero de 1994) en el que, para determinar la cantidad de la subvención, se tiene en cuenta en primer lugar, al igual que en el orden español, los resultados electorales del partido; pero también se abre la posibilidad de valorar otros aspectos como las cantidades obtenidas por el partido en concepto de cuotas de afiliación y donaciones; en el segundo, regulando un sistema de derecho a obtención de prestaciones públicas que varía dependiendo de la importancia del partido; y para determinar la importancia del partido ha de tenerse en cuenta el número de votos obtenidos en las elecciones anteriores, pero también otros parámetros como, por ejemplo, la implantación social del partido, el número de afiliados o su participación en el Gobierno.

El legislador español no se ha movido en esta línea, y el derecho de partidos sólo ha variado algo en este sentido, precisamente a raíz del surgimiento de los dos denominados partidos emergentes; pero tal movimiento se ha limitado, como veremos, a resoluciones de Juntas electorales, por lo tanto, a nivel infralegal, y segundo, restringido a publicidad electoral. Así, la emergencia en el ordenamiento español de dos nuevas formaciones políticas que alcanzaron representación en las elecciones europeas de 24 de mayo de 2015 (Podemos y Ciudadanos) y que en las elecciones nacionales de 2015 estaban compitiendo en desigualdad de condiciones frente a los partidos hasta entonces hegemónicos, movió algo el orden jurídico partidario: la Instrucción 1/2015 de la Junta Electoral Central, de modificación de la Instrucción de la Junta Electoral Central 4/2001, de interpretación del [art. 66](#) de la LOREG, sobre la consideración como grupo político significativo en los planes de cobertura informativa de los medios públicos de comunicación, supera en cualquier caso las interpretaciones más restrictivas que cabe realizar a esta regulación. Pues en efecto, dispone que los planes de cobertura informativa deberán incluir las candidaturas de aquellas fuerzas políticas que no se presentaron a las anteriores elecciones equivalentes o no obtuvieron en ellas representación y posean la condición de grupo político significativo. Esa cobertura no podrá ser igual o superior a la dedicada a las candidaturas que lograron representación. Se reconocerá la condición de grupo político significativo a aquellas formaciones políticas concurrentes a las elecciones de que se trate que, pese a no haberse presentado a las anteriores equivalentes o no haber obtenido representación en ellas, con posterioridad, en recientes procesos electorales y en el ámbito territorial del medio de difusión, hayan obtenido un número de votos igual o superior al 5 % de los votos válidos emitidos.

El Tribunal Constitucional, por otra parte, y como hemos analizado anteriormente, ha practicado en este ámbito, en vez de un particular control sobre el legislador, justo lo contrario; una especial deferencia hacia éste. Algo que nos parece susceptible de crítica y que ha recibido en cualquier caso la censura de parte de la doctrina. Presno Linera, por ejemplo, crítica el uso que realiza nuestro supremo intérprete constitucional del concepto de proporcionalidad; no es, en su opinión, que compartimos, un mero criterio «tendencial» como afirma el Tribunal Constitucional, sino «un mandato constitucional orientado a hacer realidad, como mínimo, dos valores superiores del ordenamiento –la igualdad y el pluralismo político; el mandato del artículo 9.2– promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas– el objeto protegido por los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 23.1 y 23.3, el carácter igual del derecho del sufragio en las elecciones al Congreso garantizado por el artículo 68.1 y que la elección se verifique atendiendo a criterios de representación proporcional»

(Presno Linera, 2015, pp. 42-43).

Las carencias en la actual regulación no han sido en ningún caso censuradas por nuestro supremo intérprete constitucional. La falta de toma de conciencia de la necesidad de que este órgano adopte tal papel en el orden constitucional, unido a la propia presión de los partidos políticos para que ello no sea así, podrían explicar la situación. Es cierto que la nueva realidad política ha roto felizmente el bipartidismo y se ha generado un pluripartidismo saludable. Pero no lo es menos que ha sido necesario para ello un desarrollo democrático de más de treinta años, unido a profundas crisis económicas y políticas, y que son precisamente los partidos denominados emergentes lo que de una manera más clara pugnan por la reforma del sistema electoral, por considerarlo injusto.

Parece fuera de toda duda la lógica de lo observado por Pérez-Serrano Jáuregui al referirse a la representación política: si ésta «ha de reflejar fielmente las opiniones del País, y la justicia obliga a que cada fuerza se compute por su verdadero valor, nada tan lógico como acudir al criterio de la justicia matemática, para que cada partido logre las actas que merece, ni una más, ni una menos; para que no haya primas injustas ni a favor de la mayoría ni en pro de las minorías; para que los votos emitidos no queden sin eficacia; para que valga igual en la práctica el voto de los electores» (Pérez-Serrano Jáuregui, 1998, p. 156). No es de extrañar, pues, que haya cada vez más voces –y ya no sólo monopolizadas por los partidos nuevos– que se alcen en favor de una reforma constitucional en la materia. Que debiera orientarse a mejorar la representatividad en el orden constitucional español, cuando menos centrada en la reforma de la circunscripción electoral y en una apertura de la financiación de los partidos, tanto la general como la proyectada en la publicidad electoral, a dar cobertura o al menos a no poner obstáculos a la libre formación de nuevas formaciones partidarias y así al fomento del pluralismo.

## BIBLIOGRAFÍA

Alguacil González-Aurioles, J. (2011). De nuevo sobre el poder y los controles a los partidos políticos. A propósito de la reciente reforma de la LOREG sobre mociones de censura en el ámbito municipal. *Revista General de Derecho Constitucional*, 12

Alguacil González-Aurioles, J. (2014). *Estado de partidos: participación y representación*. Madrid: Marcial Pons.

Alguacil González-Aurioles, J. (2018). Sobre la democracia de partidos y su necesaria proyección en la Unión Europea. *Revista de Derecho constitucional europeo*, 28.

Alzaga Villaamil, O. (1989). I rapporti tra Capo dello Stato, Governo e Parlamento. En Rolla, G. (ed.), *X aniversario della Costituzione spagnola: bilancio, problema, prospettive*. Siena: Centro Stampa della Facoltà di Scienze Economiche e Bancarie.

Alzaga Villaamil, O. (2002-2003). Sobre la composición del Tribunal Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 10-11, 149-180.

Alzaga Villaamil, O. (2018). Estudio-Propuesta para una nueva ley electoral española. En Alzaga Villaamil, O. (ed.), *Sociedad democrática y Constitución (Estudios y cabos sueltos)*. Madrid: Marcial Pons. Fundación Concordia y Cultura.

Blanco Valdés, R. (1997). ¿Reformar el sistema electoral o reformar los partidos? En Ruiz-Rico, G. y Gambino, S. (eds.), *Formas de gobierno y sistemas electorales* (pp. 251-231). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2016). *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*. Navarra: Thomson Reuters. Aranzadi.

Castellá Andreu, J.M. (1989). *Constitución española. Trabajos parlamentarios*. Madrid: Publicaciones de las Cortes Generales.

Castellá Andreu, J.M. (2014). Las enseñanzas del tiempo transcurrido, o de cómo la democracia representativa sigue siendo imprescindible. En Gutiérrez Gutiérrez, I. (coord.), *La democracia indignada. Tensiones entre voluntad popular y representación política* (pp. 143-157). Granada: Comares.

Fernández Vivas, Y. (2007). *Igualdad y partidos políticos. Análisis constitucional y comparado de la igualdad de oportunidades de los partidos políticos*. Madrid: Congreso de los Diputados.

Fernández Vivas, Y. (2017). La exclusión indirecta de partidos: el trato desigual. En Gutiérrez Gutiérrez, I. (coord.), *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*. Madrid: Marcial Pons.

Fernández-Miranda Campoamor, A. (2009). Sobre la reforma electoral. En Rubio Llorente, F. y Biglino Campos, P., *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

García-Pelayo Alonso, M. (1981). El status del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho constitucional*, 1.

García-Pelayo Alonso, M. (1986). *Estado de partidos*. Madrid: Alianza.

Gimeno Sendra, V. (2016). *Justicia y Política*, Lección Inaugural UNED Curso 2016-2017. recuperado de [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/SERVICIOSGENERALES/GABINETE/NOTICIAS%20WEB/NOTICIAS%20GABINETE%20OCTUBRE](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/SERVICIOSGENERALES/GABINETE/NOTICIAS%20WEB/NOTICIAS%20GABINETE%20OCTUBRE)

Grimm, D. (2001). Los partidos políticos. En Benda et al., *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Häberle, P. (1967). Unmittelbare staatliche Parteifinanzierung unter dem Grundgesetz. *JuS*.

Hesse, K. (1958). Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien in modernen Staat. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 17

Hesse, K. (1998). Estadios en la historia de la Jurisdicción constitucional alemana. *Teoría y Realidad Constitucional*, 1, 99-122.

Leipholz, H. (1957). Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*.

Limbach, J. (1999). Papel y poder del Tribunal Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 4, 93-126.

Matía Portilla, J. (2014). Sobre la adscripción partidaria de los magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso. *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 235-268.

Morlok, M. (2003). Parteienrecht als Wettbewerbsrecht. En Häberle, P., Morlok, M. y Skouris, V. (Hrsg), *Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos. Zum 70 Geburtstag am 5. Mai 2003*. Baden-Baden: Nomos.

Morlok, M. (2005). Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Parteienwettbewerbs. *NVwZ*, Heft 2.

Morlok, M. (2015). Artikel 21 Parteien. En Dreier, H. (Hrsg), *Grundgesetz Kommentar* 3 Auflage: Band II, Mohr Siebek.

Morlok, M., Pogunke, T. y Zons, G. (eds.) (2016). *Etablierungschancen neuer Parteien*. Nomos.

Morodo Leoncio, R. (1979). Partidos y democracia: los partidos políticos en la Constitución española. En Morodo, L., Cotarelo R. y Linde, E. (eds.), *Los partidos políticos en España*. Barcelona: Labor.

Pérez-Serrano Jáuregui, N. (1998). Artículo 68. El Congreso de los Diputados. En Alzaga Villaamil, O. (ed.), *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo VI. Artículos 66 a 80*. Madrid: Cortes Generales-Edersa.

Presno Linera, M. (2003). *El derecho de voto*. Madrid: Tecnos.

Presno Linera, M. (2015). Régimen electoral («maquiavélico») y sistema de partidos (con sesgo mayoritario). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, 13-48.

Salvador Martínez, M. (2018). Los partidos políticos como instrumento de participación y su estatuto constitucional. En Morán Martín, M. (dir.), *Participación y exclusión política. Causas, mecanismos y consecuencias* (pp. 329-354). Valencia: Tirant lo Blanch.

Triepel, H. (1976). Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. En Häberle, P (ed), *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

---

## FOOTNOTES

---

1

La teorización más clásica y certera de la naturaleza de los partidos sigue correspondiendo, nos parece, al gran maestro de Derecho Público alemán de la segunda mitad del pasado siglo, coincidente pues con el nacimiento y sobre todo desarrollo de la Ley Fundamental de Bonn. Para K. Hesse, el Derecho de partidos debe estar moldeado por tres principios (Hesse, 1958): la Libertad ( *Freiheit* ), la Igualdad ( *Gleichheit* ) y la Publicidad ( *Öffentlichkeit* ). A estos tres principios, como es conocido, es el propio Peter Häberle, discípulo de K.Hesse, el que en el marco del análisis de la financiación de los partidos, añade el de la Democracia Interna ( *Interne Demokratie* ), (Häberle 1967, pp. 71 y ss). M. Morlok, colaborador a su vez de Häberle, discípulo del gran teórico del Derecho de partidos, D. Tsatsos, conceptualiza los cuatro principios perfectamente en Morlok (2015, pp. 349-419).

2

Precisamente por ello, el Congreso anual que celebra el Instituto de Partidos la Universidad de Düsseldorf dirigido por el Prof. Morlok, se dedicó en 2015 analizar de manera monográfica las posibilidades de creación y surgimiento de nuevos partidos en nuestras democracias. Fruto del mismo, (Morlok, Pogunkte y Zons, 2016).

3

En los distritos de Ceuta y Melilla es un sistema mayoritario puro. En las circunscripciones pequeñas -que son importantes en número- surte efectos de sistema mayoritario con representación de la primera minoría. Sólo en los distritos mayores cabe la representación de otras minorías, sólo en las provincias de Madrid y Barcelona se alcanza la representación proporcional pura.

4

En el supuesto español, por ejemplo, la Comisión Nacional de la Competencia tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios. Ejercerá sus funciones en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos. Realiza funciones de supervisión, arbitraje, adoptar medidas y decisiones para aplicar los mecanismos de cooperación, promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, etc. Todas sus funciones se encuentran reguladas en el [artículo 5](#) de la [Ley 3/2013, de 4 de junio](#).

5

Sobre el prestigio y el valor de este tribunal nos parece muy interesante la lectura de las reflexiones de uno de sus Presidentes más ilustres y a su vez catedrático de Derecho Público, (Hesse, 1998, pp. 99-122). Cfr. también el valor de este tribunal y su función integradora en Limbach (1999, pp. 93-216).

6

El régimen de financiación pública del Derecho alemán, en efecto, sufre una primera modulación importante con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19 de julio de 1966, BVerfGE 20, 56; al entender que los partidos eran órganos encargados de la formación de la voluntad popular, debían asumir autonomía e independencia respecto del Estado y en consecuencia debían obtener sus ingresos principalmente de la Sociedad. Como consecuencia de esta decisión, el legislador alemán aprobó la Ley de Partidos Políticos de 24 de julio de 1967. Esta nueva regulación se modula por una nueva Ley de Partidos de 1983, que prevé un denominado «sistema de compensación de oportunidades». Pero es de nuevo la Sentencia de este Tribunal de 9 de abril de 1992, BVerfGE 85, 264, la que viene a diseñar un nuevo modelo de financiación en el que el Estado puede financiar a los partidos políticos, declarando inconstitucional este modelo de compensación y obligando al legislador alemán a que en el plazo de un año modificara la ley, al efecto de contemplar un modelo mixto de financiación, que es lo que realiza la ley de partidos vigente, de 1994. También en materia de publicidad electoral la actuación del Tribunal Constitucional Federal ha sido decisiva; baste destacar las sentencias BVerfGE 7, 99(104), de 3 de septiembre de 1957, pero sobre todo la decisiva BVerfGE 14, 121, Cfr. Fernández Vivas (2007, pp. 66-72 y 89-95)

7

La necesaria jurificación del conflicto político a través de su sumisión a un procedimiento objetivo y racional, en cualquier caso, no debe ocultar la específica diferenciación entre política y derecho y entre los conflictos existentes en su seno. Mientras que las decisiones políticas son dinámicas e irracionales, el

derecho es estático y racional. El conflicto en definitiva entre existencialidad y normatividad, entre naturaleza y razón impone límites a la actuación de la jurisdicción constitucional, Leibholz (1957, pp. 120-137).

---

8

La razón del recurso hemos de encontrarlo en la discriminación existente, a juicio de los recurrentes, entre las circunscripciones de Ibiza y Menorca: ambas tienen igual número de escaños pero Menorca goza de mucho menos población; esto se estima que es contrario al [artículo 14](#) [CE](#) en relación con el 23 CE.

---

9

Es cierto que esta opción vino unida a la introducción de un sistema de garantías electorales muy notable, que nos alejaba claramente de supuestos de infausto recuerdo de nuestra pasada historia constitucional. Y que estas garantías traían causa de los impulsos del movimiento democrático del momento, y muy especialmente del Informe que solicitó a comienzos de 1974 Juan Antonio Ortega Díaz Ambrona, a la sazón director del Instituto de Estudios Administrativos, organismo que dependía del Ministerio de Presidencia del Gobierno, al Profesor Óscar Alzaga Villamil, a la sazón, Profesor Agregado de Derecho constitucional y líder del Partido Social Popular (en la oposición al franquismo), sobre las garantías que debía reunir una [Ley Electoral](#) para que la oposición democrática aceptara concurrir a unas posibles futuras elecciones libres (Alzaga Villamil, 2018, pp. 161 – 206). Pero la opción de consolidar la decisión de hacer de la provincia la circunscripción electoral, cuestión que no se preguntó a la oposición democrática, no al menos en el informe anteriormente referido, responde a unos motivos diversos. Los expone con toda claridad el propio Prof. Alzaga (1989): «el encargo político real consistía en formular una ley a través de la cual el Gobierno pudiese obtener mayoría absoluta. Puesto que los sondeos preelectorales concedían a la futura Unión de Centro democrático un 36-37 por 100 de los votos, se buscó hacer una ley en la que la mayoría absoluta pudiese conseguirse con alrededor del 36-37 por 100. Y con un mecanismo que en parte favorecía a las zonas rurales, donde en las proyecciones preelectorales UCD era predominantemente fuerte frente a las zonas industriales, en las que era mayor la incidencia del voto favorable al Partido Socialista» (pp. 127-128).

---

10

La propuesta inicial de UCD, como es sabido, era no constitucionalizar la circunscripción electoral, cfr. la intervención del diputado Alzaga (1989, vol. I, pp. 1240-1243); y así se reflejó en el Anteproyecto de Constitución. En el Proyecto de Constitución se incluye como circunscripción electoral la provincia y la asunción del sistema electoral proporcional en cada circunscripción. El cambio de criterio lo vuelve a defender Alzaga (1989, pp. 2232-2236). El diputado Peces-Barba, portavoz del PSOE, defiende también la inclusión de la provincia como circunscripción electoral (Alzaga, 1989, pp. 1787-1788). El diputado Solé Tura, por la minoría comunista, manifiesta sus reservas; no se queja «de la introducción en el texto constitucional de criterios proporcionales, sino de que esos criterios proporcionales se queden a mitad de camino» (Alzaga, 1989, p. 2236).

---

11

Como es conocido, en las Cortes Constituyentes, UCD se inclinaba por no constitucionalizar la fórmula electoral y dejar su regulación a una ley posterior. El Anteproyecto de Constitución nada dice al respecto. El PSOE insistía en que el sistema electoral fuese plasmado en la Constitución como garantía frente a la mayoría en el poder: temía que, en otro caso, UCD terminara haciendo aprobar una ley electoral que le fuese todavía más favorable. Como es conocido, en la construcción de consensos fraguados principalmente entre Fernando Abril Martorell (UCD) y Alfonso Guerra (PSOE), se integraron dos aspectos planteados hasta entonces como antitéticos: la circunscripción provincial y el criterio proporcional. El compromiso se alcanza pues con la aceptación por parte de UCD de una explícita mención al principio de proporcionalidad en el artículo 68, a cambio de que el PSOE aceptase la constitucionalización de la provincia como circunscripción electoral. Peces Barba, en nombre del PSOE, intenta explicar la aceptación y constitucionalización de la circunscripción provincial. Solé Tura presenta su disconformidad y presenta una enmienda.

---

.

Este trabajo se inserta dentro del Proyecto «Partidos políticos: origen, función y revisión de su estatuto constitucional» (DER 2017-84733-R), cuyas investigadoras principales son las Prof. Dras D.ª María Salvador Martínez y D.ª Remedios Morán Martínez