

La defensa de la democracia en Alemania Federal

Teodoro Ribera Neumann

I. *Introducción*

UNO DE LOS ELEMENTOS más característicos de la institucionalidad consagrada en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de fecha 23 de mayo de 1949, lo constituye la concepción de la defensa de la democracia. El pueblo alemán —duramente castigado por las dos Guerras Mundiales, la dictadura nacionalsocialista y la división de Alemania— ha extraído conclusiones de las experiencias vividas; y ha resuelto con decisión uno de los problemas más difíciles de la democracia occidental: Que la libertad y los derechos e instrumentos consagrados o reconocidos por la democracia se utilicen para destruir la democracia y la libertad.

II. *La defensa de la democracia en la República de Weimar*

El origen de la concepción de la defensa de la democracia en Alemania Federal está íntimamente ligado a los acontecimientos históricos de la República de Weimar¹ y del régimen nacionalsocialista.

1 Por "República de Weimar" se entiende el período histórico en Alemania posterior a la Primera Guerra Mundial (1918) y anterior a la conquista del poder por parte de Adolf Hitler (1933). Este período recibe la denominación "República de Weimar", pues su constitución sería aprobada por una Asamblea Nacional reunida en la localidad de Weimar.

Durante la República de Weimar sostuvo la doctrina jurídica alemana que dentro de los límites consagrados por la constitución para el actuar político, toda finalidad era lícita mientras se mantuvieran las formalidades establecidas. Se sostenía, además, que la Constitución era una simple reglamentación de la génesis y del ejercicio del poder, una forma política abierta, sin elementos esenciales e inmodificables². El principal comentarista de la Constitución de Weimar, Anschütz, indicaba que toda reforma a la Ley Fundamental era válida, "sin distinción del contenido o de las consecuencias políticas de la misma"³. Opiniones similares sostenían otros importantes profesores de Derecho, tales como Friedrich Giese, Hans Kelsen, Gustav Radbruch y Richard Thoma⁴. Esta doctrina rechazaba así que una Constitución tuviera determinados principios, valores o técnicas sociales inmodificables para permitir la existencia y subsistencia de la república democrática como tal. Mediante reformas constitucionales era, por tanto, posible transformar la república en una monarquía y la democracia en una tiranía. Como consecuencia de este relativismo valórico, se permitían todo tipo de acciones no importando la finalidad perseguida, mientras se subordinaran formalmente a la legalidad vigente. Ilícitos eran sólo los medios utilizados en cuanto se apartaran de lo constitucionalmente consagrado aunque las finalidades pudieran ser eliminar el sistema constitucional democrático y el establecimiento de una tiranía. Esta posición se refleja claramente en la opinión de Heinrich Gerland que, en 1931, indicaba:

"Dado que la actividad política tiene por objeto la modificación del Derecho, aun cuando parezca paradójico, no debe existir jamás una meta política ilegal. Los llamados partidos golpistas son tales por la ilegalidad de sus medios, mas no por las metas a que aspiran"⁵.

2 Así Hermann Heller, *Freiheit und Form der Verfassung*, publicado en: Hermann HELLER, *Gesammelte Schriften*, A.W. Sitthoff, Lenden 1971, t. III, p. 377.

3 Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin 1933, 14. edición, p. 402 y ss.

4 Al respecto véanse: Friedrich GIESE, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, Berlin 1931, 8. edición, p. 190; Hans KELSEN, *Von Wesen und Wert der Demokratie*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1929, 2. edición, p. 98; Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 1932, 3. edición, introducción; Richard Thoma en Gerhard ANSCHÜTZ y Richard THOMA, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen 1932, t. II, p. 154.

5 Heinrich GERLAND, *Der Rechtsschutz gegen politische Unerhrlichkeit*, Verlag Otto Liebmann, Berlin 1931, p. 12 y ss.

Esta posición jurídica contribuyó considerablemente a la destrucción de la democracia de Weimar, pues permitió que participaran en el sistema democrático y gozaran de sus derechos y libertades partidos y movimientos que no ocultaron jamás su carácter totalitario. Adolf Hitler indicaría con claridad, en 1930, cómo pensaban ellos utilizar la vía constitucional para conquistar el poder y llevar a cabo su "revolución legal" señalando:

"El movimiento nacionalsocialista tratará en este Estado de lograr sus finalidades con los instrumentos constitucionales. La Constitución sólo nos indica los métodos, mas no las metas. Nosotros trataremos de lograr por la senda constitucional las mayorías determinantes de los órganos legislativos y, en el instante en que logremos esto, vaciaremos el Estado en la forma que responda a nuestro pensamiento"⁶.

A pesar que era por todos conocido cómo pensaban los nacionalsocialistas y los comunistas estructurar su "nuevo Estado", los demócratas presenciaron impávidos cómo la república democrática era lentamente destruida. Esta postura no era sino una consecuencia del carácter neutral que la propia democracia proclamaba como uno de sus elementos más esenciales. Es más; frente a la posibilidad de recurrir a ciertos instrumentos constitucionales para defender la democracia frente a las fuerzas totalitarias, se levantaron duras críticas. Hans Kelsen, basándose en que el relativismo era la visión del mundo (*Weltanschauung*) que presuponia un pensamiento democrático⁷, indicó que el sólo plantearse la pregunta, si es que era posible que la democracia pudiera protegerse contra un pueblo que no la desea y que sólo busca su destrucción, significaba negar la democracia.

"Una democracia que se sostiene contra la voluntad del pueblo —manifestaría Kelsen— incluso que busca mantenerse por la fuerza, ha dejado de ser una democracia. El gobierno del pueblo no puede mantenerse contra el pueblo y quien esté por la democracia, no puede tampoco tratar de salvarla recurriendo a la dictadura. Se debe ser fiel a la bandera, aun cuando el barco se hunda y se debe tener en la profundidad la esperanza, que el

6 Así las declaraciones de Adolf Hitler ante la IV Sala en lo Penal en el Tribunal del Reich, en la ciudad de Leipzig, el 25.09.1930. Texto publicado por Michael KREKEL, *Der revolutionäre Weg der NSDAP zur Macht*, en: Konrad Adenauer Stiftung (editores), *Eichholz Briefe* 1/1983, p. 23.

7 KELSEN, *Von Wesen und Wert der Demokratie*, ob. cit., p. 36.

ideal de la libertad es indestructible y que, mientras más profundo haya caído, con mayor pasión volverá a revivir”⁸.

Los importantes aumentos electorales del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán y del Partido Comunista Alemán transformaron absolutamente el aspecto político e hicieron que Weimar fuera una democracia sin demócratas. Sería el relativismo valórico, y su inercia ante el totalitarismo, el que permitiría que Adolf Hitler asumiera legalmente al poder en 1933, al sentar las bases doctrinarias para el suicidio de una democracia.

III. *El replanteamiento intelectual*

La neutralidad valórica de Weimar y la consiguiente indiferencia frente a los grupos totalitarios fueron los aspectos centrales que los demócratas alemanes debieron de replantearse luego que el nacional-socialismo llegara por la vía constitucional al poder, destruyera la democracia e instaurara su “Führerstaat”.

Así es como Karl Loewenstein escribe, ya en 1937, el artículo titulado: “Militant democracy and fundamental rights”⁹, en el cual se preocupa de la defensa de la democracia frente al fascismo. Loewenstein manifiesta que los Estados democráticos constitucionales no sólo tienen el derecho sino, también, el deber de suspender ciertos derechos constitucionales, de prohibir los grupos paramilitares y los partidos antidemocráticos para salvaguardar el sistema democrático. El principal obstáculo para la defensa de la democracia lo ve Loewenstein en la propia “democracia fundamentalista”, ya que ésta manifiesta una clara “auto-complacencia legalista y una letargia suicida”¹⁰. Considerando esto es que el autor, objeto de estudio, plantea la necesidad de redefinir la democracia, debiéndose considerar que ésta tiene por finalidad la dignidad humana y la libertad¹¹.

8 Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie*, en: Hans Kelsen, *Demokratie und Sozialismus, Ausgewählte Aufsätze*, Verlag der Wiener Volkshandlung, Viena 1967, p. 68.

9 Karl Loewenstein, *Militant democracy and fundamental rights*, en: *The American Political Science Review*, vol. XXXI, 1937, p. 417-432; 638-658.

10 Loewenstein, art. cit., p. 430. Con la expresión “democracia fundamentalista” caracteriza Loewenstein a aquella concepción democrática que concibe el ejercicio de la soberanía por parte de la mayoría como el uso de los derechos fundamentales en forma ilimitada; por lo que toda limitación a estas bases se concibe como un retroceso en el proceso de democratización.

11 Loewenstein, art. cit., p. 657.

Una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, plantea Loewenstein, en su libro: "Political Power and the Governmental Process"¹², lo que él considera el gran dilema de la democracia contemporánea: Defenderse del marxismo u observar su suicidio o destrucción. El autor manifiesta, además, que mientras existió unidad en cuanto a las bases espirituales de la democracia, pudo llevarse a cabo un libre combate de las ideas. La irrupción del totalitarismo vino, sin embargo, a destruir el sustrato indispensable de una democracia, al utilizar los grupos totalitarios los instrumentos democráticos como implementos para asumir el poder y para destruir la institucionalidad democrática¹³. La democracia debe, por tanto, recibir militancia y, reconociendo que entre sus elementos esenciales está el respeto a la minoría y a los derechos fundamentales del ser humano defenderse contra las fuerzas totalitarias.

Karl Mannheim, que como otros debió emigrar de Alemania para salvaguardar su integridad, plantea, en su obra: "Diagnóstico de nuestro tiempo. Pensamientos de un sociólogo", el problema del totalitarismo para la democracia y el rol de la educación. Mannheim critica abiertamente el sistema liberal por dejar éste las grandes decisiones de la vida social y económica sujetas a la pura casualidad¹⁴. Al respecto manifiesta:

"El *laissez-faire* del liberalismo confundía tolerancia con neutralidad. Y, sin embargo, ni la tolerancia democrática ni la objetividad científica tienen por objeto que nosotros debamos rehusar responder por aquello que consideramos verdadero o que debamos evitar discutir los valores finales de la vida. (. . .) Este comportamiento indiferente llega en nuestra democracia moderna tan lejos, que por pura casualidad hemos dejado de creer que las soluciones pacíficas son necesarias, que la libertad debe ser salvada y que el control democrático es una condición esencial para su mantención.

Para sobrevivir debe ser nuestra democracia, una democracia combativa"¹⁵.

12 Publicado también en español como "Teoría de la Constitución", y en alemán como "Verfassungslehre". La 1a. edición inglesa es del año 1957.

13 Karl LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1969, p. 348.

14 Karl MANNHEIM, *Diagnose unserer Zeit. Gedanken eines Soziologen*, Europa Verlag A.G., Zürich 1951, p. 17.

15 MANNHEIM, *loc. cit.*

La democracia combativa¹⁶ que, según Mannheim, es el "tercer camino" para evitar la destrucción del sistema valórico por el *laissez-faire* y el totalitarismo¹⁷, se caracteriza por defender ciertas "técnicas sociales"¹⁸ de formación del comportamiento humano como al igual los valores esenciales mutuamente acordados, tales como la fraternidad, la ayuda mutua, la justicia social, la libertad, la decencia y el honor humano. Karl Mannheim señala que la democracia combativa debe desarrollar una nueva posición frente a los conceptos fundamentales de la sociedad occidental amenazada por la autodesintegración y la sociedad totalitaria. Esta nueva democracia, indica Mannheim, "se diferenciará de la anterior sociedad relativista del *laissez-faire*, dado que ha de tener la valentía de lograr la unidad sobre determinados valores fundamentales que cada cual puede hacer como propios y que pertenezcan a la tradición de la civilización occidental"¹⁹.

En el libro "The open society and his enemies"²⁰, plantea Karl R. Popper los peligros de la sociedad abierta, vale decir, aquella en que los individuos pueden decidir personalmente sus destinos²¹.

Para el autor "ningún poder político ha existido jamás sin un control y mientras los hombres sean tales (...) no podrá existir un poder político absoluto e ilimitado"²². Popper critica la postura excesivamente ingenua en torno al liberalismo, a la democracia; como también en lo que respecta al principio que la mayoría decide, planteando el problema de la "paradoja de la libertad"²³; vale decir, el hecho que para lograr una mayor libertad se eliminen los controles o se limiten éstos de manera tal que hagan posible que determinados individuos puedan hacerse del poder y

16 Sobre el concepto de "democracia combativa" véase bajo el número IV de este trabajo.

17 MANNHEIM, ob. cit., p. 42.

18 Por "técnicas sociales" entiende MANNHEIM, ob. cit., p. 10, "la suma de los métodos que tienen por finalidad influir en el comportamiento humano y que, una vez en poder de un gobierno, resultan un poderoso instrumento de control social".

19 MANNHEIM, ob. cit., p. 18.

20 Publicado en inglés por Routledge & Kegan Paul Ltd., Londres 1944. Traducido al español por Rodríguez Bustamante, fue publicado por Editorial Paidós, Buenos Aires 1957, bajo el título: "La sociedad abierta y sus enemigos". Para la elaboración de este acápite se utilizó la edición alemana. Al respecto, Karl R. POPPER, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Berna 1957, 2. edición, 1970.

21 POPPER, ob. cit., t. I, p. 233.

22 POPPER, ob. cit., t. I, p. 171.

23 POPPER, ob. cit., t. I, p. 173.

esclavizar a los ciudadanos²⁴. Karl R. Popper se refiere también a la paradoja de la tolerancia y a la paradoja de la democracia, entendiendo por esta última el hecho que la mayoría de los componentes de una democracia puedan optar voluntariamente por la tiranía²⁵. Popper manifiesta que deben considerarse como parte de la teoría democrática los diversos métodos para el control democrático y no indicar solamente que la democracia es el gobierno de la mayoría. “El principio de la política democrática consiste –opina Popper– en la decisión de crear, desarrollar y proteger las instituciones que hacen imposible el advenimiento de la tiranía”²⁶.

Refiriéndose a la “paradoja de la tolerancia”, señala:

“La tolerancia ilimitada lleva irremediabilmente a la desaparición de la tolerancia, pues si nosotros ampliamos la tolerancia absoluta a aquéllos que son intolerantes, serán los tolerantes exterminados y con ellos la tolerancia (. . .). Nosotros debemos, por tanto, en nombre de la tolerancia, reivindicar para nosotros el derecho de no tolerar a los intolerantes. Debemos hacer valer, que todo movimiento que predique la intolerancia se ubica fuera de la ley y debemos exhortar que todo llamado a la intolerancia y a la persecución se trate como delito, tal como lo es el asesinato, el robo o el restablecimiento de la esclavitud”²⁷.

Para Popper, el tolerar a los tolerantes no excluye a aquéllos que critican la democracia. Quien critica el sistema democrático no es un enemigo de la democracia, debiéndose, eso sí, diferenciar si la crítica busca la subsistencia o la abolición de la democracia²⁸.

IV. La democracia combativa o militante: Conceptos

En la República Federal de Alemania se utilizan una serie de denominaciones para referirse a aquella forma de democracia que se considera a sí misma con el derecho y con el deber de defenderse de sus enemigos y

24 POPPER, *ob. cit.*, t. I, p. 359.

25 POPPER, *ob. cit.*, t. I, p. 360.

26 POPPER, *ob. cit.*, t. I, p. 175.

27 POPPER, *ob. cit.*, t. I, p. 359.

28 POPPER, *ob. cit.*, t. I, p. 254.

de evitar su destrucción. A esta concepción de la democracia se la denomina "abwehrbereite Demokratie", "wehrhafte Demokratie" y / o "streitbare Demokratie", existiendo entre estos términos diferentes matices en torno a la defensa de la democracia. "Abwehrbereite Demokratie" implica una democracia en estado de alerta, una democracia lista para defenderse de aquéllos que pretenden destruirla. "Wehrhafte Demokratie" significa una democracia armada, con capacidad de defensa. El concepto más generalizado en el lenguaje jurídico alemán es el utilizado por el Tribunal Constitucional Federal en sus primeros fallos, tal es el de "streitbare Demokratie" (democracia combativa). Aun cuando este concepto lleva imbuida una cierta agresividad, el Tribunal Constitucional Federal ha sido sumamente cauto en esta materia. En la "resolución sobre extremistas", de fecha 22.05.1975, el Tribunal abandonó el monopolio que detentaba la expresión "streitbare Demokratie" y utilizó, además, el concepto de "wehrhafte Demokratie", simbolizando, quizás, que la finalidad de esta concepción democrática no es imponer a sus enemigos sus postulados, sino sólo la defensa de la misma ²⁹.

Uno de los inspiradores de la concepción de la defensa de la democracia la denominó en inglés "militant democracy" ³⁰, siendo la expresión "militante Demokratie" la utilizada por ciertos autores alemanes de preguerra ³¹. El concepto de "democracia militante" implica un reconocimiento a ciertos valores fundamentales para la existencia y subsistencia de la democracia; a los cuales se adhiere o milita en forma irrestricta, no transando sobre su contenido y tomando las medidas para evitar su destrucción. La expresión "democracia combativa" se ha decidido utilizar en este trabajo junto a la de "democracia militante", por versar lo mismo sobre la defensa de la democracia en Alemania Federal. Con todo, prefiere el autor el de "democracia militante" por revestir una mayor claridad en cuanto a la esencia de este enfoque democrático ³².

29 Decisión del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsentscheidung), t. 39, p. 334. En adelante a citarse como BVerfGE 39,334.

30 LOEWENSTEIN, Militant democracy, ob. cit.

31 Cfr. Hella MANDT, Demokratie und Toleranz, en: Peter Haungs (editor), Res Publica, Studien zum Verfassungswesen, Dolf Sternberger zum 70. Geburtstag, Wilhelm Fink Verlag, München 1977, p. 235, nota 8.

32 Al respecto, véase, en forma más extensa, Teodoro Ribera, Alcances y finalidad del art. 8 de la Constitución Política del 80, Centro de Estudios Públicos, Documento de Trabajo Nr. 31, Santiago de Chile 1984, p. 4, como también Teodoro RIBERA, La democracia militante o combativa en Alemania - Un análisis histórico-jurídico -, Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Santiago 1985, (en prensa).

V. *El orden fundamental de libertad y democracia*

En la República Federal de Alemania no se refirió el constituyente a su forma de gobierno con la palabra "democracia", sino que utilizó la expresión "orden fundamental de libertad y democracia" (*freiheitliche demokratische Grundordnung*). Se pretende así diferenciar a esta democracia de toda otra que, catalogándose como tal, no reúna los elementos esenciales de una democracia liberal o burguesa³³. El Tribunal Constitucional Federal fue el encargado de aclarar la expresión antes aludida ante la falta de una definición constitucional o legal. El Tribunal indicó que el orden fundamental de libertad y democracia es un Estado de Derecho que se basa en la autodeterminación del pueblo, de acuerdo a la voluntad de la respectiva mayoría, en los principios de la libertad e igualdad y en la exclusión de todo tipo de dominación fundada en la fuerza o en la arbitrariedad. Para el Tribunal Constitucional, el orden fundamental de libertad y democracia tiene como elementos esenciales, a lo menos, el respeto a los derechos humanos consagrados en la Ley Fundamental y, muy especialmente, el derecho a la vida y al libre desarrollo de la persona humana, la soberanía del pueblo, la división de los poderes, la responsabilidad de los gobernantes, la legalidad de la administración, la independencia de los tribunales, el sistema pluripartidista y la igualdad de todos los grupos para formar y desarrollar una oposición³⁴. Este concepto de democracia, al reconocer al ser humano y su dignidad como valor supremo, y su libertad como ineludible, pretende ser, por sobre todo, lo contrario al Estado totalitario³⁵. Como indica Dürig, el concepto de orden fundamental de libertad y democracia se deriva precisamente de aquello que no se desea, siendo tal lo existente con "anterioridad" (régimen nacionalsocialista), como lo vigente "al otro lado" (en la República Democrática de Alemania)³⁶.

En base a que la democracia no es sólo un sistema de generación pacífica del poder, carente de una postura definida frente al ser humano y a la sociedad, sino que está constituida por valores, principios y técnicas

33 Esta expresión se utiliza en la Ley Fundamental en los artículos 10(2), 11(2), 18, 21(2), 73 Nr. 10, 87a(4) y 91(1).

34 BVerfGE 2,1(12).

35 Así Walter SCHMITT-GLAESER, *Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten*, en: Erhard DENNINGER (editor), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M. 1977, t. I, p. 1.

36 Günter DURIG en: Theodor MAUNZ, Günter DURIG y otros, *Grundgesetz Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München septiembre 1983, Art. 18, nota marginal 49 y 50.

sociales, sin las cuales la democracia no existe y no subsiste, es que se toman los resguardos necesarios para impedir su destrucción. La democracia combativa o militante es, por tanto, consecuencia del carácter valórico que se le atribuye a la democracia ³⁷.

VI. Consagración constitucional de la democracia militante

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania contiene una serie de disposiciones tendientes a salvaguardar el orden fundamental de libertad y democracia. Estos mecanismos constitucionales están constituidos principalmente por la irreformabilidad de las bases del sistema democrático alemán (art. 79 inc. 3); la limitación de ciertos derechos constitucionales cuando se utilizan abusivamente para destruir la democracia por parte de individuos (art. 18); la disolución de los partidos políticos cuando tiendan a atentar contra el orden fundamental (art. 21 inc. 2); y la exigencia de fidelidad constitucional a los funcionarios públicos (art. 33 inc. 4).

El constituyente alemán estableció la inmodificabilidad de ciertos preceptos constitucionales en cuanto se tienda a eliminar el contenido de los mismos, para evitar así que por la vía constitucional se pudiera destruir el sistema democrático consagrado. El art. 79 inc. 3, Ley Fundamental (LF) prescribe:

“Es inadmisibles toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Länder o al principio de la cooperación de los Länder en la legislación o los principios consignados en los artículos 1 y 20”.

Mientras el art. 1 LF se refiere a la intangibilidad de la dignidad humana y a los derechos inherentes a la persona humana, el art. 20 LF indica que la República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social. El hecho que el constituyente contemplara, en el art. 79, inc. 3 LF, la inmodificabilidad de ciertos principios fundamentales, entre los cuales cabe mencionar el sistema democrático de gobierno, es una respuesta a los acontecimientos que permitieron a Adolf Hitler asumir constitucionalmente el poder e instaurar el régimen nacional-

³⁷ Cfr. Eckard BULLA, Die Lehre von der streitbaren Demokratie, Archiv des öffentlichen Rechts 1973, p. 350 y ss.

socialista. Este precepto es, además, consecuencia lógica de las demás medidas destinadas a proteger la democracia. Sería un contrasentido si por una parte se sancionaran a personas y partidos políticos por sus conductas antidemocráticas; y, por otra, se diera la posibilidad de socabar el régimen democrático mediante métodos constitucionales o legales.

También, respecto a los funcionarios públicos se toman las medidas del caso para impedir que éstos utilicen sus cargos para destruir la república democrática. La Ley Fundamental, siguiendo la tradición alemana, contempló el vínculo de fidelidad exigido a los funcionarios públicos, en el art. 33 inc. 4, que indica:

“El ejercicio con carácter permanente de funciones de soberanía será confiado, por regla general, a funcionarios del servicio público sometidos a normas de servicio y lealtad con carácter de derecho público”.

En base a este precepto constitucional, el Canciller Konrad Adenauer, dictó el 19.09.1950, un decreto por el cual reglamentó la exigencia de fidelidad de los funcionarios públicos. Se indicó que a los servidores públicos les estaba prohibida toda participación, acción o ayuda en o hacia organizaciones que perseguían fines inconstitucionales, enumerándose en forma no taxativa trece organizaciones de extrema izquierda y de corte nacionalsocialista³⁸. Esta normativa, aceptada en su época como indispensable para evitar un resurgimiento del nacionalsocialismo y un avance del marxismo-leninismo, produjo una gran discusión al reglamentar los Ministros-Presidentes de los Länder y el Canciller Federal esta materia, el 28.01.1972, y establecer que la pertenencia a una organización con fines inconstitucionales permite dudar de la fidelidad del funcionario público y que estas dudas legitiman, por lo general, rechazar la incorporación de una persona al servicio público³⁹. El Tribunal Constitucional Federal resolvió, en el año 1975, una queja constitucional sobre este particular y señaló:

“La fidelidad política (de los servidores públicos). El autor exige algo más que una posición formalmente correcta, en lo

38 El texto se encuentra reproducido en DENNINGER, ob. cit., t. II, p. 518 y ss.

39 Así, bajo el punto 2.1.2. de la Declaración aludida. Sobre este particular véase Uwe BACKES y Eckhard JESSE, *Totalitarismus, Extremismus, Terrorismus*, Leske und Budrich Verlag, Leverkusen 1984, p. 36.

demás desinteresada, fría e interiormente distanciada hacia el Estado y su Constitución; ella exige especialmente de los funcionarios públicos que se distancien claramente de aquellos grupos y movimientos que atacan, combaten o difaman a ese Estado, sus órganos constitucionales y el orden constitucional vigente. De los funcionarios públicos se espera que vean a ese Estado y a su Constitución como un valor positivo supremo y que reconozcan que vale la pena participar en su defensa”⁴⁰.

El Tribunal estableció, además, que la vinculación de un servidor público con un partido o movimiento político que persigue fines antidemocráticos u opuestos a las bases fundamentales de la Constitución, podía ser considerada para establecer la fidelidad del funcionario público exigida por la Ley Fundamental⁴¹.

Mediante el art. 18 LF, trata el constituyente alemán de defender el orden fundamental de libertad y democracia frente al uso abusivo de ciertos derechos y libertades en él consagrados. El art. 18 LF prescribe:

“Pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa (art. 5 inc. 1), la libertad de enseñanza (art. 5 inc. 3), la de reunión (art. 8), la de asociación (art. 9), el secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (art. 10), así como el derecho de propiedad (art. 14) y el de asilo (art. 16 inc. 2), quien para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abuse de los mismos. La pérdida y el alcance de la misma serán dictados por el Tribunal Constitucional Federal”.

El art. 18 LF sólo cabe aplicarse contra personas naturales o jurídicas que no sean partidos políticos⁴². Lo que este precepto sanciona no es la utilización de los derechos y libertades en él indicados, sino únicamente su abuso y sólo en cuanto se tienda a combatir el orden fundamental de libertad y democracia. De ahí, entonces, que podamos distinguir entre el uso lícito e ilícito de los derechos y libertades fundamen-

40 BVerfGE 39, 334.

41 BVerfGE 39, 335.

42 De acuerdo al art. 19 inc. 3 LF, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en tanto y en cuanto por su naturaleza les sean aplicables.

tales⁴³. El art. 18 LF no tiene un carácter penal dado que es una medida de seguridad para evitar la destrucción de la democracia⁴⁴. No es, por tanto, trascendental la culpabilidad del sujeto pasivo⁴⁵; relevante es su peligrosidad objetiva⁴⁶. Especial importancia reviste la peligrosidad actual y futura del inculpado, pudiendo ser sancionado sólo si se presenta este requisito⁴⁷. Para evitar una utilización abusiva del art. 18 LF, el constituyente ha establecido que el Tribunal Constitucional Federal tiene un monopolio en esta materia, pudiendo él mismo determinar qué derechos y libertades son limitados como el alcance de la limitación. Por otra parte, el Tribunal no puede actuar de oficio, sino a petición del Parlamento Federal, del Gobierno Federal o de un Gobierno estadual⁴⁸. El Tribunal Constitucional ha fallado, hasta la fecha, dos requerimientos del Gobierno Federal presentados contra personas vinculadas a la ideología nacionalsocialista. En 1952, se inició un procedimiento contra el Mayor General (R) Otto Ernst Remer, por atentar contra el orden fundamental de libertad y democracia con sus discursos propagandísticos como Segundo Presidente del Partido Socialista del Reich. Sólo en 1960 procedió el Tribunal a fallar, estimando que Remer, con posterioridad al requerimiento, no había continuado con sus actividades antidemocráticas, y que el Gobierno Federal no había aportado nuevos antecedentes⁴⁹. El segundo requerimiento fue presentado, en 1969, contra el Dr. Gerhard Frey, por su calidad de director del periódico "Deutsche National Zeitung" como contra la persona jurídica vinculada a dicho medio de comunicación social. La sentencia vino a dictarse en el año 1974, indicando el Tribunal que el Gobierno Federal no habría aportado nuevos antecedentes, y que el inculpado no constituía un peligro real para la democracia alemana⁵⁰.

El art. 21, inc. 2, LF contempla la declaración de inconstitucional-

43 Al respecto, véase Hans-Ulrich GALLWAS, *Der Mißbrauch von Grundrechten*, Duncker & Humblot, Berlín 1967.

44 Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Karlsruhe 1978 (11 edición), p. 279 y ss.

45 Günter DURIG, *Die Verwirkung von Grundrechten nach Artikel 18 des GG*, *Juristenzeitung* 1957, Nr. 17, p. 516.

46 Rudolf ECHTERHOLTER, *Zur Problematik des Art. 18 GG*, *Juristenzeitung* 1953, Nr. 21, p. 657.

47 BVerfGE 11, 283 y BVerfGE 38, 25.

48 Así § 36 de la Ley Federal del Tribunal Constitucional Federal.

49 BVerfGE 11, 282-283.

50 BVerfGE 38, 23 y ss.

lidad de aquellos partidos políticos que atenten contra los bienes jurídicos protegidos por el mismo precepto. El art. 21, inc. 2, LF manifiesta:

“Los partidos que por sus fines o por la actitud de sus adherentes tiendan a perjudicar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la inconstitucionalidad decidirá el Tribunal Constitucional Federal”.

El Tribunal Constitucional Federal ha indicado que los partidos políticos “son parte indispensable de la estructura constitucional”, y que “ejercen funciones de un órgano constitucional”⁵¹. De ahí, entonces, que para los partidos se derive un “privilegio” y para el Tribunal Constitucional un monopolio. Los partidos políticos sólo pueden ser prohibidos de acuerdo al art. 21, inc. 2, LF y únicamente por el Tribunal Constitucional Federal. Este Tribunal posee, por otro lado, un monopolio en esta materia⁵². Este “privilegio” se limita exclusivamente a la organización del partido político y a las actividades oficiales de sus funcionarios y adherentes realizadas con medios normalmente autorizados, para así permitir su libre accionar⁵³. El art. 21, inc. 2, LF no pretende sancionar a los partidos inconstitucionales por su calidad de tales, sino por presentar un peligro para los bienes jurídicamente protegidos, siendo éstos el orden fundamental de libertad y democracia y la existencia de la República Federal de Alemania. Sobre el carácter defensivo del art. 21, inc. 2, LF indicó el Tribunal Constitucional Federal:

“Un Estado democrático-liberal no se dirige contra los partidos políticos con finalidades inconstitucionales porque sí; se comporta principalmente en forma defensiva; se protege solamente de los ataques contra su orden fundamental”⁵⁴.

Al igual que en el procedimiento del art. 18 LF, el Tribunal Constitucional no puede actuar de oficio. Sólo lo hace a requerimiento de los órganos constitucionales debidamente determinados. Estos son el Parla-

51 BVerfGE 1, 208; BVerfGE 4, 27 y 30, y BVerfGE 5, 133 y ss.

52 Véase, al respecto, Dieter LORENZ, *Verfassungswidrige Parteien und Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts*, Archiv des öffentlichen Rechts 1976, p. 1 y ss.

53 Cfr. BVerfGE 12, 296 y 305 y ss.; BVerfGE 17, 155 y 166.

54 BVerfGE 5, 141 y 143.

mento Federal, el Consejo Federal, el Gobierno Federal y, en determinadas circunstancias, un Estado Federado (Land) ⁵⁵.

El Tribunal Constitucional ha procedido a fallar dos requerimientos, en conformidad al art. 21, inc. 2, LF. En 1952, prohibió al Partido Socialista del Reich de corriente nacionalsocialista; y, en 1956, al Partido Comunista de Alemania ⁵⁶.

VII. Epílogo

El constituyente alemán ha consagrado en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania los mecanismos para evitar una repetición de los amargos acontecimientos de la dictadura nacionalsocialista. Para ello contempla diferentes artículos destinados a la defensa de la democracia. Por un lado, se impide que las bases de la institucionalidad puedan ser abolidas mediante reformas constitucionales; y, por otro, se sanciona a las personas y partidos políticos que utilizan las libertades y derechos reconocidos y garantizados por la Constitución para atentar contra el orden fundamental de libertad y democracia. Esta democracia combativa o militante es consecuencia de una democracia valórica, pues en base a ciertos principios, valores y técnicas sociales, que se consideran esenciales de la democracia, se esgrime el derecho y el deber de defenderla. Importantes consecuencias se derivan del carácter valórico de la democracia. Para los gobernantes estos elementos esenciales implican un límite absoluto a su poder. En igual medida se restringe el poder de los gobernados, ya que ninguna mayoría, por importante que sea, puede invocar los principios democráticos para atentar contra la democracia. De esta limitación del poder absoluto se deriva una seguridad para los individuos frente a la masa, de la minoría frente a la mayoría, de los gobernados frente a los gobernantes. El ignorar el carácter valórico de la democracia significa degradar su concepción a la de un simple instrumento represivo o limitativo para sustentar en el poder a tal o cual grupo. La aplicación de los instrumentos para la defensa de la democracia lleva inserto un cierto conflicto axiológico, puesto que siendo ésta principalmente tolerancia y libertad, se limitan estos elementos para salvaguardar un mayor grado de tolerancia y libertad. No ha de creerse, eso sí, que los instrumentos de defensa de la democracia pueden construir una democracia. Para que ésta exista se requiere que los individuos la aprecien, la comprendan y estén dispuestos a sacrificarse y a luchar por ella.

⁵⁵ Así el § 43 de la Ley Federal del Tribunal Constitucional Federal.

⁵⁶ Véanse BVerfGE 2, 1 y ss. y BVerfGE 5, 85 y ss., respectivamente.