

## El Soberano aprendiz\*

Günter Frankenberg

Catedrático de Filosofía de Derecho de la Johann Wolfgang  
Goethe – Universität de Frankfurt am Main

*SUMARIO:* I. OBSERVACIÓN PREVIA ACERCA DE LA SOBERANÍA.—II. SOBRE EL APRENDIZAJE DE SOBERANO.—III. DEMOCRACIA VINCULADA Y LIBRE.—IV. DEMOCRACIA LIBERTARIA Y PROTECCIONISTA.—V. ANTI-EXTREMISMO COMO CONSTITUCIÓN SECUNDARIA.—VI. REPUBLICANISMO NEGATIVO COMO CONSTITUCIÓN SECUNDARIA.—VII. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL.

### I. OBSERVACIÓN PREVIA ACERCA DE LA SOBERANÍA

Las constituciones de una república democrática legitiman el dominio político basándose en la soberanía popular: El pueblo y nadie más debe ser el último responsable de todas las normas y decisiones que surjan con la pretensión de tener obligatoriedad general. Durante mucho tiempo, para ser más exacto, durante casi dos siglos, es decir, aproximadamente desde el inicio de la era moderna constitucional que se marcó con las grandes revoluciones democráticas, la idea continental de la soberanía popular sufrió bajo un escaso distanciamiento hacia su concepto opuesto, la soberanía del soberano absoluto. La sombra de este concepto opuesto se situaba por encima de los esfuerzos semánticos y teóricos para concebir al pueblo como soberano, como portador de la *summa potestas*, de la facultad de tener la última decisión. El pueblo del que debe partir todo el poder supre-

---

\* JOACHIM PERELS en su 60 cumpleaños. Traducción del alemán: *Der lernende Souverän*, por MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA.

mo del Estado y al que éste debe regresar a través de una cadena de legitimación, se presentaba en estas teorías, construcciones e imágenes, como algo estático y monolítico. Así podía surgir la impresión de que la sociedad democrática de los ciudadanos activos sólo se había incorporado de otra forma y se podía representar simbólicamente como un cuerpo o *body politic*, como antes la sociedad de súbditos de los principios de la era moderna constitucional.

Esta impresión no es desacertada. Eso lo demuestran, por un lado, las teorías retrógradas que conciben una constitución como un ordenamiento concreto en vez de entenderla como un marco orientativo para los conflictos sociales. Por otro lado, una línea de opinión destacada de la judicatura del Tribunal Constitucional Federal se une a estas teorías, teniendo más consecuencias: A través de la construcción de un pueblo homogéneo con un derecho de nacionalidad, especialmente la jurisprudencia sobre el derecho a voto de los extranjeros<sup>1</sup>, abre —seguramente de forma inconsciente— la constitución de la república, tanto en lo semántico como en lo normativo, hacia un pasado absolutista ya desaparecido. Aunque para ser justos debo hacer referencia a que ese pasado no nos enseña nada acerca de otra línea de la jurisprudencia constitucional. Esa línea no se orienta hacia una sociedad *incorporada* sino hacia una sociedad plural y *diferenciada internamente*. Esta conduce desde la sentencia de Lüth, pasando por la decisión de Brokdorf, hasta las decisiones acerca de las sentadas de protesta<sup>2</sup>. Esta teoría sitúa a los ciudadanos políticos activos, como individuos o conjuntamente con sus

---

<sup>1</sup> Fundamental: La decisión acerca del derecho a voto de extranjeros —BVerfGE (Trib. Const) 83, 37 y BVerfGE 83, 60. Comentarios interesantes y controvertidos acerca de la problemática de la soberanía y la homogeneidad se encuentran también en la decisión del Tratado de Maastricht BVerfGE 89, 155/182 y ss. Una parte de los críticos de esta judicatura se encuentra reunida en Kritische Justiz (Ed.) *Demokratie und Grundgesetz*, Baden-Baden 200.

<sup>2</sup> BVerfGE 7, 198 (Lüth/Libertad de opinión) y BVerfGE 69, 315 (Brokdorf/Libertad de manifestación) así como acerca de la problemática de si las sentadas se pueden calificar como coacción violenta en el sentido del § 240 del StGB (Código Penal): BVerfGE 73, 206 y BVerfGE 82, 236; BVerfGE *Neue Juristische Wochenzeitschrift* 2002, p. 1031.

asociaciones, de forma más o menos suave en el derecho y vincula la interpretación de las libertades de comunicación con el presente de una constitución que garantiza los derechos fundamentales, que no sólo se decide por el rechazo a las intervenciones estatales, sino que garantiza, con el *status activus* y el *status constituens*, la posición y las posibilidades de desarrollo de los ciudadanos activos<sup>3</sup>. Independientemente de las críticas que se puedan hacer a las distintas decisiones, éstas permiten una percepción actualizada y nueva de la soberanía: Esta construcción normativa transmite la facultad de la última decisión a la pluralidad de los titulares de derechos fundamentales.

Quisiera superar a continuación el desacuerdo en el que han entrado las dos salas del Tribunal Constitucional Federal con la metáfora del «soberano aprendiz» y la orientación hacia el futuro que esto implica. Ilustraré este intento con el ejemplo seguramente más delicado y, además, el instrumento más oxidado<sup>4</sup> de la protección de la constitución —la ilegalización de partidos conforme al artículo 21, párrafo 2 GG (Constitución). Éste deja al descubierto, paradójicamente, huellas claras de un pasado que muchos desean que se olvide definitivamente. Aprovecharé para el desarrollo de mi argumentación la circunstancia de que el pasado sólo se presenta como un hecho concluido en la gramática, pero no en la historia.

## II. SOBRE EL APRENDIZAJE DE SOBERANO

Al principio está la tesis de que el pueblo / la población, de la que parte, a tenor de la constitución, todo el «poder del estado» es un «soberano aprendiz»<sup>5</sup>. En un principio, a

---

<sup>3</sup> La concepción del *status constituens* se basa en DENNINGER, ERHARD: *Staatsrecht* 1, Reinbek 1973.

<sup>4</sup> Ver LEGGEWIE, CLAUS y MEIER, HORST: *Republikschutz*, Reinbek 1995 (a continuación: LEGGEWIE/MEIER, *Republikschutz*).

<sup>5</sup> El concepto, no la concepción, del soberano aprendiz lo tomo de BRUNKHORST, HAUKE: *Solidarität unter Fremden*, Frankfurt am Main 1997, pp. 119 y ss. Y los mismos *Demokratie und Differenz*, Frankfurt am Main 1994, pp. 199 y ss.

partir de la soberanía, creemos saber lo que es un soberano. También en lo que respecta al pasado tenemos una imagen clara de la soberanía. Las teorías heredadas se pueden resumir en que el soberano es el que tiene la última palabra. Yo propongo una pequeña modificación: Soberano es el que aprende al decir la última palabra.

Aprender significa, en este sentido, dos cosas distintas: Primero, el portador de la soberanía moderna tiene que aprender. Para eso depende —un dios aprendiz que va al colegio— de nuevas informaciones, o sea, que se tiene que someter a la obligación de aprender y, en todo caso, a tomar medidas para que el horizonte se mantenga abierto para nuevas informaciones. En ese sentido aprender tiene un significado autocrítico y, simultáneamente, normativo, que diferencia radicalmente al soberano democrático de un soberano antidemocrático. Este último no estaba obligado a aprender. Esta obligación de aprendizaje, que se puede caracterizar también como un auto-compromiso, destruye la ficción de la omnisciencia y socava cualquier pretensión a un acceso privilegiado hacia el conocimiento. Soberano es el que sabe que no sabe todo y, por lo tanto, se mantiene abierto hacia lo que no sabe. Y es expresamente esta apertura hacia estos procesos imprescindibles de aprendizaje la que garantiza el principio de una república democrática en combinación con las libertades constitucionales de la comunicación política. El principio republicano garantiza la transparencia y lo público del aprendizaje. Lo democrático permite a todos los afectados, especialmente a las minorías, el acceso a los foros en los que se desarrollan los procesos de aprendizaje. Ambos principios se ven apoyados y puestos en práctica por las libertades de comunicación, o sea se traducen en posibilidades de aprendizaje.

Segundo, un soberano puede o, mejor dicho, tiene el derecho a aprender, lo que le diferencia en la práctica, aunque no en la teoría, de un soberano absolutista. Este poder significa en lo empírico que el soberano está capacitado para tener experiencias. En lo normativo esto significa recordar el pasado para sacar conclusiones para el futuro.

El hecho de que determinadas experiencias de aprendizaje pueden tener consecuencias prácticas es la causa de la validez de disposiciones que limitan la libertad de comunicación y de organización y, por lo tanto, excluyen determinadas experiencias. Si además son contradictorias, es algo que se aclarará más adelante.

De forma preliminar podemos hacer el siguiente balance: La soberanía democrática del pueblo tiene una manifestación doble. Tiene un componente empírico y otro normativo. El componente normativo tiene también una manifestación doble: o sea, aprender como compromiso y aprender como derecho. Se nos impone un segundo balance: Si la soberanía se mide en base a los listones de procesos de aprendizaje, entonces se difumina y se temporiza esa magnitud anteriormente rígida y monolítica y se vislumbra el riesgo de procesos de aprendizaje erróneos, por haberlos interrumpido demasiado pronto. Las sociedades democráticas no se pueden asegurar contra el riesgo de un aprendizaje erróneo y de los experimentos con un resultado incierto, así como contra los riesgos que conllevan los procesos de aprendizaje «erróneos». Pero están llamadas —a través del compromiso al aprendizaje orientado hacia el futuro— a tomar todas las precauciones procesales e institucionales que garanticen la mayor apertura posible. Independientemente de todas las objeciones imaginables y posibles, las limitaciones e incursiones en el ámbito de los derechos fundamentales con las reservas legales y con el principio de proporcionalidad, así como el llamado privilegio de los partidos —que exige que la ilegalización de un partido sea reservada a una decisión del Tribunal Constitucional Federal— se pueden entender *prima facie* como precauciones de ese tipo.

### III. DEMOCRACIA VINCULADA Y LIBRE

Las ideas esbozadas hasta el momento acerca de la soberanía del pueblo se encuadran sin fisuras en una concepción de la democracia que, por un lado, muestra dos ni-

veles de significado como forma vinculada y libre de la autodeterminación política. Quien quiera puede hablar aquí también de una manifestación doble. Conforme a una lectura filosófica y orientada hacia la política, la democracia es un principio universalista, que expresa, en un principio, de forma ilimitada la idea de la disposición autónoma de los «negocios conjuntos» en forma de «poder del pueblo» o de autogobierno. La democracia se relaciona con la autonomía política y la libertad de hacer experimentos políticos. Eso dice la experiencia democrática. Con estas connotaciones, la democracia —si no se toma en cuenta la objeción de que viene de la tradición anglo-europea— se ha expandido por todo el mundo como principio sin vinculación histórica ni territorial y se refleja —tal y como se ve— en todas las constituciones. Ninguna sociedad organizada en forma de Estado se puede permitir el lujo de no presentarse como democrática en su constitución, o sea, en su propia descripción jurídico-política. También las antiguas dictaduras del proletariado (que no había sido consultado al respecto), o sea el bloque socialista, se autodenominaban «Democracias Populares».

Las traducciones de la universalidad teórica de la democracia en el Derecho constitucional no sólo se encuentran en el ámbito nacional, sino también en el Derecho supranacional e internacional. Como ejemplo instructivo se puede mencionar la Carta Europea de Derechos Humanos que declara como admisibles las limitaciones de los derechos humanos siempre que sean «necesarias para la sociedad democrática». También el Tratado de la Unión Europea en su versión de Maastricht basa la unión política que se crea con él, en el artículo 6, párrafo 1, «en los principios de la libertad, de la democracia, del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como del Estado de derecho» con lo que la «Unión de Estados» se expone a la crítica del déficit democrático de sus instituciones.

Pero estas traducciones hacen referencia también al segundo significado —el particularista— de la democracia, como autodeclaración y autodescripción de una sociedad determinada por el espacio y el tiempo y por su cultura y

política. Se habla de una democracia contextualizada y vinculada cuando se habla de la «democracia de la constitución» o de la «democracia americana». Cada sociedad expresa en su constitución político-jurídica también «su» idea de la democracia. Se apropia del principio universal y le da forma en la creación de su constitución y las posteriores interpretaciones y modificaciones —relacionadas con la democracia— de dicha constitución conforme a sus condiciones particulares en el tiempo y en el espacio. Por lo tanto, las constituciones operan en dos niveles: en lo retórico hacen referencia al principio universalista, pero, al mismo tiempo, dan a la «democracia» una forma determinada a través de las normas, procedimientos e instituciones específicas. En consecuencia, ninguna constitución —tampoco la constitución alemana— instala el principio universalista, el *modelo* de Rousseau, Kant o Locke, sino que realiza una traducción, concreción e inclusión más o menos sensible de éste en su contexto. Así que se puede decir que esta o aquella expresión de la democracia constitucional se queda detrás de las promesas del principio universal, según el cual todos (los afectados) deben poder participar de forma ilimitada en todos los asuntos que les afectan. Este tipo de afirmaciones es naturalmente trivial, ya que las constituciones no son teorías político-filosóficas que constituyen los teoremas uno por uno, sino que son más bien ideas específicas —o sea, vinculadas— de la democracia, como lo son también de la república y del Estado de Derecho. *Vulgo*: Cada sociedad se da la democracia que piensa que es correcta, adecuada y soportable para ella.

¿Se vacía la democracia así de todo contenido normativo que va más allá del horizonte histórico social y político cultural? ¿Se entrega la democracia en el acto de su constitución obligatoriamente a la particularidad del contexto? No. Toda declaración de democracia, por particular que sea, tiene inevitablemente una relación con el contenido universalista y toma de éste su dignidad específica. La semántica y gramática democrática no se pueden obtener sin un fondo filosófico político. El que «habla» de de-

mocracia se enreda en su libertad e independencia. El que «defiende» la democracia lucha por la posibilidad de realizar la democracia libre en un concreto contexto histórico social.

Este doble carácter tiene como mínimo dos ventajas: Primero, en un principio le da a los arquitectos y constructores políticos —sean élites, movimientos sociales, la sociedad civil o mayorías contingentes— una cierta y necesaria libertad de diseño y les permite, durante el establecimiento de las democracias, tomar en cuenta el contexto en el sentido de Montesquieu<sup>6</sup>, o sea, la historia, las mentalidades, las relaciones de fuerza, etc. Segundo, este doble carácter fundamenta una práctica de la justificación. Los arquitectos y constructores políticos están sometidos aparentemente a la obligación de declarar las limitaciones de la democracia como algo legítimo. La retórica democrática tiene, por lo tanto, una tendencia interior normativa excesiva, que se expresa en una justificación obligatoria. En consecuencia, el doble carácter permite que los observadores y participantes comprueben hasta dónde una sociedad se orienta en la autopromoción de «su» democracia conforme a los contenidos universales y hasta dónde se enreda durante su realización en contradicciones. Cuanto más grande sea la diferencia entre la universalidad democrática y la particularidad democrática, o sea, la diferencia entre la idea de Rousseau del autogobierno y la democracia popular real, con mayor fuerza se hace referencia a la democracia como pura ideología, como algo táctico —en la política exterior o interior— con motivación retórica, que invita a los activistas a protestar y a los intelectuales a realizar una crítica de la ideología. Incluso en los contextos democráticos concretos permanece presente el principio universal de una democracia libre en forma de idea regulativa que orienta las acciones y como crítica de cualquier crítica normativa.

---

<sup>6</sup> La «contextualización» de MONTESQUIEU se refiere a las condiciones del trabajo legislativo: *Vom Geist der Gesetze*.



## IV. DEMOCRACIA LIBERTARIA Y PROTECCIONISTA

Una de las experiencias más desalentadoras y persistentes del pueblo alemán es la liquidación de la primera república por el nacionalsocialismo y los crímenes masivos del régimen nacionalsocialista. De estas experiencias, el soberano pudo sacar sus conclusiones como constituyente, sin romper, con ello, la manifestación de su poder de decisión democrático y de comprometer su autovinculación. El constituyente estaba autorizado a vincular el principio abstracto en lo histórico y en lo social, sin temer una re-criminación por haber actuado de forma contradictoria.

Pero sería precipitado suponer que las concreciones del Derecho constitucional y de las leyes específicas de una democracia «dispuesta a defenderse» o «dispuesta a luchar», y su vinculación legítima, no estarían sujetas a la crítica por ser el resultado de su aprendizaje histórico. Las enseñanzas y las prácticas de la «democracia dispuesta a defenderse» se deberán cuestionar críticamente para ver si, y hasta dónde, traicionan el principio de autodeterminación general y si cortan el camino a los procesos de aprendizaje y a los experimentos necesarios para su orientación hacia el futuro. Este cuestionamiento se hará a continuación sobre la práctica de la ilegalización de partidos en la República Federal y con los argumentos teóricos y dogmáticos que deben justificar estas prohibiciones<sup>7</sup>.

En el caso de las ilegalizaciones de partidos se trata, conforme a la definición clásica de Otto Kirchheimer, de

---

<sup>7</sup> Yo asumo para ello diferenciaciones que he desarrollado conjuntamente con WOLFGANG LÖWER en la solicitud al Parlamento para prohibir al NPD y que han sido más desarrolladas por PETER NIESEN bajo el recurso a esta solicitud. Con vistas a las ideas que expongo a continuación, el escrito «Anti Extremism, Negative Republicanism, Civic Morality: Three Paradigms for Reflecting Past Injustice in Germany and Italy» que se publicará en una colección editada por Shlomo Avery y Zeev Sternhell (a continuación: NIESEN, PETER: «Anti Extremism, Negative Republicanism, Civic Morality») tiene una importancia mayor de lo que puedo expresar en concreto. Comp. también «Äußerungsfreiheit und kultureller Pluralismus» en *übersetzung als Medium des Kulturverstehens und der sozialen Integration*, editado por Jürgen Straub y Shingo Shimada, Frankfurt am Main, 2002.

acciones de justicia política<sup>8</sup>. En eso deberíamos estar todos de acuerdo. Nadie pondrá en duda que éstas afectan a las condiciones centrales de la autodeterminación democrática, o sea, a la libertad inmediata de la organización política y, de forma más mediata, a la libertad de la comunicación política, o sea, a la libertad de reunión y de expresión: Los partidos declarados inconstitucionales se disuelven. Periódicamente se les quita su patrimonio. Además, tienen prohibido formar organizaciones que los sustituyan<sup>9</sup>. Su programa y su propaganda pierden la protección y las ventajas de la legalidad. Como consecuencia, la ilegalización de un partido deberá provocar la necesidad de justificación que se ha mencionado anteriormente. La amplísima literatura jurídico constitucional acerca del art. 21 párrafo 2 GG fundamenta esta obligación que prevé la posibilidad de declarar inconstitucionales a los «partidos que según sus objetivos o el comportamiento de sus seguidores tienen como fin la limitación o la eliminación del ordenamiento constitucional liberal democrático o poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana»<sup>10</sup>.

La literatura especializada se puede agrupar en dos bandos que se diferencian en lo fundamental por ideas contrarias sobre si es jurídicamente admisible regular las libertades políticas, incluidas la libertad de organización y de creación de partidos. Según esto se debe diferenciar entre dos regímenes: uno libertario, que se enfrenta crítica-

---

<sup>8</sup> KIRCHHEIMER OTTO: *Politische Justiz*, Frankfurt am Main 1981, esp. pp. 186 y ss.

<sup>9</sup> Las consecuencias de la prohibición de un partido regulan —en ejecución del art. 21 párrafo 2 y 3 del GG— las disposiciones correspondientes de la ley de partidos (§§ 32 y ss.) y de la ley del Tribunal Constitucional Federal (§ 46 párrafo 3 GG).

<sup>10</sup> IPSEN, JÖRN: «Art. 21 GG», en: *Grundgesetz Kommentar*, edit. por Michael Sachs, 2ª ed. Múnich 1999, pp. 850 y ss.; STREINZ, WOLFGANG: «Art. 21», en: *Kommentar zum Grundgesetz*, edit. por Herrmann v. Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck, 4. edic., Múnich 2000, Rn. 212 y ss.; KLEIN, HANS H.: «Art. 21 GG», en *Kommentar zum Grundgesetz*, edit. por Theodor Maunz, Günther Dürig, Roman Herzog, München 2001, Rn. 485 y ss. (A continuación: KLEIN, HANS H.: «Art. 21 GG»); GUSY, CHRISTOPH: «Art. 21 GG», en: *Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz* (AK-GG), edit. por Erhard Denninger et al, 3.ed., Neuwied 2001, Rn. 113 y ss. m. w. Nachw.

mente a la disposición a la defensa, porque se basa en el principio de la no injerencia, y el otro, más bien proteccionista, que no tiene objeciones fundamentales acerca de la «disposición a la defensa». Está claro que estos regímenes tienen efectos diferentes sobre los procesos de aprendizaje de la sociedad y la experimentación democrática. El régimen libertario tiende, con su preferencia ilimitada hacia la apertura, a considerar «la casualidad como digna para que decida sobre nuestro destino» (Richard Rorty). El régimen proteccionista quiere excluir casualidades demasiado arriesgadas o inaceptables.

El régimen libertario tiene el encanto de lo radical y de la pureza de una tolerancia que acepta tanto la razón como la sinrazón. Estas virtudes sólo las puede mantener en el plano de la expresión, ya que la libertad de acción general no se entiende como libertad de referencia por su protección indefinida y sólo recibe respaldo del principio democrático en aquellas manifestaciones que están reguladas específicamente, como el derecho de reunión o de crear asociaciones. Por lo tanto, se enreda en un debate sin fin sobre la pregunta de qué son expresiones u opiniones, o sea, «sólo palabras»<sup>11</sup>, y dónde empieza el reino de las acciones a las que se puede responder, en todo caso, con la prohibición de la violencia<sup>12</sup>, sin tener que comprometer el dogma libertario<sup>13</sup>. Los protagonistas de una po-

---

<sup>11</sup> MACKINNON, CATHERINE: *Nur Worte*, Frankfurt am Main 1994.

<sup>12</sup> Pero con la prohibición a la violencia no se consigue un criterio inequívoco. Eso lo demuestran las decisiones del BVerfG acerca de las sentadas, citadas anteriormente, y la literatura correspondiente, comp. BRINK, JOSEF Y KELLER, RAINER: «Politische Freiheit und strafrechtlicher Gewaltbegriff», *Kritische Justiz* 2/1983, S. 107 ff.

<sup>13</sup> Acerca de la jurisprudencia especializada del U.S. Supreme Court comp. el análisis de FRANKENBERG, GÜNTER y RÖDEL, ULRICH: *Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz*, Frankfurt am Main 1981, Cap. II (a continuación: Frankenberg/Rödel, Volkssouveränität). Acerca de la judicatura del BVerfG sobre el Art. 5 párrafo 1 GG comp. GRIMM, DIETER: «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en: *Neue Juristische Wochenschrift* 1995, pp. 1687 y ss. Acerca de la diferenciación de acciones y expresiones comp. también MARCUSE, HERBERT: «Repressive Toleranz», en: *Kritik der reinen Toleranz*, edit. por Robert Paul Wolff, Barrington Moore, y Herbert Marcuse, Frankfurt am Main 1967, pp. 91 y ss.

sición libertaria deben permitir que se les cuestione su posición acerca de las minorías, cuya posibilidad —no sólo virtual— de convertirse en mayoría puede legitimar la norma de la mayoría. Por eso, la posición libertaria entra en dificultades en dos frentes: por un lado, con respecto a un poder que ha monopolizado los medios y que utiliza unas estrategias manipuladoras muy desarrolladas para la desinformación generalizada. Por otro lado, en situaciones de efectos sobre terceros, cuando los poderes estatales deben evitar que las minorías sufran las expresiones difamatorias e hirientes por parte de mayorías u otros grupos sociales. Si es verdad que se puede rechazar la protección estatal del honor, con un relativamente pequeño esfuerzo argumentativo, como violación contra las reglas de una posición libertaria, también es verdad que la carga de argumentación se incrementa de forma dramática cuando se trata de expresiones pornográficas o racistas<sup>14</sup>, no estando seguros de si estas expresiones no se deberían tratar como acciones y, en vistas de la problemática, de si se debe proteger la integridad física de las personas, como, por ejemplo, la de los supervivientes del Holocausto, ante nuevos traumas por expresiones y acciones públicas. Aquí no basta hacer referencia con un gesto tolerante a que las incursiones en la libertad de comunicación tienen un «*chilling effect*» inadmisibles, ya que estas formas de comunicación pública y sus contenidos tienen el objetivo de crear un clima que amenace, asuste y excluya a las personas afectadas.

A diferencia de un régimen libertario, el régimen proteccionista introduce criterios cognitivos y límites normativos para delimitar la casualidad de los experimentos democráticos. El proteccionismo, que dice que el ideal de la libertad absoluta resulta vacío, se inicia en las condiciones de la posibilidad de poder aprender con la palabra libre y de poderse liberar de autoridades establecidas y ejecutivas (lema: sociedad administrada o con poder concentrado), o

---

<sup>14</sup> La expansión del «hate speech» se documenta de forma ejemplar en el índice de odio de casi 80 páginas en Internet: <http://www.hatedirectory.com>.

en las consecuencias de los debates públicos para los participantes (lema: protección de las minorías). La lógica del proteccionismo destaca las expresiones públicas de la discusión libre de la sociedad civil, dejando activo un control estatal obligatorio y, en caso de necesidad, se someten determinadas formas del uso de las libertades a una censura. Los problemas y los riesgos se ven a primera vista y no se eliminan hablando, en forma de justificación de la crítica de la «tolerancia represiva»<sup>15</sup>, de la necesidad de un autocontrol democrático o de un paternalismo inevitable según el lema: ¡Detened los inicios del fascismo! En el centro se sitúa el problema existente entre la creación de un límite entre las intervenciones de protección democrática que fomentan la autodeterminación y las intervenciones arbitrarias del poder que socavan la autodeterminación. El mayor riesgo existe en la tendencia interna exagerada y en los efectos disciplinarios de cualquier sistema de control soberano, que luego, en el dogma jurídico, se deben detallar como «abuso».

La democracia vinculada a la constitución señala una preferencia jurídico-constitucional establecida hacia el proteccionismo. Otras constituciones, como, por ejemplo, la francesa, desplazan el proteccionismo al nivel de las leyes ordinarias, que posibilitan las llamadas medidas de pérdida contra partidos, organizaciones e individuos. La democracia constitucional muestra su vinculación como «dispuesta a la defensa» de forma concreta e institucional en el Art. 9, párrafo 2 (prohibición de asociación), 18 (pérdida de derechos fundamentales) y 21 párrafo 2 (ilegalización de partidos). Adicionalmente, se presenta un proteccionismo, de fondo o bien generalizado, una vez en forma de una reserva legal, o sea, en la posibilidad de limitar, por ejemplo, la libertad de expresión a través de leyes generales (art. 5, párrafo 2 GG) o en la exclusión de manifestantes violentos de la protección del derecho de

---

<sup>15</sup> MARCUSE: «Repressive Toleranz», a. a. O. De forma similar SARTRE, JEAN PAUL, «Prólogo» de Frantz Fanon, *Die Verdammten dieser Erde*, Frankfurt am Main 1968.

reunión (art. 8, párrafo 1 GG). Este proteccionismo generalizado o de fondo conduce a una casuística de lo permitido que puede ser dirigida hacia el polo libertario a través de una suposición o una preferencia para la libertad. Una preferencia de ese tipo se puede ver frecuentemente en las sentencias del Tribunal Constitucional Federal que se critican con especial vehemencia como «demasiado liberales» acerca de la libertad de expresión<sup>16</sup> o de la definición de las libertades de comunicación como «*preferred freedoms*»<sup>17</sup>. La concepción tendenciosa libertaria se rompe con un rigor muy problemático haciendo referencia a la verdad histórica —al menos en lo que se refiere a la libertad de expresión—, penalizando como amotinamiento de un pueblo la aprobación, negación o la minimización del holocausto<sup>18</sup>. Se puede pensar que esta disposición penal sea correcta desde el punto de vista jurídico político. Como defensa de la verdad histórica es un pecado del régimen libertario. Tampoco como proteccionismo se puede justificar fácilmente a la luz de la paz pública como bien de protección. Al hecho de la protección de las minorías como una legitimación posible, pero que no se menciona en el § 130 StGB (código penal), me referiré más adelante.

Lo mismo vale para el concepto general y los distintos instrumentos de la «democracia dispuesta a defenderse». Llevan la marca del proteccionismo en la frente. Pero la «democracia dispuesta a defenderse», que está anclada en nuestra constitución, no nos muestra una cara fácil de interpretar. Requería y sigue requiriendo —como concepto global—, incluso en sus manifestaciones, de una interpre-

---

<sup>16</sup> Quiero hacer referencia junto a la sentencia de Lüth (BVerfGE 7, 167) especialmente a la decisión «soldados son asesinos potenciales» (BVerfGE 93, 266) y a la jurisprudencia acerca de la «crítica difamatoria» como límite de tolerancia para expresiones (BVerfG *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, p. 2413).

<sup>17</sup> Esta concepción jugó en la jurisprudencia del U.S. Supreme Court algún tiempo un papel dominante. Comprobación en FRANKENBERG/RÖDEL, *Volkssouveränität*, pp. 151 y ss.

<sup>18</sup> La crítica de COBLER, SEBASTIÁN: «Das Gesetz gegen die, Auschwitzlüge —Anmerkungen zu einem rechtspolitischen Ablasshandel», en: *Kritische Justiz* 1985, pp. 159 ss.

tación y sigue siendo bastante cuestionada<sup>19</sup>. Cualquier interpretación desplaza y marca obligatoriamente el sentido y los límites del proteccionismo, señala su tolerancia hacia los procesos de aprendizaje de la sociedad e influye, con ello, en su carga de justificación y en su legitimidad como expresión de una democracia vinculada. Con vistas al anclaje y la práctica de la «democracia dispuesta a defenderse» en la RFA se pueden diferenciar tres tipos de interpretación y justificación claros o, si se quiere, paradigmáticos<sup>20</sup>. Estos paradigmas protegen, tal y como vamos a ver, diferentes bienes y se guían por diferentes conceptos de la defensa contra riesgos.

## V. ANTI-EXTREMISMO COMO CONSTITUCIÓN SECUNDARIA

Quien quiera excluir a las organizaciones y acciones extremistas del círculo de la constitución realiza una acción de poder definitorio. Define y ocupa el punto cero constitucional, lo marca de forma explícita o implícita como norma y define su campo de acción inmediata como normalidad, pintando a los extremistas como formas de expresión con una desviación política no aceptable y/o como delincuentes. Esta crítica de la normalidad no ha jugado en la República Federal un papel relevante. Eso vale tanto para las ilegalizaciones de partidos de los años 50<sup>21</sup>, como para las cuestionadas sentencias sobre extremistas de 1972 que condujeron a los *Berufsverbote* (prohibiciones de trabajo en la administración pública a extremistas de izquierda)

<sup>19</sup> En general acerca de esto DREIER, HORST: «Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat», en: *Juristenzeitung* 15/1994, pp. 741 ss. m. w. Nachw. acerca de «Abwehrbereitschaft»: DENNINGER, ERHARD: «Der Schutz der Verfassung», en: *Handbuch des Verfassungsrechts*, ed. Ernst Benda et al., Berlín 1983, pp. 1293 ss.; KLEIN, HANS H., «Art. 21 II GG», Rn. 485 ss.

<sup>20</sup> La estructura de estos paradigmas se detallan en NIESEN, PETER: «Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Morality».

<sup>21</sup> Detalles en MEIER, HORST: *Parteiverbote und demokratische Republik. Zur Interpretation und Kritik von Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes*, Baden-Baden 1993. (A continuación: MEIER, HORST: *Parteiverbote und demokratische Republik*).



de los años 70 y 80<sup>22</sup>, así como para las numerosas (en comparación con las ilegalizaciones de partidos) prohibiciones de organizaciones, basadas en el art. 9, párrafo 2 GG<sup>23</sup>. En primer lugar se situaba siempre la crítica normativa a los instrumentos de defensa y su aplicación. La crítica estaba informada por el principio de la democracia y del Estado de Derecho y veía en los instrumentos una constitución secundaria<sup>24</sup>. Además, por eso, supuestamente, no era necesario tomar en cuenta el poder definitorio de normalización, ya que el anti-extremismo en la RFA ha estado siempre vinculado a un programa anti-totalitario. Este reduce el poder definitorio, en el sentido de que para el centro ya no se reclama la normalidad, sino la liberalidad.

Pero el fondo primario para la adopción del concepto global de «democracia dispuesta a defenderse» en la RFA de los primeros años fue seguramente el choque provocado por la destrucción de la República de Weimar. Ya las conversaciones del Lago Herrenchiem dejaron entrever una doble dirección. El ordenamiento constitucional liberal democrático debía ser protegido contra lo que «conocíamos de *antes* y del otro lado del telón de acero»<sup>25</sup>. Por lo que se ve, la teoría totalitaria<sup>26</sup> caracterizada por el nacionalsocialismo y por el estalinismo marcó, junto con la constelación de la «Guerra Fría», la idea dominante en nuestro país, de una democracia preparada a defenderse contra

---

<sup>22</sup> Crítica en DENNINGER, ERHARD (Ed.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, 2. tomos., Frankfurt am Main 1977; FRANKENBERG, GÜNTER: «Angst im Rechtsstaat», en: *Kritische Justiz* 4/1977, pp. 353 ss.; BLANKE, THOMAS/FRANKENBERG, GÜNTER: «Zur Kritik und Praxis des Radikalenerlasses», en: *Kritische Justiz* 1/1979, pp. 45 ss.

<sup>23</sup> LÖWER, WOLFGANG: «Art. 9 GG», en: *Grundgesetz-Kommentar*. Ed. de Ingo von Münch y Philip Kunig, Bd. 1, 5. Aufl., Munich 2000, Rn. 36 ss. m. w. Nachw.

<sup>24</sup> RIDDER, HELMUT: *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen 1975, pp. 54 ss.

<sup>25</sup> DÜRIG, GÜNTHER: «Art. 18 GG», en: *Kommentar zum Grundgesetz* hg. v. Theodor Maunz, Günther Dürig, 1. Ed., München 1958, pp. 48 y ss. (en el original no se resalta).

<sup>26</sup> La versión clásica fue desarrollada por ARENDT, HANNAH: *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, Munich 1985. Importante también FRIEDRICH, CARL J. (Hg.), *Totalitäre Diktatur*, Stuttgart 1957.



las corrientes extremistas, o sea, de una democracia vinculada.

Sobre todo, el instrumento de la ilegalización de partidos se concibió, en sus orígenes<sup>27</sup>, como un arma —o para formularlo de forma menos militante: como cerrojo— contra el surgimiento del totalitarismo organizado en partidos<sup>28</sup>. Para confirmar esto quiero hacer referencia aquí a las solicitudes de ilegalización del año 1951 que se dirigían simétricamente contra el SRP (nacionalsocialista) y el KPD. Pero la simetría aparece de forma muy diferente, si observamos las investigaciones más recientes<sup>29</sup> y los fallos del BVerfG. Según esto, se puede suponer que la solicitud de ilegalización del SRP no sólo era un intento de justificar la ilegalización del KPD —que era lo que realmente se pretendía— sino que también se querían deshacer de fuerzas políticas que ponían en peligro el concepto de la integración silenciosa de antiguos nacionalsocialistas en la segunda república, según el concepto de la «eliminación del pasado»<sup>30</sup>. También la duración más larga del proceso contra el KPD y la resistencia del tribunal a pronunciarse a favor de la ilegalización de este partido apoyan esta tesis de no simetría.

Pero para justificar el proteccionismo de la capacidad de defensa no es obligatorio lograr una simetría estricta, lo decisivo es la orientación que se le da a la ilegalización de partidos bajo el paradigma del anti-extremismo: Sirve como seguro del ordenamiento constitucional liberal democrático (fdGO) contra la infiltración fascista o estalinista.

---

<sup>27</sup> La democracia llamada «militante» «dispuesta a defenderse» fue concebida por LOEWENSTEIN, KARL: «Militant Democracy and Fundamental Rights», en: *American Political Science Review* Bd. XXXI, 1937, pp. 417 y ss. Y pp. 638 y ss.

<sup>28</sup> En la sentencia contra el KPD, el BVerfG habla de «partidos totalitarios», frente a los que «ya no es posible mantener una posición neutral» (BVerfGE 5, 85/137 f.).

<sup>29</sup> FREI, NORBERT: *Vergangenheitspolitik*, München 1996, p. 343. Pero diferente RIDDER, HELMUT: *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, pp. 54 ss. Y el mismo: *Zur Ideologie der streitbaren Demokratie*, Berlín 1979.

<sup>30</sup> DUBIEL, HELMUT y FRANKENBERG, GÜNTER: «Entsorgung der Vergangenheit», DIE ZEIT Nr.12 del 18. 3. 1983.

De esta forma, el bien a proteger es la integridad o la estabilidad del sistema de la libertad y de los principios e instituciones que la constituyen. La orientación hacia la estabilidad resulta sin problemas de la mayor parte de elementos de definición del ordenamiento constitucional liberal democrático presentados por el BVerfG en su sentencia de la ilegalización del SRP, o sea, la soberanía del pueblo, la división de poderes, la responsabilidad del gobierno, la legalidad de la administración, la independencia de los tribunales, el principio del multipartidismo, la igualdad de posibilidades de los partidos con el derecho a la formación y la ejecución del trabajo de oposición<sup>31</sup>. Bajo el «ordenamiento» se debe entender, por lo tanto, la democracia parlamentaria del Estado de Derecho, plural y de partidos, que se basa en la soberanía del pueblo.

La política de ordenamiento anti-extremista conduce a una «vinculación» amplia de democracia. La sentencia del SRP fallada por el BVerfG lo reconocía como tal y lo definía como el resultado de un proceso de aprendizaje: «El legislador alemán estaba ante la disyuntiva de si realizar estas consecuencias [las de un estado liberal democrático – G.F.] en su forma pura o si no *sería mejor establecer aquí ciertos límites por las enseñanzas de las experiencias del pasado reciente*»<sup>32</sup>.

También en la sentencia del KPD, el tribunal hablaba de que la «posición de la Constitución acerca de los partidos políticos sólo es comprensible sobre la base de las experiencias de la lucha contra este sistema totalitario»<sup>33</sup>. Se refiere aquí al sistema del nacionalsocialismo. El tribunal aprobaba la limitación que provoca la ilegalización de un partido haciendo referencia a la vinculación de valores del ordenamiento, manteniendo «una posición fundamentalmente antidemocrática». La lógica anti-extremista de los años 50 llevaba consigo un problema que el BVerfG podía dejar de lado en su sentencia de ilegalización del SRP, ya

---

<sup>31</sup> BVerfGE 2, 1/12 ss.

<sup>32</sup> BVerfGE 2, 1/11 (en el original no se resalta).

<sup>33</sup> BVerfGE 5, 85/138.

que era relativamente fácil —por la continuidad personal, programática y estructural del partido— demostrar la «similitud»<sup>34</sup> entre el SRP y el NSDAP. El problema consiste en la legitimación. O sea, según la autovinculación democrática, sólo la puesta en peligro del ordenamiento o una amenaza demostrable a la integridad de su núcleo universal puede conducir a la exclusión de un partido del círculo constitucional. Si el peligro se interpreta en el art. 21 párrafo 2 GG como un elemento tipo de delito no tipificado, resulta el dilema político estructural de que una ilegalización de partido demasiado prematura —debido a que no existe riesgo real para la estabilidad— sería innecesaria o incluso abusiva, pero la espera podría llevar a la situación de que la ilegalización de un partido poderoso, que en función de sus seguidores y de su representación parlamentaria se podría convertir en un peligro real para la democracia, prácticamente ya no se podría realizar<sup>35</sup>. De una forma o de otra, el art. 21 párrafo 2 GG erraría, por lo tanto, en sus fines.

Los seguidores de la política de crítica del ordenamiento siempre<sup>36</sup> han entendido el problema de la justificación como una contradicción propia, paradójica o dilema e, incluso, han llegado a decir que el art. 21, párrafo 2 GG es «un derecho constitucional anticonstitucional»<sup>37</sup>. El BVerfG pudo dejar de lado este problema en su sentencia del SRP por la similitud. En la sentencia del KPD no podía seguir este camino. Aquí combinó, igual que en la sentencia del SRP, la vinculación de valores del ordena-

<sup>34</sup> BVerfGE 2, 1/69 ss.

<sup>35</sup> SCHUSTER, RUDOLF: «Relegalisierung der KPD oder Illegalisierung der NPD?», en: *Juristenzeitung* 1968, pp. 413 ss., p. 420; STOLLBERG, FRANK: *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Parteienverbots*, Berlín 1976, pp. 26 ss.

<sup>36</sup> Empezado con el «padre del concepto» LOEWENSTEIN, KARL: «Militant Democracy and Fundamental Rights», *American Political Science Review* XXXI, 1937, pp. 417 ss., pasando por RIDDER, HELMUT, «Art. 21 II GG», en *AK-GG*, 1. Ed. 1984, pp. 1424 ss. hasta PREUB, ULRICH K.: «Die empfindsame Demokratie – Über die inneren Grenzen eines Parteienverbots in der Gesellschaft der Individuen», en: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* n° 194, 22. 08. 2000, p. 51 (a continuación PREUB, ULRICH K.: «Die empfindsame Demokratie»).

<sup>37</sup> Ver BVerfGE 5, 85/137.

miento con una posición «activa y agresiva de combate» y, por lo tanto, un comportamiento anticonstitucional frente a «los valores fundamentales intocables del ordenamiento del estado»<sup>38</sup> y añade como criterio adicional, de forma implícita, un peligro lógico: El partido a ilegalizar «debe afectar de forma planificada al funcionamiento de este ordenamiento y *en lo sucesivo* querer eliminar este ordenamiento»<sup>39</sup>. Lo decisivo es la orientación política de ese partido. Si se dejara seguir a ese partido con esa orientación, su actuación sería consecuentemente el derrocamiento del ordenamiento establecido. En este sentido, un partido puede ser anticonstitucional conforme al art. 21, parr 2 GG, incluso si, según la humana prevención, «no hay perspectiva de que pueda realizar su intención anticonstitucional en un futuro cercano»<sup>40</sup>. «Para el tribunal siempre son decisivos los objetivos, o sea las ideas de lo que el partido se ha propuesto lograr en su efectividad política en el Estado»<sup>41</sup>. Por tanto, aunque en el marco de la lógica del ordenamiento anti-extremista apenas plausible, el BVerfG comenta en casi 50 páginas los objetivos marxistas leninistas, constata su incompatibilidad con la fdGO y vuelve a reflejar en 180 páginas los objetivos marxistas leninistas y, por lo tanto, anticonstitucionales del KPD<sup>42</sup>. El tribunal realiza —con muchas palabras y citas— el intento infructuoso de evitar las condiciones de la lógica anti-extremista. De forma hiper-preventiva se coloca la protección del ordenamiento en un momento tan temprano, en el que todavía no se puede hablar de un riesgo tangible de los elementos nucleares universales de la democracia. Si es verdad que la ruptura temprana de los procesos de aprendi-

<sup>38</sup> BVerfGE 5, 85 (5º enunciado) y 133 ss., esp. 138 ss.

<sup>39</sup> BVerfGE 5, 85/141 (en el original no se resalta).

<sup>40</sup> BVerfGE 5, 85/143.

<sup>41</sup> BVerfGE 5, 85/146.

<sup>42</sup> Acerca de la crítica: ABENDROTH, WOLFGANG: «Das KPD-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zum Problem der richterlichen Interpretation von Rechtsgrundsätzen der Verfassung im demokratischen Staat», en el mismo, *Antagonistische Gesellschaft und Demokratie*, Neuwied 1968, pp. 139 ss., pp. 146 ss.; MEIER, HORST: *Parteiverbote und Grundgesetz*, pp. 72 ss. (a continuación: MEIER, HORST: *Parteiverbote und Grundgesetz*).

zaje en la fase de fundación de la república todavía parecen explicables, carecen las justificaciones correspondientes de cualquier fuerza en una democracia consolidada y resistente a su derrocamiento<sup>43</sup>.

## VI. REPUBLICANISMO NEGATIVO COMO CONSTITUCIÓN SECUNDARIA

En los años 90 se ha efectuado un cambio de paradigma en lo que se refiere a la «democracia dispuesta a defenderse», que en Alemania se caracteriza por el cambio del anti-extremismo al anti-nacionalsocialismo. Con este cambio se modifica la orientación de observación y de los objetivos de la «disposición de defensa»: La sociedad se enfrenta a intentos organizados de volver a instalar una comunidad nacionalsocialista sobre la base de un antisemitismo y un racismo agresivo, y quita a estas organizaciones los beneficios de la legalidad. Ahora, el objetivo es evitar el resurgimiento de una sociedad inhumana, históricamente superada. Este paradigma recibe, por lo tanto, su legitimidad únicamente de la historia colectivamente experimentada por esta sociedad. Su definición como «republicanismo negativo»<sup>44</sup> señala tres cosas: primero, la incrustación histórica y la vinculación de una concepción de democracia que, segundo, pone sobre la mesa una historia de aprendizaje específica y, tercero, se hace presente en una limitación del acceso a la esfera pública, es decir, en una limitación

---

<sup>43</sup> Ese es el argumento principal de la crítica a las actuales ilegalizaciones comp. LIMBACH, JUTTA (ed.), *Das Bundesverfassungsgericht. Geschichte – Aufgabe – Rechtsprechung*, Heidelberg 2000, pp. 51 ss. o MEIER, HORST: «“Ob eine konkrete Gefahr besteht, ist belanglos”. – Kritik der Verbotsanträge gegen die NPD», en: LEGGEWIE, CLAUS/HORST MEIER (ed.), *Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben*, pp. 14 ss. (a continuación: LEGGEWIE/MEIER (ed.), *Verbot der NPD*), que, en el marco del paradigma, hace referencia a un peligro para el Estado, el poder estatal o el ordenamiento del Estado.

<sup>44</sup> Recojo este concepto de NIESEN, PETER: «Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Morality». Acerca de la concepción cercana de un universalismo negativo: GÜNTHER, KLAUS: «The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture», en: *The EU and Human Rights*, ed. Philip Alston, Oxford 1999, pp. 117 ss., p. 125.

del principio republicano<sup>45</sup>. En el contexto alemán, la «disposición a la defensa», fundamentada de esta forma, otorga a la constitución de nuestro país el carácter de una contra-constitución nacionalsocialista<sup>46</sup>. En otros contextos se podría pensar en una constitución antifranquista (España) antiaparteid (Sudáfrica) o antiestalinista (en las antiguas sociedades socialistas).

El BVerfG ha hecho ya referencia en su sentencia sobre el SRP a esta concepción que, a diferencia del anti-extremismo, define a un contrario concreto y expresa una particularidad antifascista: «No existe ninguna duda de que la antigua NSDAP de acuerdo con su desarrollo, tal y como se puede ver desde la perspectiva actual, y en caso de que existiera en la actualidad, sería un partido anticonstitucional conforme al art. 21 párrafo 2 GG; específicamente las experiencias con este partido han sido el motivo inmediato para la creación del art. 21 párrafo 2 GG»<sup>47</sup>. Este principio republicano negativo no se siguió desarrollando en los años 50.

Una nueva variante de este republicanismo negativo se argumenta *de lege ferenda*: El art. 21, párrafo 2 GG debería ser redactado de forma diferente, parecido a la cláusula de la constitución italiana de 1947, o sea el art. XII de las disposiciones provisionales y definitivas, como «cerrojo antifascista»: «Es necesario tomar una decisión política clara: O se piensa que nuestros neonazis son una magnitud que se puede dejar de lado, en ese caso tenemos que soportar su libertad repugnante y proteger las marchas de las cruces gamadas con policías, o se reprimen incluso los elementos iniciales de la política neonazi con un

---

<sup>45</sup> Sobre ello FRANKENBERG, GÜNTER: «Art. 20 ptos. 1-3 I (Republik)», en *Alternativkommentar zum Grundgesetz II*, ed. Erhard Denninger et al., 2. edic. Neuwied 2001.

<sup>46</sup> Ver LADEUR, KARL-HEINZ: «Art. 139», en: *Alternativkommentar zum Grundgesetz II*, ed. Erhard Denninger et al., 1. edic. Neuwied 1989.

<sup>47</sup> BVerfGE 2, 1/70. Esta línea argumentativa es desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal acerca de las ilegalizaciones de organizaciones conforme al Art. 9 párrafo 2 GG: BVerwG *Neue juristische Wochenschrift* 1995, pp. 2505 ss., BVerwG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1997, pp. 66 ss.; comp. también BVerwGE 61, 194/197

artículo de excepción riguroso»<sup>48</sup>. Conforme a Leggewie y Meer en el caso de una «constitución antinazi no equilibrada» se trata de una ruptura de la constitución democrática y de una protección de la república contra los riesgos. El concepto «ruptura» indica que, conforme a la opinión de la doctrina, se debe elaborar una situación de Derecho constitucional que sea antidemocrática o, incluso, anti-constitucional. Con la concepción de riesgos, orientada hacia la estabilidad, se mueven —si se ve de forma rigurosa— dentro del marco de una lógica antiextremista y se dejan guiar de forma intuitiva para limitar el principio republicano.

Una segunda variante recoge el tema de la «similitud» pero le da a ella y, con ello, a la «democracia dispuesta a defenderse» un nuevo tipo de lectura a través de una interpretación sistemática de la constitución, en combinación con la imagen del soberano aprendiz<sup>49</sup>. La experimentación democrática se limita en el sentido de que ya no se toleran nuevas ediciones del experimento nacionalsocialista sobre la base de consideraciones normativas. El soberano democrático, en consecuencia, ha llegado a la conclusión, por la singularidad de los crímenes nacionalsocialistas, de que, en lo que se refiere a un régimen de terror nacionalsocialista, independientemente de la forma en que se de, ya no existe ninguna necesidad de aprendizaje. Las organizaciones nacionalsocialistas, independientemente de que sean asociaciones, unidades de combate paramilitares o partidos, tienen la presunción en su contra de que —con su programática operativa y su práctica— quieren ser los herederos de un régimen criminal y que no tienen nada, absolutamente nada, que aportar al futuro democrático de la sociedad. Con ello se justifica la limitación de su acceso a la vida pública.

---

<sup>48</sup> LEGGEWIE/MEIER: *Republikenschutz*, pp. 308 ss., p. 319. MEIER, HORST, *Parteiverbote und demokratische Republik*, p. 20, pp. 363 ss. Habla de una «excepción anti-nacionalsocialista» que se justifica con la reciente historia alemana

<sup>49</sup> FRANKENBERG, GÜNTER y LÖWER, WOLFGANG: *Antragsschriftsatz des Deutschen Bundestages vom 29. 03. 2001 – Innenausschuss des Deutschen Bundestages*, Ausschussdrucksache 14. WP N<sup>o</sup> 434 (A continuación: *Verbotsantrag BT*).

Tomando en cuenta el largo periodo transcurrido desde el régimen nacionalsocialista y su singularidad criminal, la segunda variante del anti-nacionalsocialismo está ante el problema de establecer criterios precisos para definir la afinidad esencial entre el antiguo nacionalsocialismo y el moderno, por un lado para no ser anacrónica y adaptarse a la actualidad real y, por otro, para no cortar demasiado temprano los procesos de aprendizaje necesarios, o sea no traicionar a la democracia<sup>50</sup>. La «similitud» exige la prueba rigurosa de una afinidad programática, estratégica y retórica, que se demuestra, además, en la práctica diaria de un partido. Esta prueba sólo puede ser convincente si se puede demostrar en forma de una contraprueba que las diferencias entre los antiguos nazis y los nuevos nazis se deben exclusivamente sólo a las diferencias entre las condiciones en el contexto histórico y político, o sea, que se pueden dejar de lado sin que se elimine su similitud y su comparabilidad en lo que se refiere a los elementos centrales programáticos, estratégicos y tácticos, así como de su práctica diaria, su retórica y el cuidado de sus tradiciones<sup>51</sup>.

Si fuese admisible echar el cierre contra el renacimiento organizado de cada experiencia histórica, entonces la sociedad, sus élites constitucionales y sus órganos ejecutivos, tendrían las manos libres para convertir sus malos recuerdos en ilegalizaciones de partidos. Para evitar que eso suceda y que el republicanismo negativo se salga fuera de control, la experiencia vital, si se quiere justificar con ella la democráticamente delicada exclusión de un partido, esta experiencia deberá ser clasificada según el peso de la injusticia cometida. En el contexto alemán, la singularidad de los crímenes nacionalsocialistas tiene un significado tanto legitimador como restrictivo. La singularidad

---

<sup>50</sup> MEIER acusa a los solicitantes en el procedimiento contra el NPD de no haber tomado esto en cuenta, distanciándose el mismo de su «orden fundamental anti-nacionalsocialista» «auf Distanz geht – Meier, Horst,» «Ob eine konkrete Gefahr besteht, ist belanglos», in: LEGGEWIE/MEIER (Hg.), *Verbot der NPD*.

<sup>51</sup> *Verbotsantrag BT*, pp. 91-183.



no sólo hace referencia a la incomparabilidad de lo sucedido, sino también a la «insostenibilidad de la responsabilidad que se nos exige», tal y como lo define Habermas<sup>52</sup>. Lo empírico de lo vivido se vincula de esa manera con una unión normativa: la responsabilidad moral y jurídica para esta experiencia de sufrimiento histórica no puede ser delegada por ningún soberano alemán. Un soberano que hace frente a su responsabilidad histórica no se comporta, por lo tanto, de forma contradictoria si recorta las libertades de comunicación y de organización de los partidos neonazis. Más bien, concretando esta responsabilidad, dicta para un supuesto excepcional criminal un régimen derogatorio excepcional que está ajustado de forma tan precisa al régimen de injusticia vivido y sufrido, que resiste a cualquier intento de generalización. El art. 21 parr 2 GG —en el contexto de las disposiciones constitucionales que deben garantizar la discontinuidad del régimen nacionalsocialista— se debería interpretar consecuentemente de forma restrictiva como actualización de la vinculación del soberano a una experiencia histórica singular y a la responsabilidad resultante, no sólo moral, sino también jurídica.

El paradigma anti-nacionalsocialista conduce a una modificación dramática de la orientación en lo que se refiere a la «disposición de defensa» y a un recambio del bien a proteger. La defensa se orienta en el contexto alemán contra un resurgimiento —independientemente de su forma— del régimen de injusticia nacionalsocialista. Ya no se protege la estabilidad del orden que está concretamente en peligro, más bien se valora una responsabilidad histórica y, de esa forma, se rechaza incluso un peligro abstracto. En el marco de este paradigma se protegen de forma mediata también las víctimas y los supervivientes, y junto a ellos también a los grupos que el nacionalsocialismo actual y moderno ha colocado en sus listas de persecución.

---

<sup>52</sup> HABERMAS, JÜRGEN: «Vom öffentlichen Gebrauch der Historie», en el mismo., *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt am Main 1987, p. 144. PETER NIESEN («Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Morality») me ha llamado la atención sobre el significado diferencial del peso de la injusticia.

El republicanismo negativo se enfrenta así al problema de definir cuál de los enemigos definidos por los neonazis es sólo una actualización de la ideología nacionalsocialista en el contexto alemán o cuales van más allá de la vinculación histórica y se convierten así en una ampliación de los límites de este paradigma. Donde la «unión nacional» fundamentada étnicamente y orientada hacia la exclusión funciona como elemento central de la ideología operativa se convierten todos los «otros pueblos», o sea, hoy todos los extranjeros junto a los judíos y los contrario políticos («el sistema»), en enemigos.

## VII. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL

El tercer paradigma deja atrás la protección preventiva y abstracta del ordenamiento y va también más allá de la orientación y responsabilidad histórica. El paradigma «sociedad civil» quiere asegurar la democracia agonial, o sea la cultura de lucha democrática. De esa forma se descubren principios organizados que violan de forma grave las reglas de conflicto fundamentales: es decir, partidos que, primero, «van a por todas» y no reconocen la limitación de los métodos de conflicto, como la prohibición de la violencia, y que, segundo, convierten al contrincante en un enemigo y la lucha democrática en una situación casi de guerra civil, negando a sus «enemigos» todos los derechos humanos, o sea que abandonan, y no sólo de forma verbal, el nivel horizontal de la sociedad de iguales.

Este paradigma es más amplio que los otros, con lo que se corre un mayor riesgo de generalización. Pero se concentra en las condiciones fundamentales en las que se desarrollan en una sociedad civil los conflictos que surgen, con lo que se garantiza una aplicación restrictiva<sup>53</sup>. De esa forma no descansa en el anti-extremismo sino que resalta

---

<sup>53</sup> De forma detallada FRANKENBERG, GÜNTER: «Zur Rolle der Verfassung im Prozess der Integration», en: *Integration durch Verfassung*, ed. Hans Vorländer, Opladen 2002, pp. 43 ss.

el primer elemento de la definición «clásica» de un orden fundamental liberal democrático: el respeto a los derechos humanos. Con la estructura de lucha democrática se quieren proteger simultáneamente las formas de vida liberales y de derechos humanos y las relaciones de reconocimiento de la igualdad. El paradigma de la sociedad civil está fundado moralmente y orientado de forma integradora.

El punto de enlace constitucional del paradigma de la sociedad civil y de su integración por el conflicto es el compromiso recíproco —insertado en el principio democrático— de mantener la integridad de los procedimientos democráticos e instituciones para proteger la integridad de minorías derrotadas por los votos. Estos no corren peligro de derrocamiento, sino porque hay grupos y organizaciones que logran intimidarles a nivel local o de echarlos de áreas determinadas o que les amenazan, en caso de que estos grupos tomen el poder, con liquidar su derecho a la existencia (no sólo) en las áreas públicas. Quien, por ejemplo, quiere crear «pesadillas» y «zonas nacionales liberadas», quien en la vida pública persigue o aterroriza sistemáticamente a personas que piensan o viven de forma diferente o que tienen un aspecto diferente viola las formas de vida democráticas y niega de forma drástica aquel reconocimiento civil mínimo que uno debe en democracia a sus contrincantes.

Este tipo de lectura de la «disposición a la defensa» protege, por lo tanto, las *minima moralia et legalia* de una democracia sin postular simultáneamente que el ordenamiento democrático está en peligro en su totalidad. El paradigma de la sociedad civil no se presenta con la pretensión de que —por ejemplo con una prohibición— se haya hecho todo lo políticamente necesario. Más bien limita el círculo de acción de organizaciones demostradamente anti-democráticas en favor de minorías amenazadas.

Al que esta concepción le sea demasiado moralista o tenga aspectos demasiado constitucionales se le puede contestar que la democracia no se puede tener de forma gratuita sin ordenamiento normativo, o sea, en estado de naturaleza. Las sociedades —en todo caso la Republica Fe-

deral— se han comprometido en el ámbito internacional, supranacional y nacional, a cuidar los estándares de los derechos humanos y a proteger a las minorías discriminadas y perseguidas. Además, el régimen de las mayorías implica —para ser legítimo— la protección de las minorías derrotadas en las urnas. Con ello, estas sociedades —aunque los demócratas libertarios lo lamenten— se han comprometido con un determinado tipo del proteccionismo. O sea, quien —en el caso de la ilegalización de partidos— ya sepa desde el principio que se trata obligatoriamente de una contradicción, una paradoja o un dilema de la democracia, demuestra que reduce la democracia a un único principio, la libertad política, y que no quiere darse cuenta de que la democracia tiene un tejido normativo más complejo. La democracia no sólo afecta a la relación de una sociedad para consigo misma, con su destino y su orientación hacia el futuro, sino, simultáneamente, a la relación entre las mayorías y las minorías, especialmente entre la propia y la ajena, afecta a la relación entre los géneros, así como a la relación hacia las generaciones futuras y el medio ambiente. El paradigma parte, por lo tanto, de la premisa de que esta construcción normativa e institucionalmente compleja sólo puede existir y desarrollarse sobre la base de la disposición mínima de los ciudadanos y las ciudadanas al reconocimiento mutuo como iguales<sup>54</sup> y vincula la tolerancia con el principio del reconocimiento recíproco.

En el caso de expresiones de violencia, odio, racismo y antisemitismo, una sociedad que se haya declarado democrática deberá desarrollar, por lo tanto, una mayor sensibilidad. El cuándo y qué tipo de intervención es adecuado o necesario sigue a un guión dictado por el principio de la subsidiariedad, las reglas de la tolerancia nivelada y el reconocimiento recíproco. Primero se apostará por el debate y la ilustración, por la autocuración y la autoayuda, como lo que se denomina de forma patética «la subleva-

---

<sup>54</sup> PREUB, ULRICH K.: «Die empfindsame Demokratie». Respuesta crítica de LADEUR, KARL-HEINZ: «Die Rechten und das Recht» «eine Warnung vor der Zivilgesellschaft», en: LEGGEWIE/MEIER (Hg.): *Verbot der NPD*, pp. 120 ss.

ción de las personas de bien», por el autocontrol y las intervenciones sociopedagógicas. Eso se debe y se puede conceder sin problemas a los críticos de las ilegalizaciones<sup>55</sup>. Pero donde la acción genuinamente civil ya no es posible o suficiente, en el caso de violaciones delictivas de las formas de vida democráticas, se tendrá que recurrir a una responsabilidad individual o colectiva en forma de sanciones penales. Cuando el argumento democrático no tiene efecto y se llevan a cabo de forma organizada discriminaciones, persecuciones y violaciones diarias bajo la cobertura de la legalidad, entonces no se pueden excluir acciones constitucionales que vayan más allá, por ejemplo en forma de ilegalizaciones de partidos y organizaciones. No son ni el orden ni la mayoría de los no afectados —que parecen dictar el tenor de críticas oportunistas y de principio a las ilegalizaciones<sup>56</sup>— sino que son las víctimas las que tienen derecho a que se recorten las libertades de propaganda y de la práctica de persecución antisemita o racista amenazante y que no se toleren estas posturas con el gesto de una radicalidad cómoda, como parte desagradable de la normalidad, pero que se tiene que tolerar.

Pero es verdad: Encontrar la medida y el momento correctos para la intervención adecuada es una cuestión de *trial and error*. Con lo que volvemos al principio. El soberano aprendiz tiene derecho al error, pero también al compromiso a evitar en lo posible los errores graves. Entre los errores que se deben evitar se encuentra el hecho de pensar que un peligro no es relevante hasta que la mayoría numérica se vea afectada directamente por este peligro.

---

<sup>55</sup> Especialmente las aportaciones de DIETER GRIMM y WOLF-DIETER NARR en LEGGEWIE/MEIER, *Verbot der NPD*.

<sup>56</sup> S. MEIER, HORST: *Parteiverbote und Grundgesetz*; el mismo: «Ob eine konkrete Gefahr besteht, ist belanglos», en: LEGGEWIE/MEIER (Hg.): *Verbot der NPD?*, pp. S. 23, 24 y 27.