

OBSERVACIONES SOBRE LA SUPRESION DEL ESTADO DE GUERRA Y LA LIMITACION DE LA JUSTICIA PENAL POLITICA EN LA CONSTITUCION DE BONN

1

EXPOSICIÓN E HISTORIA DE LA EVOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA ACTUAL

El estado de guerra o excepción y la justicia penal política (1) son, como es sabido, bajo el aspecto jurídico-constitucional, instituciones extraordinariamente problemáticas y ambivalentes en *todas* las ordenaciones constitucionales democráticas y de Estados de derecho. De una parte merman los dos sensiblemente el ámbito de los derechos fundamentales, o sea en el lenguaje del antiguo Tribunal Supremo alemán, del «santuario del pueblo», y, en particular, de las libertades cívicas. En cambio, la democracia orientada a la posibilidad de un relevo por los elementos de oposición en el disfrute del poder político, presupone un usufructo lo más amplio y plural de este ám-

(1) El concepto de «justicia política» tiene un alcance mucho mayor que la noción de «justicia *penal* política» empleada en el ensayo presente. OTTO KIRCHHEIMER: *Political Justice*, Princeton University Press, 1961, ha definido en el subtítulo de su obra el concepto de «justicia política» en un sentido muy lato como «The Use of Legal Procedure for Political Ends» (El uso del procedimiento legal para fines políticos). El reconocimiento de que *toda* actividad de administración de justicia lleva sin duda en sí un elemento político, más o menos considerable, constituye un valor bien afianzado de la ciencia política moderna. (Véase, a propósito, mi memoria sobre la Conferencia de la Tabla Redonda de la «International Political Science Association» en Freudenstadt, 1962, acerca del tema «The Political Role of the Courts», en la *Politische Vierteljahresschrift*, 4, 1963, págs. 213 y sigs.) En lo tocante a este ensayo se entiende por «justicia penal política» *únicamente* aquella actividad de administración de la justicia practicada según normas de Derecho penal, que obvia y exclusivamente tiende a castigar acciones políticas o intencionalmente tales.

bito de la libertad cívico. En este sentido son ambas instituciones elementos heterogéneos en la ordenación constitucional de todas las democracias parlamentarias y presidenciales. Por otra parte, tampoco la democracia constitucional puede ni quiere renunciar a una protección eficaz de su orden interno contra los ataques de sus enemigos. Ahora bien, como ambas instituciones parecen garantizar una protección sumamente eficaz en este sentido, es natural que también la democracia constitucional del siglo XX se sirva de ellas generosamente, bien que siempre en el sentido de una «excepción, que confirma la regla». El catedrático alemán de Derecho político Carl Schmitt, que ha consagrado gran parte de su obra científica al fenómeno de estado de excepción, todavía se ha creído en el caso de insistir en numerosas publicaciones de los años treinta de nuestro siglo en que ninguna Constitución de un Estado de derecho podía prescindir del estado de excepción (de la justicia penal política no se ha ocupado Carl Schmitt *expressis verbis*).

Esta problemática consistente en la desnaturalización potencial de la democracia constitucional ha sido tratada siempre *hasta ahora separadamente* con respecto a las dos instituciones. Semejante «approach» o enfoque es totalmente *inadecuado* al objeto, como se verá seguidamente. Se explica, sin embargo, perfectamente por las antiguas formas de manifestarse el estado de excepción y la justicia penal política, claramente perfiladas entonces y fáciles de distinguir. Así, por ejemplo, el paso al estado de excepción (llamado también «estado de guerra», «estado de sitio», «estado de crisis o emergencia») (2), que se proclamaba en un caso de guerra o de una insurrección interior (3) y que en los instrumentos constitucionales de la Europa del siglo XIX estaba previsto en parte expresamente (4) y en parte interpretado

(2) En la actual discusión político-interior alemana de la problemática, a la que hemos de referirnos brevemente en la sección III de este estudio, se usa con preferencia la expresión «estado de emergencia».

(3) En el presente estudio vamos a ocuparnos únicamente de la problemática del estado de excepción *en tiempo de paz*. Lo cual no quiere decir que la declaración de estado de excepción en tiempo de guerra carezca de problemas. Lo que sucede es que en la extrema situación de peligro correspondiente a la guerra, los problemas quedan relegados, naturalmente, a un segundo plano y aun la democracia constitucional puede en tal situación conceder mayor importancia a una acentuación transitoria de la razón de Estado. De donde resulta más urgente aún el evitar que la ley marcial del estado de excepción provoque una desarticulación del orden vigente en la situación de paz. En esto nos brinda una buena lección de teorías la rutina política británica; véase también a ALFRED DENNING en *Freedom under the Law*, Londres, 1949, págs. 10 y siguiente y 35 y sig.

(4) Tal sucede, por ejemplo, en el artículo 11 de la llamada Constitución Prusiana Revisada del 31 de enero de 1850, nacida bajo presión conservadora, que sirvió de base para la promulgación de la ley prusiana de estado de excepción de 4 de junio de 1851.

en ellos por la práctica de la actividad política (5), era objeto de severa regulación. La «constitución» (6) del estado de excepción, que transfería el poder ejecutivo al comandante militar y añadía a la injerencia en los derechos de libertad reducciones drásticas de la protección jurídica por parte de los Tribunales, sólo mediante un procedimiento sensiblemente llamativo (notificación a golpe de tambor, a toque de corneta o algo parecido) podía ponerse en vigor. En cambio, el Derecho penal político clásico era un elemento vigente y aplicable de la normal codificación jurídico-penal, si bien se distinguía, durante la época liberal, de las restantes leyes penales en que para los delitos políticos podían establecerse sanciones no infamantes (custodia honesta). Su volumen era relativamente reducido. Comprendía, en rigor, solamente los delitos de alta traición y de lesa patria, de los que el primero consistía únicamente en ataques violentos al orden político interior. Este clásico Derecho penal político no pasaba de constituir una red de grosero cernido de posibilidades represivas. Agotadas éstas, cuando, por ejemplo, una conspiración para alta traición degeneraba en una revuelta

Esta ley resultó también, en virtud del artículo 68 de la Constitución bismarckiana del Reich de 16 de abril de 1871, elemento básico de las atribuciones excepcionales del Poder del Reich y tuvo vigencia germano-legal (o nacional) hasta su derogación por el manifiesto del revolucionario «Consejo de Comisarios del Pueblo» a la nación, del 12 de noviembre de 1918. Este manifiesto o proclama notificaba, con carácter de ley, en el párrafo 1.º: «Queda levantado el estado de sitio». Con lo que sin duda se significaba que no solamente quedaba levantado el concreto estado de sitio existente en *tonces* como consecuencia de la primera gran guerra, sino también suprimida por completo semejante institución. No está, pues, en lo cierto ERNST RUDOLF HUBER cuando afirma en *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, tomo 1.º, Stuttgart, 1961, página 414, que la ley del estado de sitio ha estado en vigor hasta su abrogación por el artículo 48, inciso 2.º, de la Constitución alemana de Weimar del 11 de agosto de 1919. Lo que hizo, por tanto, el tan famoso como discutido y reelado artículo 48, inciso 2.º, de la Constitución del Reich de Weimar fué más bien restablecer un estado de excepción muy modificado.

(5) La doctrina constitucional atribuye, por la tática de los instrumentos constitucionales, las correspondientes competencias al ejecutivo de carácter monárquico, toda vez que, según las doctrinas entonces aceptadas, caían bajo la prerrogativa del Monarca todas las competencias que la Constitución no reservaba expresamente a otros órganos estatales.

(6) Se podría calificar con CARL SCHMITT el estado de excepción como *contra* Constitución incluso. Razón tiene este autor al sugerir una y otra vez que el estado de excepción representa una imagen negativa de la estructura constitucional normal. Lo que por cierto corresponde a la interpretación que en general se le da a la palabra «excepción». La excepción es, en efecto, una negación de la regla. La expresión «estado de excepción» es preferible a las de estado de emergencia, etc., por lo bien que refleja la cuestión de que se trata.

de considerable alcance, quedaba como subsidiario el arsenal de los grandes recursos del estado de excepción, cuya declaración tampoco conmovía la relativamente poco diferenciada estructura del poder del Estado de entonces, limitado a un número más bien reducido de funciones. Aun cuando la trascendencia práctica de ambas instituciones era grande, ya que el período constitucional lo iniciaban acciones revolucionarias en la mayor parte de los territorios alemanes (7), su problemática constitucional se mantuvo dentro de límites más bien reducidos, al menos en lo tocante a las libertades cívicas en la formación de la opinión. Para la represión de los movimientos ideológicos discrepantes de la línea oficial y, por tanto, ingratos al Gobierno, se servía el poder estatal constitucionalista principalmente de la censura de la Prensa y de otros recursos administrativos, entre ellos del policial sobre todo (8). En las intervenciones de los Tribunales tratábase de condenas basadas en disposiciones penales de carácter general que sancionan la «resistencia al poder del Estado», la desobediencia administrativa, etc., pero no de la aplicación del Derecho penal político en el sentido restrictivo definido por nosotros. Se puede afirmar, por tanto, que la justicia penal política y el estado de excepción fueron aplicados en sucesión escalonada contra la acción discrepante de la línea oficial, mientras que el no-conformismo ideológico, incluso cuando afectaba a grandes masas, como, por ejemplo, el movimiento socialista, y revestía el carácter de *agitación*, no se veía sancionado como tal. La justicia penal política y el estado de excepción abarcaban el movimiento ideológico de manera incidental y no deliberada (9).

(7) El problema teórico-político de la legitimidad de tales acciones sólo puede plantearse en el momento en que el principio democrático ha entrado en empeñada pugna de prevalencia con el principio monárquico. Lo que en la teoría política alemana no era todavía el caso al estallar la revolución de 1918. De ahí que la doctrina de Derecho político de la época de Weimar, de signo positivista predominante, haya tratado de superar el tránsito revolucionario de la Monarquía a la República mediante la fórmula de «la virtud normativa de lo fáctico» (GEORG JELLINEK y GERHARD ANSCHÜTZ).

(8) Un estudio de gran calidad informativa acerca de la función de la prohibición policial como sucedáneo de la censura puede verse en el ensayo de JOHANNES NOLTE-NIUS: «Die freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft und das Zensurverbot des Grundgesetzes», en *Göttinger rechtswissenschaftliche Studien*, tomo 23, Gotinga, 1958, páginas 33 y sigs.

(9) Esta discordante situación correspondía a la antagónica concepción política del liberalismo nacional, que desde la fundación del Reich bismarckiano cundía en la opinión pública como en las ciencias políticas. RUDOLF GNEIST, en quien concurría la doble condición de influyente político prusiano nacional-liberal y de catedrático de Derecho político en la Universidad de Berlín, ha interpretado este concepto en sus exposiciones de «La ley del Reich contra las tentativas comunitariamente peligrosas de la socialdemocracia» (*Reichsgesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemo-*

En el siglo XX esta situación se ha modificado enteramente, y de tal modificación surgieron y se manifestaron relaciones íntimas entre las dos instituciones que no consienten tratamiento alguno independiente del problema. Ambas instituciones se han expandido, carecen ya de fronteras bien definidas que las separen y no están situadas en sucesión escalonada. Las dos influyen hoy *directamente* en el ámbito delicado de las libertades intelectuales centrales del estado de derecho democrático, como se echa de ver fácilmente con una sola ojeada a las atribuciones de excepción que según el artículo 48, párrafo 2.º, de la Constitución Nacional de Weimar le corresponden al Presidente del Reich así como al Derecho penal político de la República Federal Alemana de la actualidad.

Con lo que su problemática jurídico-constitucional ha logrado justamente importancia en el momento en que sus fenómenos no son ya netamente diferenciables. Razón por la que resulta ineficaz un tratamiento independiente de las dos instituciones, al menos hasta donde alcanza el ámbito de convergencia de sus influjos (10).

La correspondiente evolución en Alemania sólo a grandes rasgos podemos reflejarla aquí.

El artículo 48, inciso 2.º, de la Constitución Alemana de Weimar, que según opinión de Carl Schmitt pone en manos del Presidente del Reich la facultad de disponer de «la libertad y de los bienes» (todos los derechos fundamentales correspondientes podía cercenarlos o suprimirlos el Presidente del Reich en caso de emergencia) y con ellos, «de la sustancia del mismo estado de derecho burgués» (11), es un ejemplo excelente del relajamiento-

teratie), Berlín, 1878, en donde preconiza la actuación preventiva y obstativa de la policía respecto de la agitación socialdemocrática (obra citada, pág. 12), si bien tiene por imposible sancionar tal agitación (misma obra, págs. 4 y sig.). La cuestión de si esta duplicante *praxis* entra o no en colisión con los derechos a las libertades cívicas contenidos en los instrumentos constitucionales ha sido percibida sin duda, aunque no planteada todavía de manera bien rotunda. Y es que el proceso de conversión de estos derechos a la libertad en auténticas normas jurídicas no estaba terminado aún. Además, en múltiples casos contenían especialmente las leyes básicas una reserva limitativa a favor del legislador, y esta reserva para intervenciones legislativas tampoco ha sido interpretada todavía de conformidad con las exigencias de la ley Orgánica.

(10) Se da también el caso de influencias no convergentes, que consienten un tratamiento independiente. Así, por ejemplo, las modernas reglamentaciones del estado de excepción prevén en muchos casos la transferencia del poder legislativo del Parlamento al Gobierno o a una Comisión gubernamental. En esta inversión del principio democrático-parlamentario tenemos un problema que no está en relación directa con la justicia penal política.

(11) CARL SCHMITT: *Legalität und Legitimität*, Munich y Leipzig, 1932, página 77. Esta declaración requiere, naturalmente, una modificación. La opinión de CARL SCHMITT

de las rigurosas prescripciones formales y de la facilitación de transiciones de la «normalidad» de la vida constitucional de los estados de derecho a la acción gubernamental desnuda de juridicidad. Y ello, no sólo en el caso de «re-vuelta», sino también en otros de simple trastorno «del orden y la seguridad públicos», de cuya preexistencia o ausencia podía decir el mismo Presidente del Reich en su calidad de titular de los poderes de excepción. Si los estimaba preexistentes, podía disponer en el acto la suspensión de las garantías constitucionales y hasta ordenar directamente la intervención de las fuerzas militares. De estas posibilidades ha hecho uso en medida creciente el poder civil, o esa el Presidente del Reich asesorado por el Gobierno. El estado de excepción ya no era, en realidad, ningún estado de «excepción», por lo que a su duración toca, si se piensa en la frecuencia con que lo declaraban. Se pueden señalar dos etapas culminantes de su aplicación. La primera, que se extendió de 1919 a 1924 y tuvo gran trascendencia en la transformación restrictiva del compromiso constitucional de los elementos socialistas, liberales y católicos en «estado de derecho burgués». De 1924 a 1930 se consolidaron, al amparo de un relativo restablecimiento de la normalidad económica, las fuerzas políticas en que descansaba el estado de derecho burgués, sin necesidad de declarar el estado de alarma o excepción. Desde 1930 hasta los momentos últimos de la República de Weimar, se echó mano febrilmente de los recursos del estado de excepción para poder hacer frente a la situación de crisis de la política interior, reflejada de la contemporánea crisis económica mundial. Práctica que, por de pronto, hizo de la democracia parlamentaria de la Constitución de Weimar un régimen presidencialista no parlamentario y que luego favoreció, por lo menos psicológicamente, la ulterior transformación de este régimen presidencialista en el tiránico sistema nacionalsocialista, toda vez que los jerarcas nacionalsocialistas pudieron abrirle paso a la evolución gracias a las facultades del estado de excepción. Por donde el destino de la República de Weimar viene a demostrarnos cómo la aplicación de los poderes del estado de excepción, pese a que haya sido prevista por una Constitución de estado de derecho y democrático como

de que «libertad y propiedad» en el sentido de la teoría corriente del Estado de derecho habían constituido la «médula» (obra cit., pág. 76) de la Constitución Alemana de Weimar, correspondía, sin duda, a las circunstancias de la realidad constitucional de 1932. Sólo que ésta no era más que un fragmento del compromiso de creación constitucional pactado por los patricios constituyentes de 1919. De trascendental importancia era el hecho de que, según el art. 48, inciso 2.º, el Presidente del Reich no sólo podía intervenir en las esferas de la propiedad y de la libertad, sino también entrar a fondo en los dominios de las libertades cívicas.

un elemento de protección constitucional, acaba por desnaturalizar fatalmente esa misma Constitución.

Como consecuencia de la práctica del recurso al estado de excepción, también el volumen del Derecho penal político fué rápidamente en aumento, ya que numerosas «disposiciones de emergencia» se vieron dilatadas en las apostillas de severas conminaciones punitivas de la desobediencia a sus mandatos. El mismo Derecho penal político tradicional fué objeto de ciertas amplificaciones en su aplicación, aun cuando no sufriese modificación sustancial en lo tocante a las circunstancias del delito. Un ejemplo típico lo tenemos en el proceso famoso de Carl von Ossietzky por delito de alta traición. En este caso las preexistentes normas jurídico-penales relativas a la alta traición —cuyo origen fuera del «perduellio» romano consistente en un quebrantamiento de la lealtad, como lo comete el ciudadano que traicioneramente entrega a una potencia extranjera secretos de Estado de su país— fueron aplicadas a la publicación en la Prensa nacional de una práctica ilegal del Gobierno. En este caso, de pretendida alta traición publicitaria, se trataba en rigor de un acto de oposición política interna. En 1934 el régimen nacionalsocialista llegó incluso a someter (12) a la jurisdicción penal alemana los delitos de alta traición y de lesa patria cometidos en el extranjero por extranjeros. Con lo que la justicia penal política se atribuía las funciones de protectora de un sistema político contra los ataques del exterior (13) (protección desempeñada en parte hasta entonces por los llamados usos de guerra, integrados a su vez por una mezcla de Derecho nacional y Derecho de gentes consuetudinario) (14). Esta transferencia de funciones es extraordinariamente sintomática. Apunta, en efecto, a una circunstancia imposible de reconocer por diferenciación de las sanciones impuestas, desde el momento en que el nacionalsocialismo ha suprimido para los delitos políticos las penas no infamantes, heredadas de la era liberal (15). Demuestra, en una palabra,

(12) Artículo 4.º, inciso 3.º, núm. 7 del Código penal del Reich alemán después de la modificación consiguiente a la ley del 24 de abril de 1934. Este añadido ha superado impávido el término de la era nacionalsocialista. Su supervivencia es tal que aún hoy conserva en la República Federal Alemana no sólo la condición de derecho vigente, sino que abarca, además, los nuevos (a tratar aún en la sección III de este estudio) «delitos de traición constitucional (en la actualidad: párrafo 4.º, inciso 3.º, núm. 2 del Código penal).

(13) Véase, a propósito, HELMUT K. J. RIDDER: «Der Fall William Joyce», en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 108, 1952, págs. 690 y sigs.

(14) Las oscuridades así resultantes en caso de conflicto de competencia entre «uso de guerra» y Derecho penal político no se han despejado todavía.

(15) La custodia honesta y otras penas no infamantes tampoco han sido restablecidas por el Derecho penal político de la República Federal Alemana.

que el Derecho penal político es, ni más ni menos, que un instrumento defensivo, «violencia estricta», como Gustav Radbruch ha dicho repetidamente, o «coerción, garantía pura de seguridad», según afirmó Arthur Wegner (16). Por consiguiente, no se puede explicar el Derecho penal político a base de un principio de culpabilidad, y en esto difiere radicalmente del Derecho penal restante, definido, precisamente, por el principio de culpabilidad según la doctrina penal aceptada en la Alemania occidental. De la misma manera que las medidas del estado de excepción se ocupan de la *orientación o tendencia* de ciertas acciones, sin preocuparse de la «culpa» o de la convicción del delincuente. En el Derecho penal político se pone de manifiesto, como en el estado de excepción, una razón de estado fundamentalmente opuesta a la razón constitucional de la democracia de los estados de derecho. De ahí que, hablando en términos generales, el Derecho penal político haya de ser considerado por la democracia de los estados de derecho, igual que el estado de excepción, como un fenómeno «beyond the line». La democracia de estado de derecho, si no quiere exponerse al riesgo de una descomposición interna, tendrá que cuidar de que esta línea fronteriza entre la normalidad de su vida constitucional y los fenómenos de excepción se mantenga bien neta siempre.

Hicimos notar ya que la imprecisión de perfiles del estado de excepción según el artículo 48, inciso 2.º, de la Constitución Alemana de Weimar ha contribuido principalísimamente a que los Presidentes del Reich se arrogasen con frecuencia los poderes de excepción. La «línea» ya no se distinguía bien. Las medidas jurídicas de que se sirvieron los nacionalsocialistas para allanar el paso al estado de excepción permanente de su régimen no le dieron al público de entonces la impresión de espectaculares o desusadas, teniendo en cuenta los antecedentes de Weimar. El más significativo de los instrumentos jurídicos de esta transición fué la «Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat» (Decreto del Presidente del Reich para la protección del pueblo y del Estado), de 28 de febrero de 1933, que se decía promulgado sólo para «poner coto a los manejos de los comunistas», pero que inmediatamente se aplicó para la represión de toda clase de movimientos discrepantes de la política del Gobierno. Esta disposición suspendió «por tiempo indefinido» todos los derechos constitucionales de importancia política de la legislación de Weimar, como, por ejemplo, la libertad personal; la de manifestación de la opinión; la de Prensa; la de reunión y asociación; el secreto o inviolabilidad de la correspondencia es-

(16) Véase ARTHUR WEGNER: «Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechts» de la obra *Festgabe für Reinhard Frank*, Tübingen, 1930, págs. 98 y sigs. (152)-

crita, telegráfica y telefónica; la libertad de domiciliarse y la inviolabilidad de domicilio y el derecho de propiedad. Las severas precisiones penales en ella contenidas constituyeron un importante germen del nuevo Derecho penal político que con gran celeridad había de desarrollarse y que sancionaría toda suerte de actividad política iniciada al margen del partido oficial monopolista. Finalmente, acabaría fundiéndose con el dispositivo múltiple de las ejecutivas del Estado y del partido en un nuevo sistema de gobierno totalitario, del que quedan excluido el restablecimiento de los derechos fundamentales. Esta evolución es perfectamente conocida y ha sido objeto de estudio reiterado especialmente por muchas publicaciones históricas y de ciencias políticas. Menos conocido es, en cambio, el hecho de que a consecuencia de la disolución del normativismo jurídico-político el régimen nacionalsocialista —pese al centralismo jerárquico que teóricamente mantenía de toda la organización oficial y del partido, destinada a acaparar a toda la nación en cualquiera de sus manifestaciones vitales— no estaba en condiciones de alcanzar la contención del orden legal formal y de la estructuración de mando de su propio sistema. Así lo confirman las declaraciones testificales, por ejemplo, en los procesos seguidos ahora en la República Federal Alemana contra funcionarios directivos de los que fueron campos de concentración nacionalsocialistas, según las cuales aquel personal podía actuar con amplia independencia. La destrucción, pues, del normativismo y la elevación a norma de la excepción siguió persistiendo en el estado de la situación de emergencia, sin que pudieran verse contenida (17).

II

LAS PRESCRIPCIONES DE LA LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA EN MATERIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE JUSTICIA PENAL POLÍTICA

La ley Fundamental de la República Federal Alemana, que entró en vigor el 24 de mayo de 1949, constituyendo con su vigencia la misma República Federal, se entiende como una Constitución que, con derogación

(17) Esta importante circunstancia es pasada por alto en el estudio que ERNST FRAENKEL hace sobre material insuficiente con el título: *The Dual State*, Nueva York-Londres-Toronto, 1941, mientras que la ha tratado muy certeramente FRANCISZEK RYSZKA en *Panstwo stanu wyjątkowego Rzecz o systemie państwa i prawa trzeciej rzeszy*, Wroclaw-Warszawa-Krakow, 1964. La portada de la obra caracteriza agudamente el sistema político del Estado hitleriano como un «Estado de estado de excepción».

rotunda del nacionalsocialismo y con un máximo de normatividad, persigue la restauración de la democracia parlamentaria de estado de derecho en el ámbito de su dominio y trata de aprovechar al mismo tiempo terapéuticamente las experiencias de la suerte corrida por la República de Weimar. Tiene que ser, por eso, de singular importancia el constatar si ha desarrollado ella una razón constitucional propia en justificación de la contención del estado de excepción y de la justicia penal política, y, en caso afirmativo, hasta qué punto. En esta sección II de nuestro estudio vamos a tratar de las correspondientes decisiones de la ley Fundamental, mientras que la III y última la reservaremos para informar al lector de los aspectos más sensacionales del panorama político de la Alemania occidental en la actualidad, o sea de la muy considerable y extraña discrepancia entre las prescripciones de la ley Fundamental y la efectiva *praxis* estatal en materia de estado de excepción y de justicia penal política.

Después de la capitulación incondicional de los Ejércitos alemanes ante los aliados del 7 al 8 de mayo de 1945, las potencias de ocupación se encargaron de la administración de todo el Poder supremo alemán, con objeto, según declaraban, de democratizar el régimen constitucional interno del país. Huelga decir que en tales condiciones no había lugar para el ejercicio de los poderes de excepción. Todo el Derecho penal político del Código penal alemán fué abolido expresamente por el artículo 1.º de la ley número 11 del Consejo de Control de los Aliados de 30 de enero de 1946, en atención, primero, a la perseguida democratización, en interés luego de la seguridad de las fuerzas de ocupación y, por último, para no exponer a las desagradables incidencias de procedimientos penales a los alemanes desterrados o emigrados que regresaban del exilio. Quedaba, pues, con ello, suprimido el núcleo y sustancia mismos, por así decirlo, de las leyes sancionadoras de la alta traición y de la traición nacional, a las que ningún Estado puede renunciar. Era lógico que este indispensable elemento integrante del Derecho penal político quedaría restaurado tan pronto como los competentes elementos políticos alemanes de las tres zonas de ocupación occidental se resolviesen a aceptar el ofrecimiento de una recuperación parcial de una casi soberanía alemana, que la iniciativa americana había hecho prosperar. Fué así cómo el 24 de mayo de 1949 entraba en vigor con carácter provisional en las zonas de ocupación occidental la ley Fundamental de la República Federal Alemana, que le confería a esta parte del país forma estatal y le procuraba una organización constitucional. En esta ley figuraba un artículo 143, por el que se restablecía, hasta una más plena regulación de la legislación penal, la penalidad de la alta traición (es decir, el cambio del orden constitucional «mediante la fuerza o la amenaza de emplearla») y de determinados

ataques violentos al Jefe del Estado, si bien no preveía aún la penalidad de la traición nacional o lesa patria (18). Se dejaba así al arbitrio del legislador el cuidado de ir desarrollando, con la mayor atención a las elementales disposiciones de la ley Básica, un Derecho penal político a ellas adecuado.

Teniendo en cuenta la involucración, recíproca intromisión y asimilación de funciones del estado de excepción y de la justicia penal política por nosotros constatadas dentro de la época de la República de Weimar, cabe esperar que las disposiciones de la ley Fundamental especialmente importantes para *ambas* instituciones estén contenidas en *una misma* norma o grupo de normas del documento constitucional. Y en realidad así es. A propósito de ello podemos remitirnos nuevamente a Carl Schmitt. Este autor, que consagró décadas de su vida al estudio del fenómeno del estado de excepción (19); que en el período de Weimar se pronunció a favor de los poderes dictatoriales para el Presidente del Reich; que durante el de transición del sistema presidencialista desde 1930 a 1932 al estado de excepción permanente del nacionalsocialismo desempeñó un papel indudablemente importante (20), por más discutido que hoy se vea, con su doctrina, y que ha sido testigo de la total desaparición del normativismo jurídico-político, interviniendo activamente en ello; este autor, digo, se ha manifestado acerca de la cuestión de manera lapidaria pero mucho más precisa que la mayoría de sus colegas de la docencia política alemana, al declarar, mientras los demás callaban o se mostraban reacios: «El estado de excepción... queda suprimido» (21). Atinadamente ha distinguido también la sede material de la prescripción derogatoria de la Constitución, es decir, las disposiciones del artículo 9.º, apartado 2.º, y de los.

(18) En el aspecto de sistematización jurídica es interesante el apartado 6.º del artículo 143. Según antes dijimos, el artículo 143 vige sólo: «Hasta nueva regulación o disposición de la ley Federal». Se trata, pues, en el caso de este artículo de una prescripción constitucional que el mismo legislador constituyente ha dotado de la virtud de una simple ley.

(19) La larga serie de sus publicaciones relativas a la materia empieza en gran estilo con la primera edición del libro *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Munich y Leipzig, 1921. Antes ya había publicado «Diktatur und Belagerungszustand», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 38 («Revista de las Ciencias Penales»), 1916, págs. 138 y siguientes.

(20) Véase, a propósito, el estudio crítico de PETER SCHNEIDER: *Ausnahmestand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt*, Stuttgart, 1957.

(21) CARL SCHMITT: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, 1958, pág. 261. (Observación 2.ª al artículo, titulado: *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung*, Berlín, 1931.)

artículos 18 y 21 de la ley Fundamental (22), que al mismo tiempo representan las normas constitucionales de importancia decisiva para la justicia penal política, puesto que la mutilan sensiblemente. Eliminan así el estado de excepción y simultáneamente limitan la justicia penal política.

Los «padres» de la ley Fundamental de Bonn han creado con estas disposiciones nuevos instrumentos de protección para la guarda permanente de la «normalidad» de la vida constitucional jurídico-democrática; instrumentos que podían aplicarse ya en un momento en que aun distaba mucho de presentarse la crisis de un franco estado de excepción. Respondían así a una plural preocupación: Ante todo, deducían de las experiencias del período Weimar el *resultado* capital y preciso de que las estructuras sutiles y complicadas de la moderna democracia jurídico-política y del moderno Estado democrático presente en todas las relaciones particulares económicas y sociales, podían resultar mortalmente afectadas por la aplicación de los enérgicos recursos del estado de excepción, toda vez que dicho estado llevaría aparejado muy probablemente el fin de la democracia y originaría situaciones caóticas, de suerte que no se podría pensar en él como procedimiento para dominar crisis internas. La analogía con modalidades nuevas impuestas en las relaciones internacionales es manifiesta. En este terreno la consecuencia providencial de los imponentes adelantos de la técnica de las armas atómicas ha sido la coincidencia de que no se pueden emplear en una gran guerra sin cometer la insensatez de aniquilar con ellas los mismos valores por los que se combate. Respecto de la acentuada sensibilidad de las estructuras político-democráticas y político-administrativas significaría el recurso del estado de excepción lo mismo que el de las armas atómicas para la solución de las crisis internacionales. El estado de excepción, con la singular característica del traspaso de facultades ejecutivas limitativas de los derechos constitucionales y de plenos poderes legislativos a determinados órganos del Gobierno, quedó, pues, excluido de antemano por el legislador constitucional. En segundo lugar, creían los autores de la Constitución que estaban en el deber de prever otros procedimientos legales destinados a prevenir el estallido de crisis internas. En tal sentido, y dentro de una más abstracta consideración, en la que se prescindiese de las experiencias de Weimar, la alternativa habría consistido en que la misma ley Fundamental comisionase para un reforzamiento y un más es-

(22) En lo tocante a la coherencia funcional sistemática íntima de estas prescripciones constitucionales auténticamente centrales, véase a HELMUT RIDDER en *Sühnegeranke, Grundgesetz, verfassungsmässige Ordnung und Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Erwägungen anlässlich einer unorthodoxen höchstrichterlichen Entscheidung, Die öffentliche Verwaltung* 16, 1963, págs. 321 y sigs.

trecho calibrado de la clásica red de la justicia penal política preventiva. Como la aplicación del Derecho penal político tanto por la República de Weimar como por el Estado nacionalsocialista estaba resueltamente contra esta alternativa, la defensa preventiva fué ampliamente independizada de la base jurídico-penal y asentada en nuevos fundamentos jurídico-constitucionales. Estas nuevas medidas se integran en una red coherente, tras de la cual tan sólo subsidiariamente persiste en reserva cierta proporción de Derecho penal. Sistematización de defensa estatal que en la historia constitucional alemana carece de precedentes y no es tampoco comparable con los sistemas político-defensivos de otros Estados. De ahí que requiera una amplia explicación.

Todos los tres citados artículos (9.º, 18 y 21) de la ley Fundamental presuponen la radical opción de dicha ley por una «fundamental, democrática y liberal ordenación». Ello se desprende del empleo de esta expresión en los artículos 18 y 21, así como de la locución «orden constitucional» del artículo 9.º, apartado 2.º, la cual, dentro del nivel de depuración polémica alcanzado en la administración de la justicia y, desde luego, en la literatura científica, es sinónima de la «ordenación fundamental democrática y liberal», al menos para el ámbito del artículo 9.º (23). Por «ordenación fundamental democrática y liberal» ha de entenderse una regulación de las relaciones entre «Estado» y «Sociedad», según la cual la organización jurídicamente vinculante tiene lugar *únicamente* por la acción de los órganos estatales integrados por elementos políticos que hayan ascendido al Poder conforme a las reglas del juego del sistema parlamentario, aun cuando en principio subsista dentro de la libre sociedad una libérrima diversidad de opiniones. Este pluralismo de opiniones lo garantizan en detalle particulares derechos fundamentales, especialmente el de información, el de prensa, el de radio, el de cine, el de opinión, el de petición, el de reunión y el de asociación, contenidos todos ellos en la ley Básica o Constitución. El callado pero elocuente ejemplo de semejante «ordenación fundamental democrática y liberal», podría constituirlo la democracia inglesa. En forma típicamente ideal es confrontado constantemente el *pluriversum* o el *omniversum* de la libre sociedad con el poder estatal, que en el sistema parlamentario representa una fracción sin duda mayoritaria, pero fragmentaria, después de todo, del *omniversum* social. De modo principal esta confrontación apunta a dos hitos, un eventual relevo del Gobierno en funciones en caso de modificación de la adscripción de la mayoría y de un constante

(23) Tal es hoy la interpretación del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Constitucional Federal. Véase, a propósito GÜNTHER WILLMS: «Artículo 18 de la ley Fundamental y la defensa del Estado por la ley Penal», en la *Neue Juristische Wochenschrift* 17, 1964, págs. 225 y sig. (226) y a RIDDER en *Sühnegedanke...*, lugar citado (véase la anterior observación 22), pág. 325.

equilibramiento del poder estatal jurídicamente sancionado con las iniciativas, críticas y correcciones del ámbito de la libre sociedad, referidas a su ideal fuerza de convicción político-moral. Como es natural, la perfección típicamente ideal del proceso político aquí descrito no resulta asequible en la realidad. Su pureza immaculada solamente sería imaginable en un supuesto de sobrehumana racionalización constante. Pero aunque tal saturación racionalizante no se dé, y a un cuando en el proceso político en lugar de la argumentación racional abunden los trances sugestivos, la democracia liberal pecha en principio con los riesgos correspondientes y parte del supuesto de que *todos* los ciudadanos activos gozan de capacidad política, están políticamente emancipados. Los riesgos procuran minimizarlos mediante una transparencia, democráticamente adecuada, de las influencias en el poder estatal; mediante una escrupulosa observancia del «principio de la igualdad de oportunidades» para todos los elementos político-sociales y mediante la promoción de la educación política.

La ordenación constitucional democrático-liberal aquí descrita no es un mero ideal cuya realización correspondiese a las fuerzas políticas de una época determinada, sino todo un precepto democrático *normativamente* regulado por la ley Fundamental como especificación del contenido de los artículos 20 y 28, cosa que no ha sucedido nunca con ningún otro documento constitucional. Así lo han reconocido, al menos ocasionalmente y a modo de apostilla, la literatura y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana (24).

Ahora, en el proceso de la democracia liberal, hacen su aparición como factores del costado social tanto los individuos aislados como los grupos o

(24) Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional Federal sobre la prohibición del partido socialista del Reich de 23 de octubre de 1952, tomo 2.º de sentencias del Tribunal Constitucional Federal, páginas 1 y siguientes (14), y, en correspondencia con esto, la sentencia sobre la prohibición del partido comunista de Alemania de 17 de agosto de 1956, tomo 5.º de sentencias del Tribunal Constitucional Federal, págs. 85 y sigs. (140). Verdad es que aquí el Tribunal Constitucional Federal ha definido la «ordenación fundamental democrático-liberal» en una compilación de diferentes principios de estado de derecho y democráticos no sistematizada ni examinada en estricta teoría política, pero consignando de paso el «derecho a la integración constitucional y a la práctica de una oposición». Por lo demás, la compilación ha tomado, sin mencionarlo, el párrafo 88 del Código penal incorporado en el año 1951. En la República Federal Alemana constituye este precedente el ejemplo hasta ahora más acusador de una modificación constitucional en virtud o por efecto de una ley. Por desgracia, en la monografía de WALTER LEISNER: «Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung», en *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Heft 286/287, Tübingen, 1964, escrita con ocasión de esta interesante cuestión de la doctrina constitucional, no ha sido mencionado.

las asociaciones, o también entre los grupos, los partidos políticos especialmente. Todos ellos son, según la ley Fundamental, titulares de derechos de libertad políticamente importantes; pero, además, las asociaciones gozan, según el artículo 9.º, apartado 1.º, del derecho específico constitucional de la libertad de reunión, y los partidos políticos del especial de fundación y de una garantía de existencia sancionadas en el artículo 21, apartado 1.º Todos estos derechos concurren a la libertad de participación en el proceso político, y precisamente de una participación que hace uso de todos los medios ideológicos y publicitarios adecuados y usuales dentro del grado en que se encuentren los adelantos en cada caso. Bajo el aspecto *formal* no existe en esto diferencia alguna por razón de la intensidad de la pugna ideal de opiniones. Comprende incluso lo que en el lenguaje político de la actualidad llamamos «agitación», «propaganda» y «campana», o sea la captación ideológica en un sentido más bien denso, que ni siquiera desdeña los efectos de la psicología de masas, en tanto que el componente racional no se eche de menos y no se haga imposible una formación lógica de conciencia y de juicio. La utilización de los modernos medios de comunicación de masas es, por tanto, de especial importancia y cuenta con una protección constitucional plena. Precisamente estas cooperaciones al proceso de formación de la opinión que se sirven de medios como la prensa, la hoja volante, el libro, el cartel, la radio, el *film* y la televisión, resultan de influencia decisiva entre los recursos de la actualidad. al paso que las demás aportaciones a tal objeto tienen una importancia relativa o muy escasa en el moderno Estado de masas y distancias. Pero, además, la ley Fundamental establece también los *límites de contenido* que a los grupos, a los individuos o a los partidos políticos no les está permitido rebasar en sus eventuales actuaciones. Estos límites o fronteras son traspasados cada vez que las contribuciones a la formación de la opinión tienen por objeto en realidad la abolición de la misma ordenación fundamental democrático-liberal. Por otra parte, la ley Fundamental prescribe e impone procedimientos precisos para que la determinación de límites jurídicamente obligatoria pueda tener lugar con carácter exclusivo. Esta función del artículo 9.º, apartado 2.º, y de los artículos 18 y 21, apartado 2.º de la ley Fundamental, es lo que trataremos de exponer con más detalle a continuación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la ley Fundamental, «decae» de sus trascendentales derechos constitucionales el que «los pervierta, aplicándolos a la lucha contra la ordenación fundamental democrática y liberal». *Unicamente* el Tribunal para la Constitución Federal puede declarar el abuso y su intensidad; que también es posible el decaimiento parcial. Le procura, pues, la prescripción una base al poder público para poder, mediante sentencia del Tribunal Constitucional, apartar a todos y a cada uno —también las personas jurí-

dicas y otras coaliciones— del proceso de la opinión política, siempre que la persona o entidad en cuestión haya llevado al terreno de la práctica una actitud hostil a la ordenación fundamental democrático liberal, aunque se tratase tan sólo de una actuación ideológica. La sentencia de este Tribunal no tiene carácter penal, toda vez que «decaer» de un derecho no es ninguna «pena». La sentencia del Tribunal tutelar de la Constitución Federal que pronuncia el «decaimiento», se limita a suprimir el peligro y permite a todas las instancias ejecutivas inhibir inmediatamente toda ulterior actividad política de la persona en cuestión, sin que sobrevenga colisión con derechos constitucionales. No contiene ningún reproche de «culpa», ni tampoco lleva consigo deshonra, sanciones económicas o pérdida de libertad. No califica de ilegales determinadas acciones, sino que define la tendencia asistemática de ciertas actuaciones como hostil a la Constitución y, por lo tanto, vitanda. Con lo que el artículo 18 ha constituido un reducido ámbito del «beyond the line» político-nacional, en el que una razón de Estado humanizada y moderada por la limitación de sus medios, puede terciar a la manera de las prerrogativas de la Corona británica, ceñidas por el Derecho. Este proceso es en su misma entraña de naturaleza hondamente política, aun cuando en la instancia última se le haya confiado la decisión al Tribunal Supremo en exclusiva. Por su parte, el Tribunal viene a ser, por lo que a esta función toca, un órgano constitucional supremo, ya que atendido el alcance del acto procesado de la hostilidad constitucional, se diferencia radicalmente el pronunciamiento en el decaimiento de derechos fundamentales del de la actuación peculiar de los Tribunales de «administrar justicia».

La administración de justicia es en toda ordenación jurídica algo normativo y obligado, por tanto, en vez de discrecional, siempre que en la realidad se den las circunstancias de una acción punible. Ello no quiere decir que la Administración de Justicia no contenga también elementos de creación jurídica, con los que el Derecho preexistente se enriquece y depura. Se puede afirmar, incluso, que casi todos los actos de administración de justicia contienen esos elementos de creación jurídica en proporción mayor o menor (mientras no se trate, por ejemplo, de una aplicación mecánica de preceptos sobre plazos y vencimientos). Mas la condición judicial, la «judicial mind», como se dice en el lenguaje jurídico angloamericano o el «Wesen der Rechtsprechung», como los alemanes lo entienden, reclama de la creación jurídica judicial adecuación a las exigencias sociales de cada época procurada a pequeñas dosis, con medida circunspección. De este estilo de administrar justicia y de la consiguiente «judicial restraint» se nutre la confianza pública en el poder judicial y en la juridicidad política y de él surge la base justificante para conceder a los jueces la independencia política, la inamovilidad, etc. En cambio, el

decaimiento de los derechos fundamentales políticos previsto por el artículo 18 de la ley Fundamental como consecuencia de la pugna y de los titulares de tales derechos contra la ordenación fundamental democrática-liberal, constituye un acto eminentemente político de la razón de Estado. La cuestión de si en la lucha contra la ordenación fundamental democrática-liberal se ha abusado o no de derechos fundamentales, es susceptible de muy diversa respuesta en cada caso concreto, según las perspectivas políticas de enfoque del juzgador. Aunque haya sido pronunciada con carácter legalmente obligatorio por un juez o Tribunal, la respuesta no es ninguna sentencia, ningún fallo judicial, sino la aplicación de unos plenos poderes (25) que por su índole política no pueden ser administrados normativamente sin que pierdan de paso su elasticidad y, con ella, su razón de ser. Así, pues, el comportamiento de la persona afectada, como titular de derechos fundamentales, por una decisión judicial de decaimiento en ellos, no se mide por módulos jurídicos ni puede, por lo mismo, calificarse de «ilegal» como un delito criminal. Mas para no atribuir inapelablemente tal declaración de decaimiento a la Comisión ejecutiva democrático-parlamentaria, de la que el legislador constitucional recelaba que no cabría actuar con suficiente imparcialidad e independencia en el empeño de señalar un límite equitativo entre el mero inconformismo con el Gobierno contemporáneo y la hostilidad a la Constitución, ha confiado la delicada decisión al Tribunal Supremo, como a órgano situado por encima de los antagonismos políticos inmediatos.

El legislador de la ley sobre el Tribunal Constitucional Federal de 12 de marzo de 1951 —unos dos años posterior a la puesta en vigor de la ley Fundamental— se ha percatado perfectamente de que la cesión de la competencia para el definitivo arbitraje al Tribunal para la Constitución Federal no significaba, ni mucho menos, que exonerase a los órganos del Estado propiamente políticos de su responsabilidad política en materia de decisiones de decaimiento del Tribunal Tutelar de la Constitución. Como Tribunal, no puede el tutelar de la Constitución Federal intervenir por sí, sin orden de proceder de un órgano político. Según el párrafo 36 de la ley de creación del Tribunal para la tutela de la Constitución Federal, la orden de proceder a la declaración de decaimiento de derechos sólo pueden darla el *Bundestag* (Parlamento), el Gobierno regional (de un *Land*) o el Gobierno Federal. En su

(25) La aplicación de la ley se daría, *stricto sensu*, solamente en el caso de que una agrupación política inscribiese en sus banderas expresa y literalmente el lema de la lucha contra la ordenación fundamental democrática y liberal de la nación. Lo cual no pasa, es claro, de mero supuesto académico-teórico; que en la práctica, bien sabido es que todo credo o partido político reivindica indefectiblemente para sí el afán de servir mejor que nadie la ley Constitucional.

decisión de dar o no la orden de proceder, estos órganos políticos son enteramente libres. Para estas instancias limitadas a la moción rige el *principio de la oportunidad*, que, lo mismo que la institución de la *gracia*, tiene su sitio allí donde la responsabilidad política ha de anteponerse a la estricta aplicación del Derecho y, es, por tanto, el único adecuado al carácter político de la institución del decaimiento. Por eso las instancias de propuesta deberán tener en cuenta todos los puntos de vista políticos. Habrán de considerar, si acaso, que una pequeña proporción de hostilidad anticonstitucional resulta inocua y no justifica, por lo mismo, la intervención de la institución de decaimiento, o que la represión de una hostilización numérica importante muy bien pudiera poner en peligro el orden constitucional, ya que no se deja llevar fuera de la legalidad un gran sector de la población activa sin graves conmociones del aparato estatal. Por otra parte habrían de hacer suya la norma «*principiis obstat*», o dejar llegar las cosas al punto de ruptura política con una fracción considerable de la población y al consiguiente contraste de fuerzas. Las consecuencias políticas (conmoción del sufragio en caso de elecciones parlamentarias, retirada de la confianza al Gobierno por el Parlamento, sobresalto de la opinión pública, etc.) de su decisión acerca de la presentación de la moción recae sobre las instancias políticas exclusivamente, quedando exentos de ellas el Tribunal protector de la Constitución Federal y sus inamovibles magistrados. Asimismo ha reconocido el legislador de la ley constitutiva del Tribunal en cuestión que la intervención de éste en los procedimientos de decaimiento con carácter de instancia suprema tendría, por consecuencia, una reducción políticamente intolerable de la elasticidad de la institución misma si los pronunciamientos de decaimiento del Tribunal Constitucional Federal se decantasen en la férrea perpetuación de la «sentencia firme», que caracteriza las sentencias judiciales corrientes. De otra parte, tampoco debería convertirse el Tribunal para la Constitución Federal en instrumentos de resoluciones demasiado versátiles de las instancias políticas, porque redundaría en menoscabo de su crédito de ecuanimidad. Por ahora la ley que lo creó ha encontrado una línea media y dotado las decisiones obligatorias de decaimiento del Tribunal Constitucional Federal de una firmeza temporalmente limitada. El párrafo 40 de aquella ley dispone que, transcurridos dos años desde que una decisión del Tribunal había sido pronunciada, puede el que hiciera la moción proponer la mitigación o el levantamiento del decaimiento al Tribunal Constitucional. Esta disposición deja traslucir perfectamente la gran diferencia existente entre un fallo de decaimiento del Tribunal Constitucional y los actos normales de administración de la justicia, y corresponde con adecuación magnífica a la *ratio* de la institución del decaimiento. Mientras que las normales sentencias judiciales que han sido firmes sólo por excepción con-

sienten la anulación por la «reposición» en el caso de que se puedan acreditar nuevas pruebas o defectos de procedimiento que todavía no se conociesen al ser pronunciada la sentencia, basta para la propuesta de anulación un acuerdo de decaimiento que las perspectivas políticas del proponente hayan variado. Prevé, además, el artículo 40 de la ley de creación del Tribunal para la Defensa de la Constitución Federal que incluso después de un segundo proceso se pueden seguir presentando propuestas relativas al mismo asunto ante el Tribunal Constitucional Federal en intervalos anuales.

Una estructuración paralela a la del artículo 18 es la correspondiente al 21, apartado 2.º, de la ley Fundamental. De acuerdo con sus prescripciones, los partidos políticos «que por sus objetivos o por el comportamiento de sus adeptos resultan perseguir la supresión o el deterioro de la ordenación fundamental democrática y liberal o traten de poner en peligro la existencia de la República Federal», pueden ser declarados ilegales por el Tribunal Constitucional Federal. La caracterización de ilegales consiste en la declaración de inconstitucionalidad del partido, y esta declaración resulta a su vez, en una prohibición del partido en cuestión. Un proceso de decaimiento conforme al artículo 18 no es aplicable a los partidos políticos, ya que la actuación legítima de estas entidades se extingue en su colaboración en el proceso político (con la particularidad de que para las elecciones parlamentarias y para otras corporaciones representativas llegan hasta a presentar candidatos). Los miembros de un partido prohibido no pierden sus derechos políticos fundamentales, a no ser que se los denieguen a cada uno en particular por un proceso de decaimiento conforme al artículo 18. Por lo que a su actuación política toca, sólo se les prohíbe sostener al partido prohibido. Para las funciones del Tribunal Constitucional Federal en un proceso de declaración de ilegalidad de un partido político, es de aplicación lo expuesto anteriormente en relación con el artículo 18 de la ley Fundamental. Eso sí, el legislador de la ley de creación del Tribunal Constitucional Federal ha olvidado dejar prevista expresamente una posibilidad para la derogación de una declaración ilegalizante contra un partido político. Según los términos del artículo 43 de la ley de creación del Tribunal Constitucional Federal, la moción para declarar ilegal un partido político puede venir del *Bundestag*, del *Bundesrat* (Senado), del Gobierno Federal o del Gobierno de un *Land* (región) (en este último caso sólo si se tratase de un partido del correspondiente *Land*). No hay disposición alguna acerca de la facultad para presentar una propuesta de derogación o lenificación de una prohibición de partido. Cuán extraordinariamente desdichados pueden resultar los efectos de esta laguna legislativa se ha visto precisamente ahora, cuando tantas voces políticas de la República Federal Alemana se alzan desde muy distintas direcciones políticas para mani-

festar serias dudas acerca de la oportunidad política de mantener la prohibición del partido comunista alemán acordada por el Tribunal Constitucional Federal. Quizá se haya de achacar la laguna a que el legislador partía acaso de la consideración teórica de que un partido prohibido y disuelto ha dejado ya de existir; sin percatarse de que los miembros del disuelto partido subsisten igualmente después de la prohibición. En cambio, ha dispuesto la ley que las «organizaciones supletorias», calculadas para esquivar la prohibición de un partido dado, no serán permitidas (párrafo 46, inciso 1.º). Donde se ve que aquí ha tenido muy en cuenta el legislador la supervivencia de los miembros del partido disuelto. Es una cuestión muy ardua y delicada, tan interesante teórica como prácticamente en un futuro próximo en la República Federal de Alemania, y de trascendencia jurídica, la de si las prescripciones de la ley de creación del Tribunal Constitucional Federal sobre la reiterada presentación de moción por las instancias políticas, que antes explicamos en relación con el procedimiento del decaimiento de derechos básicos conforme al artículo 18 de la ley Fundamental, es análogamente aplicable al tratamiento de partidos prohibidos. Si esto fuera posible, acaso lo sería también, puesto que hace varios años que el partido comunista alemán quedó prohibido, una nueva moción del Gobierno Federal para que se le levantase la prohibición y se autorizase su existencia. Cabría también pensar que bajo el concepto de «organización supletoria» no cae el primitivo partido prohibido, sino tan sólo los sucedáneos, más o menos disfrazados para servir a la finalidad de burlar la prohibición. Si esto fuese así, la aplicación análoga de las disposiciones anteriormente expuestas tendría, por consecuencia, la posibilidad de que al cabo de cierto tiempo los partidos originariamente prohibidos podrían volver a constituirse sin recato alguno. De todos modos, tendrían que suspender inmediatamente su actuación en el caso de que las instancias políticas presentasen moción de ilegalidad, y esperar el resultado del proceso seguido por el Tribunal Constitucional Federal. Si, en cambio, no se formulase moción alguna para la inhabilitación, la actuación del partido en cuestión recuperaría el carácter legal.

De ello difiere en su concepción el artículo 9.º, inciso 2.º, de la ley Fundamental, que define los límites del contenido de la actividad correspondiente a las asociaciones que no son partidos políticos. En efecto, las asociaciones, si nos atenemos al texto de la disposición no gozan del privilegio de poder ser declaradas ilegales únicamente por el Tribunal Constitucional Federal, sino que «están prohibidas» cuando su objetivo o actividades están dirigidos contra la ordenación fundamental democrática y liberal. Según la opinión reinante en la producción literaria y en la jurisprudencia, las asociaciones podrían ser prohibidas por los órganos ejecutivos superiores de la Administración gene-

ral interior. Sin embargo, un importante comentario a la ley Fundamental, que por otra parte interpreta en discrepancia de la doctrina imperante el concepto de «orden constitucional» en el artículo 9.º, inciso 2.º, ha adelantado el parecer de que también las asociaciones podrían, en la pugna contra la ordenación fundamental democrática y liberal, depender únicamente del Tribunal Constitucional Federal para el procedimiento de inhabilitación o decaimiento, en vez de ser prohibidas por el ejecutivo (26). Se basa esta doctrina en que el artículo 18 de la ley Fundamental incluye también la libertad de asociación según el artículo 9.º con los derechos básicos susceptibles de decaimiento, y en que titulares de este derecho son, en opinión corriente, no sólo los individuos agrupados en una asociación, sino también ésta, o sea el conjunto como tal. Dice, además, el artículo 9.º, inciso 2.º, de la ley Fundamental que las asociaciones podrían ser también prohibidas, siempre que «se orienten contra la idea de la convivencia de los pueblos» (contra lo que no se puede objetar nada, ya que el precepto de la fraternización internacional figura en otras disposiciones de la ley Fundamental) o «se opongan a las leyes penales» (lo que en la práctica ha llevado al error desconocedor de la esencia del derecho básico de la libertad de asociación, de que en el Derecho penal pudieran contenerse prescripciones netamente orientadas contra la existencia o contra aspectos típicos de la actuación de las asociaciones). La regulación de la prohibición de asociaciones del artículo 9.º, inciso 2.º, de la ley Fundamental acusa todavía bien a las claras una fuerte impronta de antiguas teorías jurídico-constitucionales pre-democráticas, en las que la razón de Estado reclamaba un espacio mucho más considerable, y para las cuales resultaban en principio sospechosas todas las agrupaciones políticas que no se hallen sometidas a una directiva gubernamental. En la regulación de la prohibición de los partidos no hay duda de que han tenido en cuenta, por tanto, los «padres» de la ley Fundamental la imprescindibilidad de los partidos políticos para una democracia parlamentaria y para la ordenación fundamental democrático-liberal; como tampoco cabe duda de que tuvieron bien presentes los resultados de la investigación científico-política a ello relativa. En cambio, no han hecho el debido caso de la función, muy importante por cierto, de las asociaciones políticas. Lo que, en vez de ello, hicieron, fué proceder a una estimación genérica de la peligrosidad del ente asociativo y tratar, quizá deliberadamente, de someterlo a un control cada vez más acusado, más rápido y más eficaz.

Las tres disposiciones (artículos 9.º, 18 y 21) concurren a formar una red

(26) HERMANN VON MANGOLDT y FRIEDRICH KLEIN: *Das Bonner Grundgesetz*, tomo 1, Berlín-Frankfurt a/Main, 1957, nota II, 5 al art. 18, pág. 519.

de instituciones defensivas que precede a las demás facultades interventoras del Estado y que no cabe eludir. Con lo que la ley Fundamental ha prohibido toda suerte de Derecho penal político, pendiente como amenaza sobre las típicas formas de intervención en el proceso evolutivo de la opinión política de la democracia liberal. Está abolido el antiguo Derecho penal de esta clase y no se permite la promulgación del nuevo. Esta afirmación la confirma el examen de los distintos derechos básicos de actuación política a tomar en cuenta, de los cuales el principal, que es el amparado en el artículo 5.º, inciso 1.º, de la ley Fundamental, comprende la libertad de manifestación y divulgación del pensamiento, de la información y de la prensa. El artículo 5.º, inciso 2.º, no autoriza ley alguna orientada contra estas típicas manifestaciones, salvo en lo tocante a las prescripciones protectoras de la juventud, y por leyes penales intolerantes de la actividad contraria por parte de asociaciones conforme al artículo 9.º, inciso 2.º, de la ley Fundamental, no pueden ser tenidas, en una ordenación básica democrático-liberal, leyes penales sancionadoras de estos aspectos típicos. La represión de actuaciones ideológicas en pugna con la ordenación fundamental democrático-liberal del proceso de formación de la opinión política de los tres artículos de la ley Fundamental, basada en la temeridad de iniciativa de las instancias políticas, ha sido despojada de su apariencia jurídico-penal; mientras que la hostilidad ideológica respecto de la Constitución ha perdido su carácter delictivo. Al mismo tiempo, la represión fué depurada de su imperativo persecutorio anejo al principio de la legalidad; con lo que la ciencia política, ya en el *Ancien Régime*, acumulada con el paso de los siglos y el político tacto de administrar en moderada dosificación los instrumentos de coerción de la razón de Estado, pueden volver a dejarse sentir bajo las nuevas normas restrictivas de la ordenación democrático-liberal.

En dos importantes resoluciones ha mostrado el Tribunal Constitucional Federal que no está dispuesto a tolerar intromisiones de otros organismos estatales, ni siquiera de la justicia política, en los dominios que la Constitución le tiene asignados en monopolio para la represión de ataques ideológicos a la ordenación fundamental democrático-política. Basándose en el artículo 18 de la Constitución, ha declarado nula una disposición de una ley de Nordrhein-Westfalia, que facultaba al Gobierno del *Land* para rehusarle el desempeño de la profesión a los redactores y editores cuando con su actuación profesional combaten la ordenación básica democrático-liberal (27). Basándose luego en el artículo 21, párrafo 2.º, de la Constitución, ha anulado también una

(27) Sentencia del 6 de octubre de 1959, tomo X de los fallos del Tribunal Constitucional Federal, págs. 118 y sigs.

disposición del Derecho penal político, según la cual la fundación o promoción de un partido político se halla amenazada de sanción antes de que haya sido prohibido por el Tribunal Constitucional Federal (28). En relación con las asociaciones, se echa de menos, naturalmente, una decisión, ya que, como hemos dicho, la doctrina corriente no consiente en esto ningún monopolio inhabilitador del Tribunal Constitucional Federal. Se objeta, en cambio, en el marco de la doctrina vigente que una actividad de asociaciones hostiles a la Constitución es penada por el Derecho penal político antes de que la asociación haya sido disuelta por las competentes autoridades administrativas (29).

III

LA «PRAXIS» POLÍTICA DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA EN MATERIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE JUSTICIA PENAL POLÍTICA

La exposición de la *praxis* de los órganos estatales de la República Federal Alemana en el terreno del estado de excepción y de la justicia penal política se refiere a un período de quince años justos, aunque los transcurridos entre el final de la guerra y la promulgación de la ley Fundamental tienen importancia también. Precisamente por eso la exposición sólo puede ser una cosa sumamente fragmentaria y tiene que limitarse a ser una demostración más o menos sumaria de las excepciones más llamativas de las correspondientes disposiciones de la ley Fundamental. El que se haya llegado a tales excepciones o divergencias, que no dejan de ser considerables, depende en parte del conocimiento deficiente que los peritos jurídicos encargados de la promulgación o de la aplicación de las normas correspondientes tienen del espíritu de la ordenación constituyente de la ley Fundamental, pero, sobre todo, depende de la evolución de las constelaciones de la política mundial que se refleja en la problemática política interna del Estado alemán, escindido en dos organizaciones políticas parciales y antagónicas, bien que siempre lo haga con algún retraso.

También el esbozo elemental de las tres fases perceptibles de evolución,

(28) Sentencia del 21 de marzo de 1961, tomo XII de decisiones del Tribunal Constitucional Federal, págs. 296 y sigs.

(29) Véase, por ejemplo, GÜNTHER WILLMS: «Staatsschutz im Geiste der Verfassung», en *Demokratische Existenz heute, Heft 7 der Schriften des Forschungsinstituts für politische Wissenschaft der Universität Köln*. Publicaciones del Instituto de Investigación de las Ciencias Políticas de la Universidad de Colonia, Francfort del Main y Bonn. 1962, página 23.

único posible dentro del marco de este estudio, podrá explicar un tanto las conexiones y concausas. La reconstrucción de la nacionalidad alemana después de la capitulación del 7 al 8 de mayo de 1945 dependía de la coalición victoriosa de los enemigos del Eje. En esta primera fase, y prescindiendo del aspecto que representan las hondas diferencias existentes entre las cuatro zonas de ocupación alemanas, cabe señalar como distintivo común del sistema mixto de autoridad alemana y autoridad de ocupación, una organización democrático-antifascista. A esta sustancial característica correspondía que los primeros órganos gubernativos territoriales alemanes consistiesen en vastas coaliciones de fuerzas políticas, abarcando desde el centro moderado hasta el ala izquierda comunista. Sólo que la coalición de las potencias vencedoras hizo imposible, con su descomposición iniciada en 1946, una neutralización de la política exterior de Alemania, que hubiera brindado a la política interna de todo el Estado germano condiciones favorables para un renacimiento corrector del sistema de la República Alemana de Weimar. Ocasionó asimismo este fenómeno una íntima evolución disgregadora de la zona soviética de ocupación por un lado y de las tres zonas occidentales por otro, con la circunstancia de que tal evolución progresaba a un ritmo acelerado. La instauración de la República Federal Alemana en mayo de 1949, a la que inmediatamente opuso la potencia soviética ocupante la instauración de la República Democrática Alemana, dependía ya muy estrechamente del bipolarismo político mundial entre los bloques de potencias atlántico-americano y soviético, y vino a introducir, respecto de la agitación de resistencia del comunismo soviético a la instauración de la República Federal, una proporción nada escasa de una segunda parte de la organización política interna, marcada por el cuño anticomunista.

Vale, sin embargo, la pena fase de desarrollo que la ley Fundamental misma, en cuyo estudio en el «Consejo Parlamentario» de Bonn han tomado parte desde el otoño de 1948 representantes de las principales organizaciones políticas existentes, incluidos dos diputados comunistas, apenas ha sido afectada todavía por esta característica a pesar de que las deliberaciones de la Asamblea Constituyente tenían lugar durante el «bloqueo de Berlín». Son, por tanto, «hijas» de la «guerra fría» tanto la ley Fundamental como la misma República Federal Alemana, aunque en definitiva no se pueda afirmar que estén estructuradas en una ordenación constitucional anticomunista (ni tampoco negar que conservan algunos elementos antifascistas). Sin contar con que también se hubieran contradicho los miembros del «Consejo Parlamentario» en el caso de que se resolviesen a configurar la ordenación constituyente de la ley Fundamental en sentido anticomunista. Porque ellos consideraban la obra constituyente, aparte del preámbulo y del artículo final (art. 146) de la ley

Fundamental, como una cosa provisional, destinada a desaparecer tan pronto como entrase en vigor una Constitución para toda Alemania, ya que no habían perdido de vista la posibilidad de un entendimiento entre las dos fracciones del país. De esta suerte fué como tuvo lugar la transformación del sistema político de la República Federal Alemana en una ordenación anti-comunista en la práctica de gobierno y en la vida pública por debajo del nivel constitucional y con el dispositivo de protección constitucional de la ley Fundamental marchando en vacío.

A las fuerzas políticas que acarrearón esta transformación no les fué posible, con todo, hasta ahora, restablecer la institución del *estado de excepción*. Verdad es que en el Ministerio Federal del Interior se trabaja en la elaboración de una ley de modificación de la Constitución y en la de numerosas disposiciones para el restablecimiento de la institución, desde que el 5 de mayo de 1955 la República Federal Alemana alcanzó la plena posesión jurídica de la «soberanía» en virtud de los correspondientes tratados con las antiguas potencias de ocupación occidentales. Sin embargo, las resistencias contra este proyecto no han sido superadas hasta ahora ni en el *Bundestag* ni en la opinión pública (30). Mientras escribimos estas líneas, o sea hasta fines del año 1964, se habrá decidido la suerte que el Parlamento le tiene reservada al proyecto de legislación sobre estado de excepción del Gobierno Federal.

Tanto mayor fué, en cambio, el movimiento en el dominio de la justicia penal política. Bajo la impresión de renovadas crisis en la «guerra fría» de los grandes bloques de potencias mundiales, especialmente de la crisis de Corea, se llegó en el año 1951 a una acumulación realmente explosiva de precisiones delictivas en el Código penal. El 30 de agosto de 1951 libraba el *Bundestag* alemán una «ley de reforma penal» que introducía una categoría enteramente nueva de actos delictivos bajo la denominación de «peligro de Estado», comprensiva de ciertas clases de comportamiento político no violento, como delitos de manifestación, de organización y de contacto. La afirmación de que una considerable parte de acciones delictivas de esta clase es inconciliable con los derechos de libertad política y con la ordenación fundamental democrático-liberal, además de esquivar la competencia decisiva del Tribunal Constitucional Federal prescrita por la ley Fundamental, podemos ilustrarla únicamente con dos de los más elocuentes ejemplos. El párrafo 93

(30) Con ocasión de este proyecto se desencadenó una controversia, copiosa en manifestaciones literarias de carácter político, jurídico y de ciencia política. Un compendio casi exhaustivo de literatura y una selección interesantísima de documentos figura en el impreso original privado de JÜRGEN SEIFERT y BERND HARTMANN titulada *Zur Kritik der Notstandsgesetzgebung. Neue Stellungnahmen, Überblick und Vergleiche*, Frankfurt a. M., 1964.

del Código penal alemán, introducido con la reforma legal de 1951, sanciona, entre otras, a personas que editan, difunden o poseen escritos cuyo contenido esté orientado contra la ordenación fundamental democrática y liberal; disposición proyectada directamente, como se puede ver, contra la libertad de información y de manifestación que el artículo 5.º, párrafo 1.º, de la Constitución, garantiza, y en la que sólo por excepción se engranaría una sentencia de decaimiento del Tribunal Constitucional Federal a tenor del artículo 18 de la ley Fundamental. Algo más complicado es el segundo ejemplo. Trátase del artículo 90, a), del Código penal, según el cual, entre otras, pueden ser sancionadas ciertas actividades directivas de las asociaciones orientadas contra la ordenación básica democrático-liberal, sin tener en consideración si la asociación ha sido previamente prohibida; disposición que, si nos atenemos a la doctrina imperante, anteriormente mencionada, acerca del artículo 9.º, párrafo 2.º, de la ley Fundamental, sortea por lo menos la competencia prohibitiva de las autoridades ejecutivas, y si nos basamos en la opinión disidente, también citada, incluso el monopolio inhabilitador del Tribunal Constitucional Federal. Dicho artículo 90, a), del Código penal, tampoco es compatible con el artículo 21 de la ley Fundamental. Habría de ser aplicado, por ejemplo, a miembros dirigentes de un partido político prohibido, y precisamente por una actuación anterior a la prohibición, aun cuando el proceso para la sanción sólo después de la prohibición del partido se pudiese iniciar. El conflicto con el artículo 21 y la nulidad de la correspondiente parte del artículo 90, a), del Código penal, resultante de este conflicto, lo ha ocasionado el Tribunal Constitucional Federal en una resolución de que anteriormente se hizo mención (31), aunque no antes del 21 de marzo de 1961. Después de este autorizado fallo del Supremo Tribunal, la *praxis* de la disposición se ha hecho más irritante aún. Porque, desde entonces, la actividad a favor de una organización filial o accesoria afiliada a un partido prohibido, es sancionada también, y lo es en adelante con independencia de una eventual prohibición de la organización, al paso que la actividad en pro de la organización principal queda impune, al menos conforme al contenido de esta disposición. Pero aún no quedan en esta las complicaciones y extraños intrincamientos de esta disposición, singularmente ilustrativa. Porque cuando una organización queda prohibida, también puede una cualquiera de sus actividades no directivas caer bajo sanción con arreglo a otra disposición del Código penal (artículo 129, a), caso de que la prohibición haya sido pronunciada por

(31) Véase la precedente nota 28.

el Tribunal Administrativo Federal para ello competente según las normas de la Ley Federal sobre la justicia administrativa (32).

De importancia no menor que la del Derecho penal político del «peligro de Estado», de implantación reciente, ha sido, para caracterizar la segunda fase de la evolución de la República Federal Alemana en política interior, la circunstancia de que no se llevase a efecto la derogación o la revisión del Derecho penal político tradicional discordante de las normas fundamentales de la ley Fundamental. También aquí son pocos los ejemplos que podemos aducir. Ni fué suprimida la penalidad de los delitos de traición cometidos por extranjeros en el extranjero, ni separado el normal delito de traición a la patria o lesa patria del de «traición publicitaria a la patria», ni examinadas las disposiciones que, heredadas del siglo XIX, afectan a la misma médula de la libertad política de asociación. Entre estas últimas están, por ejemplo, el artículo 128 del Código penal, a tenor del cual el mero silenciamiento ante las autoridades estatales de una reunión de personas es punible. Por último, se omitió en gran medida la preceptiva interpretación de las normas aplicadas por los Tribunales penales en cuanto a su conformidad con la ley Orgánica.

Estas omisiones van también, en parte, asociadas a una interpretación jurídico-dogmática deficiente de los principios de la ley Fundamental. Hasta dónde la literatura y la jurisprudencia han estudiado la relación o correspondencia entre el Derecho penal político y la ley Orgánica o Fundamental, fueron objeto de repetidas interpretaciones erróneas las disposiciones constituyentes de los artículos 9.º, 18 y 21, en el sentido de que la ley Fundamental ordenaba incluso el castigo de los inculcados en ellos como norma a observar. Se basa este criterio en la acertada apreciación de que la defensa de actividades políticas contrarias a la ordenación fundamental democrático-liberal, consistente en la declaración de decaimiento en los derechos constitucionales o en la disolución de una asociación o de un partido político, no son obstáculo suficiente en algunos casos para las tentativas de reanudación y continuación, puesto que las medidas defensivas acordadas por el Tribunal Constitucional Federal carecen de la necesaria virtud intimidatoria. Puede, sin embargo, esta deficiencia ser hasta cierto punto suplida mediante normas que, dentro de los límites constitucionales, sancionen la desobediencia de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal. Por cierto que la ley a este Tribunal relativa,

(32) También estas disposiciones están en conflicto con la ley Fundamental. Véase, si no, a HELMUT RIDDER: «Von Ursachen und Folgen föderalistischer Missverständnisse. Bemerkungen zum Entwurf der Bundesregierung für ein Vereinsgesetz». *Blätter für deutsche und internationale Politik* VII, 1962, pág. 515.

ha creado ya las normas en cuestión, y en los artículos 42 y 47 se contienen conminaciones de pena de prisión para las deliberadas contravenciones de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre decaimiento en derechos constitucionales y sobre prohibición de partidos políticos. Contra tales acentuaciones de la defensa de ataques ideológicos a la Ordenación Fundamental democrático-liberal no se pueden formular reparos de principio bajo el punto de vista jurídico-constitucional, toda vez que no se incorporan antepuestas, sino puestas, a las instituciones defensivas de la Constitución. La penalización de la desobediencia a las disposiciones estatales autorizadas por la Constitución, también por la Constitución, está, naturalmente, permitida. No son, sin embargo, tales sanciones otra cosa que «coacción pura y simple», ejercida por los Tribunales al servicio de una resolución política. De ahí que para su aplicación tendría que regir también el principio de la oportunidad y concedérsele a la institución de gracia mayor libertad de movimientos.

La ola inflacionista de la justicia penal política, apoyada en el Derecho penal político de reciente introducción y en el antiguo no revisado y anti-constitucional, se orientó desde 1951 por de pronto básicamente contra la difusión de la ideología comunista que no procediese del partido comunista alemán, no prohibido aún. Con el ya citado fallo de 17 de agosto de 1956 (33) respondía el Tribunal Constitucional Federal, en el ejercicio de las facultades que le confiera el artículo 21, párrafo 2.º, de la ley Fundamental, y al cabo de más de cinco años de sustanciación de la causa, a una moción de prohibición del Gobierno federal contra este partido (no sin hacer constar muy enfáticamente una vez más, con ocasión de la notificación de la sentencia, que como Tribunal sólo a requerimiento de las instancias políticas podía prohibir un partido y que a ellas era a quienes competía juzgar si debían hacer tal requerimiento y pechar exclusivamente con la plena responsabilidad política de la decisión) (34). Con lo que las ideas políticas comunistas se veían privadas de su último exponente legal y claramente definido. La consecuencia fué que la zona sobre la que recaían las sospechas o celos de actividad subversivo-comunista de las autoridades gubernativas iba ensanchándose continuamente y acercándose cada vez más a la coincidencia con el ámbito total de la actividad política meramente discrepante del Gobierno. Las repercusiones psicológico-masivas de las manifestaciones políticas consiguientes de numerosas publicaciones difundidas en amplias esferas de la población federal alemana de nivel intelectual modesto, en las que se presentaba a la Organiza-

(33) Véase la precedente nota 24.

(34) Véase la obra documental de GERD PFEIFFER y HANS-GEORG STRICKERT: *KPD Prozess*, tomo 3, Karlsruhe, 1956, pág. 583.

ción Constitucional de la República Federal como una «combativa democracia» anticomunista, han dificultado en aquellos medios la comprensión de los complicados y sutiles contornos, matices y estructuras del sistema parlamentario de gobierno y de la ley Orgánica democrático-liberal.

De algún tiempo a esta parte se van percibiendo señales de un cambio en esta situación. El tránsito a la tercera fase de evolución de la ordenación política interna en la República Federal Alemana, que ha de distinguirse por un marcado carácter liberal y reducir, más o menos, el volumen del Derecho penal político a la esencia clásica de la alta traición y de la lesa patria, así como a las circunstancias de la desobediencia a los mandatos del Tribunal Constitucional Federal, ha comenzado ya probablemente. Por la evolución de la constelación bipolar mundial se ha desgranado en una pluralista, a cuyo influjo no puede sustraerse la República Federal Alemana. A los efectos de la evolución, el rigorismo de la *praxis* hasta ahora vigente en materia de justicia penal política se revela como un sensible obstáculo.

De los numerosos casos en que, siquiera no sea más que en altos niveles gubernamentales, se trata de superar a esta rigidez sin tocar, es claro, los problemas básicos jurídico-constitucionales, citaremos aquí dos, ocurridos en el año 1964. Corresponde el primero al ofrecimiento hecho por el Presidente del Consejo de Estado de la República Democrática Alemana, Walter Ulbricht, a la República Federal Alemana, de intercambio de prensa entre las dos zonas del país. Como la introducción de prensa de la República Democrática Alemana en la República Federal se consideraba hasta ahora por la justicia penal política como una contravención del ya citado artículo 93 del Código penal, ya que toda obra impresa procedente de la República Democrática resultaba, a tenor de su texto, una «traición a la Constitución», imaginó el ministro de Justicia federal el recurso de proveer a los suscriptores federales de tales publicaciones de un permiso especial ejecutivo, que eximiese tal acción del carácter delictivo en el caso de que las negociaciones para el intercambio de prensa llegasen a consolidarse en un tratado. El segundo caso es de los que se pueden observar con frecuencia cada vez mayor, y consiste en que las autoridades judiciales hacen uso francamente generoso de una disposición del Código de orden penal que les permite desestimar «por baladí» una causa y desistir de ella, sustrayéndose así al imperativo de persecución del principio de legalidad. Es de notar, además, que el número de personas que extinguen penas de privación de la libertad por comisión de delitos de peligrosidad para el Estado, se ha reducido notablemente por efecto de la puesta en libertad anticipada. Por otra parte, en los medios gubernamentales se estudia la posibilidad de subordinar la persecución de todos o de algunos de los delitos del Derecho penal político al principio de la oportuni-

dad mediante modificación de la ley. Algunas variantes del proyecto se encuentran en período de discusión. Finalmente, una vez que señaladas figuras de la vida política, entre las cuales está, por ejemplo, el ministro-presidente del *Land* Nordrhein-Westfalen, doctor Meyers, han hecho público el deseo vehemente de que vuelva a ser autorizado el partido comunista alemán, también los Ministerios legisladores parece que debieran ocuparse sin demora de si es cosa de pensar, en relación con esto, en una modificación de la ley del Tribunal Constitucional Federal y en qué forma se habría de ir a ella.

Realmente, la ciencia jurídico-política y la cotidiana práctica de los Tribunales apenas ha llegado hasta ahora en sus progresos a las fundamentales cuestiones teórico y jurídico-constitucionales. Mientras el Derecho positivo vigente subsista invariado, se estará unánimemente al imperativo de la persecución penal para los delitos políticos, bien que teóricamente por motivos de legalidad. La literatura científica jurídico-penal se ha limitado a una inmanente crítica de las características del Derecho penal político (35). También la labor preparatoria de proyectos para una codificación nueva de todo el Derecho penal se conforma hasta ahora con pequeñas correcciones constitucionales en el sentido de una mayor precisión de las características (36). De modo que es un progreso renqueante el de la ciencia política, sobre todo siempre a la zaga de la evolución de las realidades políticas. Para la ciencia

(35) Un ejemplo típico para el caso lo tenemos en la obra de DIETHER POSSER: *Politische Strafjustiz aus der Sicht des Verteidigers*, Karlsruhe, 1961. En las monografías más extensas se trata, en general, de las características sin hacer su crítica; véase la extensa disertación de HANS NIKOLAUS HOUY: *Der strafrechtliche Schutz der verfassungsmässigen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Illingen-Rastatt, 1958. Las cuestiones jurídico-constitucionales de principio son estudiadas en algunos trabajos jurídicos íntimamente relacionados con la controversia ideológico-política. El ejemplo lo tenemos, de una parte, en la monografía de GERHARD KÜHLIG: *Die Bonner Strafrechtsänderungsgesetze*, Berlín, 1957, y, de otra, en las publicaciones del juez federal doctor GÜNTHER WILLMS, aquí citado reiteradamente, el cual se ha pronunciado con especial vehemencia contra la introducción del principio de la oportunidad en materia penal política: «Staatsschutz in der Krise-Wider die Aushöhlung des Legalitätsprinzips», en *Die Politische Meinung*, 6, 1961, cuaderno 64, págs. 27 y sigs.

(36) En cambio, resulta ya perceptiblemente caracterizada por el comienzo de la tercera fase una nueva «ley para la regulación del Derecho público de asociación», puesta en vigor el 12 de septiembre de 1964. Ha derogado el artículo 90, a), del Código penal, sustituyéndolo por dos preceptos nuevos que únicamente sancionan la desobediencia a la orden del Tribunal Constitucional Federal de prohibición de un partido o de prohibición de una asociación. La competencia del Tribunal Administrativo Federal para la prohibición de asociaciones, queda abolida. Este y otros cercenamientos de la justicia penal política tienen, por consecuencia pasajera redoblados esfuerzos gubernamentales en pos de un afianzamiento de las posiciones de interceptación del estado de excepción.

es de aplicación todavía la metáfora *hegeliana* del buho de Minerva, que sólo al anochecer levanta el vuelo. Según frase del filósofo Nicolai Hartmann esta metáfora les cuadra a todas las ciencias analíticas y normativas de la vida social. Y ha de cuadrarles y tener validez hasta el momento en que también estas ciencias, por una racionalización radical de sus métodos se hayan desembarazado de las trabas del prejuicio sentimental y quedado así en condiciones de preceder como una antorcha la formación de la conciencia popular en vez de rezagarse claudicantes.

HELMUT RIDDER

(Traducción de MANUEL PICOS.)

(Manuscrito cerrado el 15 de septiembre de 1964.)

R É S U M É

Sous l'optique juridico-constitutionnelle, l'état de guerre et la justice pénale politique sont des institutions problématiques et ambivalentes dans toutes les constitutions démocratiques et dans tous les Etats de Droit. Bien que cela suppose une réduction de la sphère des droits fondamentaux, la démocratie constitutionnelle, entend, cependant, ne pas renoncer à cette protection de son ordre intérieur contre les attaques de ses ennemis. Aussi, se sert-elle de ces deux institutions, quoique toujours en tant qu'exception. On avait coutume dans le passé de traiter ces institutions séparément, étant donné que dans leur forme ancienne toutes les deux étaient parfaitement délimitées et faciles à distinguer et qu'elles embrassaient le mouvement idéologique d'une manière incidentelle. Mais des relations intimes entre les deux institutions sont apparues au XIX^{ème} siècle qui ont modifié cet état de choses et en empêchent désormais le traitement indépendant. Elles influent aujourd'hui directement sur la sphère délicate des libertés intellectuelles centrales dans l'Etat de Droit démocratique.

Le professeur Ridder ébauche à grands traits, après cette introduction, l'évolution de ces deux institutions en Allemagne. Il s'arrête ensuite aux décisions correspondantes de la Loi Fondamentale de la République Fédérale Allemande touchant l'état d'exception et la justice pénale politique pour renseigner, finalement, le lecteur sur les aspects les plus remarquables du panorama politique actuel en Allemagne occidentale, tout en détachant les différences étranges et considérables qu'on découvre entre les prescriptions de la Loi Fondamentale et la "praxis" d'Etat en ce qui a trait à l'état d'exception et à la justice pénale politique.

S U M M A R Y

The martial law and political penal justice are, from a juridical constitutional point of view, problematic and ambivalent institutions in any constitutional democracy. They tend to restrict the fundamental rights, while, on the other hand, the constitutional democracy does not want to give up a protection of its threatened internal order. Consequently it makes use of both institutions, although always in a sense of an "exception". These two institutions were formerly handled separately, as their ancient forms, owing to their well-defined outlines, were easy to distinguish, and embraced ideological trends in a purely incidental manner. The twentieth century, bringing forth a change in this situation, revealed an intimate relation between the two institutions, which no more permits to consider them separately. Today both have a direct influence upon the delicate field of intellectual freedom of a democratic state.

After this introduction, professor Ridder reveals, in the first place, the contours of the evolution of the two institutions in Germany, and considers, in the continuation, the corresponding dispositions of the Fundamental Law of the German Federal Republic, referring to states of emergency and political penal justice. He concludes his study describing the main aspects of the present-day political panorama of West-Germany, and the considerable, and surprising, discrepancy between the prescriptions of the Fundamental Law and the actual praxis as regards state of emergency and political penal justice.