

LA PROHIBICIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS EN ALEMANIA: LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE 2017 SOBRE EL NPD¹

Prohibition of Political Parties in Germany: The Constitutional Court Decision on NPD (2017)

MARÍA SALVADOR MARTÍNEZ
*Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad
Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

SUMARIO:

- I. La prohibición de partidos políticos en Alemania.
- II. Las demandas de prohibición del NPD.
- III. El parámetro de constitucionalidad.
- IV. Análisis de la constitucionalidad del NPD.
- V. Las consecuencias de la sentencia sobre el NPD.

I. LA PROHIBICIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS EN ALEMANIA

1. Fundamento

Los partidos políticos son una pieza imprescindible en los Estados democráticos y también lo es el principio de libertad que debe definir su posición y su régimen jurídico-constitucional: libertad para crear un partido, para decidir sus fines y su orientación ideológica, para acordar cómo organizarlo y qué líneas de actuación seguir. Esta libertad no es obviamente absoluta, porque debe compatibilizarse con otros principios y obligaciones que también definen el estatus constitucional de un partido, pero, sin duda, la limitación más relevante que puede sufrir dicha libertad se da en aquellos países europeos en los que es posible prohibir un partido político.

¹ Publicación realizada en el marco del Proyecto de Investigación "Partidos políticos: origen, función y revisión de su estatuto constitucional" (DER2017-84733-R).

Uno de los países en los que es posible la prohibición de determinado tipo de partidos es Alemania. El art. 21 de la Ley Fundamental de aquel país, dedicado a los partidos políticos, establece en su apartado II que

"son inconstitucionales los partidos que, por sus fines o por la conducta de sus seguidores, persigan menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania", y añade que "corresponde al Tribunal Constitucional declarar dicha inconstitucionalidad".

La prohibición de un partido que se considere contrario a la constitución constituye allí, por tanto, un límite a la libertad del partido reconocida en la propia Ley Fundamental².

La razón de ser de esta previsión constitucional se explica con el concepto de la democracia militante,³ una democracia, en palabras de Dieter Grimm, "dispuesta a y capaz de defenderse"⁴ de las organizaciones cuyo fin sea terminar con el orden democrático. El razonamiento que explica esta idea es el siguiente: si la Ley Fundamental quiere establecer un orden democrático libre y asegurar la existencia del mismo no puede garantizar la libertad a aquellos que buscan precisamente eliminar los presupuestos de ese orden democrático libre; lo contrario supondría que la constitución no estaría garantizando realmente la existencia de dicho orden⁵. "No hay libertad para los enemigos de la libertad"⁶ es la expresión en la que se recoge esta idea clave. Por lo tanto, la previsión del art. 21. II LF resulta la consecuencia lógica de institucionalizar un orden político libre y querer garantizar su existencia: la libertad no pueda usarse para abolir el orden de libertad y democracia⁷.

2 Pueden consultarse los análisis del art. 21 LF publicados en las diversas obras generales y de comentario a la constitución, entre ellas, por ejemplo: D. GRIMM, "Los partidos políticos", en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001 (2.ª ed.), p. 389 y ss.; P. KUNIG, "Parteien", en ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, C. F. Müller, Heidelberg, 2005 (3.ª ed.), p. 297 y ss.; M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", en H. DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2015 (3.ª ed.), p. 346 y ss.; J. IPSEN, "Art. 21. Parteien", en M. SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck, München, 2014 (7.ª ed.), p. 879 y ss.; y W. HENKE, "Artikel 21", en *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C. H. Beck, München.

3 Por todos, M. THIEL, "Die wehrhafte Demokratie «als verfassungsrechtliche» Grundentscheidung", en del mismo autor, *Wehrhafte Demokratie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 1 y ss.

4 D. GRIMM, "Los partidos políticos", *op. cit.*, p. 409.

5 M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 144.

6 BVerfGE 5, 85 (138 y ss.).

7 M. THIEL, "Das Verbot verfassungswidriger Parteien (Art. 21, Abs.2 GG)", en, del mismo autor, *Wehrhafte Demokratie*, *op. cit.*, p. 173 y ss.

La necesidad de garantizar de este modo el orden democrático no se ha dado de igual forma en todos los ordenamientos jurídicos y en ello tienen mucho que ver razones históricas. La doctrina alemana reconoce la influencia que ha ejercido en aquel país la experiencia del fracaso de la República de Weimar, aunque hay abierto cierto debate sobre si realmente existieron entonces mecanismos jurídicos que hubieran permitido defender el orden democrático o si no hubo posibilidad ninguna de defensa debido a la definición solo formal de su democracia⁸. En todo caso, a la hora de redactar el art. 21 LF los constituyentes tuvieron muy presente cuál había sido el final del régimen constitucional de Weimar y acordaron que la Ley Fundamental previese la prohibición de los partidos que fueran inconstitucionales por ser contrarios al orden democrático. Trataban así de impedir que un partido antidemocrático pudiera volver a llegar al poder por medios democráticos.

Aunque la doctrina alemana admite mayoritariamente esta argumentación, no ha dejado de alertar de los peligros que trae consigo una previsión como la del art. 21.II LF. Esta disposición, originariamente pensada para proteger la democracia, encierra al mismo tiempo ciertos riesgos para la propia democracia. De un lado, su uso puede llegar a producir una restricción en la libertad de los partidos y del orden democrático, que es exactamente lo que se pretende proteger,⁹ y, de otro, hay que ser conscientes de que se trata de una herramienta que los propios partidos pueden tener la tentación de utilizar indebidamente para combatir a determinados oponentes políticos¹⁰. Por eso, para evitar estos peligros, se debe interpretar de forma restrictiva y estricta el supuesto de hecho que permite prohibir un partido, y, por eso también, el procedimiento para prohibir un partido se ha diseñado de una forma determinada y sobre todo se ha atribuido la competencia para tomar la última decisión al respecto en exclusiva al Tribunal Constitucional Federal¹¹.

8 Sobre ello F. STOLLBERG, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Parteiverbots*, Dunkler & Humboldt, Berlin, 1976, p. 14 y ss.

9 Entre otros, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993 (19.^a ed.), p. 282, marginal 715; W. HENKE, "Artikel 21", *op. cit.*, marginal 346 y ss.

10 K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, *op. cit.*, marginal 715; también M. MORLOK, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", en J. A. MONTILLA MARTOS, *La prohibición de partidos políticos*, Servicio de Publicaciones Universidad de Almería, Almería, 2004, p. 207 advirtiendo de otros efectos negativos que puede tener la prohibición de un partido.

11 M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 146.

2. El supuesto de hecho

El art. 21 LF recoge los elementos que conforman el supuesto de hecho que permite considerar a un partido político contrario a la constitución y, por ello, prohibirlo.

a) En primer lugar, el art. 21 LF establece que son dos los bienes jurídicos protegidos cuya garantía puede justificar la prohibición de un partido: el "orden fundamental democrático libre" y la "existencia de la República Federal de Alemania". El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de interpretar qué se entiende por el orden fundamental democrático libre y, como luego se verá, ha incluido en él los principales elementos que definen a un Estado de derecho democrático y que excluyen cualquier tipo de gobierno arbitrario o dictatorial. En cuanto a la existencia de la República Federal de Alemania, la doctrina entiende que con esta expresión se busca garantizar el mantenimiento del territorio descrito en el preámbulo de la Ley Fundamental y la división del mismo en estados diferenciados (los *Länder*)¹².

b) La prohibición de un partido sólo es posible cuando éste persiga: o bien "menoscabar" o "eliminar" el orden fundamental democrático libre (con lo que se admiten distintos niveles de intensidad del daño que puede producirse en el orden democrático: menoscabarlo, en el sentido de que algunos de sus valores, o todos ellos, sean socavados, degradados o despreciados, o eliminarlo en el sentido de suprimirlo); o bien "poner en peligro" la existencia de la República Federal de Alemania¹³.

c) Según establece el art. 21. II LF los elementos que permiten enjuiciar si un partido es contrario a la constitución son "los fines del partido", que pueden conocerse a través de su programa o de otro tipo de documentos, y "la conducta de los seguidores", que serviría para constatar la realidad de dichos fines y la voluntad de alcanzarlos. En todo caso, no es suficiente con que un partido tenga una ideología contraria a los bienes jurídicos antes señalados, y con los propósitos también antes indicados, sino que es necesario que "persiga" (*darauf ausgehen*) con una actitud activa hacerla realidad para producir dichos daños¹⁴.

Aunque el art. 21 LF define con bastante claridad el supuesto de hecho, la determinación más precisa de los elementos que lo integran exige una interpretación restrictiva y estricta, como ya se ha apuntado, y, además, que sea conforme

12 Entre otros, P. KUNIG, "Parteien", *op. cit.*, marginales 56 a 58; M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginales 148, 149.

13 Por ejemplo, M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 153.

14 Entre otros, P. KUNIG, "Parteien", *op. cit.*, marginales 50 a 54; M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginales 150 a 152.

con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ya que la prohibición de un partido constituye una lesión en la libertad de asociación protegida por el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y este Tribunal ha establecido ciertos requisitos que todos los Estados firmantes del Convenio deben respetar¹⁵.

3. El procedimiento de prohibición

Al atribuir al Tribunal Constitucional Federal el monopolio sobre la decisión, según lo establecido en art. 21. II LF, ésta se sustrae a los órganos del Estado en los que están presentes los propios partidos. La interposición de la demanda instando la prohibición de un partido pueden presentarla el Gobierno Federal, el *Bundesrat* o el *Bundestag*, y es una decisión libre que depende de la valoración, incluso política, que haga el órgano demandante. Lo relevante es que la decisión final la toma el Tribunal Constitucional de acuerdo con las normas y principios que guían todas las actuaciones de este órgano, es decir, con criterios jurídicos y mediante una argumentación jurídica. Como es propio de la jurisdicción constitucional, el partido tiene la oportunidad de participar y defender su posición. El Tribunal, por su parte, primero tendrá que decidir sobre la admisión de la demanda y, una vez admitida, sobre la constitucionalidad del partido, y en ambos casos la decisión será tomada por una mayoría reforzada de dos tercios de la sala competente¹⁶.

La doctrina alemana ha discutido ampliamente sobre las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad. El debate se ha centrado sobre todo en dos aspectos. Por un lado, en determinar cuáles son las consecuencias que debe tener la declaración de inconstitucionalidad y la prohibición, que en parte están fijadas en la ley y en parte las decide el Tribunal. Entre ellas se incluyen la pérdida del estatus de partido, la pérdida de los derechos de los que disfrutaban los militantes, la disolución

15 Por todos, M. IGLESIAS BÁREZ, "La prohibición de partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en I. GUTIERREZ, *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 120 y ss.; L. LÓPEZ GUERRA, "Prohibición de partidos políticos. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en M. CARBONELL/H. FIZ-FIERRO/L. R. GONZÁLEZ PÉREZ/D. VALADÉS, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 2, UNAM, México, 2015, p. 106 y ss.

16 P. KUNIG, "Parteien", *op. cit.*, marginal 46; M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 157 y 160; M. MORLOK, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", *op. cit.*, p. 111.

del partido, la incautación de su patrimonio, la pérdida del mandato de sus parlamentarios y la prohibición de crear una organización equivalente. Por otro lado, la doctrina ha discutido sobre los efectos que puede tener el hecho de que un partido sea contrario a la constitución pero no haya sido declarado inconstitucional. Respecto a esto, hasta la decisión del Tribunal Constitucional de 2017 sobre el NPD, existía acuerdo en que mientras no hubiera una declaración de inconstitucionalidad, ningún partido podía sufrir consecuencias negativas ni ningún tipo de merma en sus derechos aunque se cuestionase su compatibilidad con la constitución¹⁷.

4. Los primeros procesos de prohibición de partidos

Tratándose de un mecanismo excepcional no es extraño que en los prácticamente setenta años de vigencia de la Ley Fundamental las demandas presentadas ante el Tribunal Constitucional Federal para que declarase la inconstitucionalidad y prohibiese determinados partidos han sido contadas.

Las dos primeras se presentaron y resolvieron en los años cincuenta del pasado siglo XX, en un contexto político y social muy determinado. Recordemos que, por un lado, la República Federal de Alemania se fundó sólo en el territorio alemán ocupado tras la guerra por los aliados occidentales, quedando fuera la zona ocupada por la Unión Soviética, y que se convirtió en pocos años en uno de los puntos estratégicos de la Guerra Fría; y, por otro, que el nuevo orden constitucional se construyó con el objetivo de impedir que volviese a suceder lo que había ocurrido al final de la República de Weimar. Los nacionalsocialistas habían sido los enemigos de la democracia en su historia más reciente, y los comunistas se habían convertido en los nuevos enemigos de ésta en el orden mundial de la Guerra Fría. Por eso, como recuerda el prof. Stolleis, "en la situación del momento parecía de importancia existencial reforzar a la joven y débil República en igual medida contra la derecha y la izquierda"¹⁸. Esta es la razón por la que en 1951 el Gobierno Federal presentó una demanda de prohibición contra el KPD (el Partido Comunista de Alemania) y contra el SRP (el Partido Socialista del *Reich*), un pequeño partido radical de derechas formado entonces por antiguos nacionalsocialistas. Ambas demandas deben

17 K. STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1987, p. 406 y ss.; P. KUNIG, "Parteien", *op. cit.*, marginal 71; D. GRIMM, "Los partidos políticos", *op. cit.*, p. 410; M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 157-158; M. MORLOK, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", *op. cit.*, p. 111.

18 M. STOLLEIS, "Justicia política en Alemania occidental tras 1945", en I. GUTIERREZ, *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 19 y ss.

entenderse, como señala el prof. Morlok, "como el intento de la República Federal de Alemania de separarse de dos modelos totalitarios, el nacionalsocialismo y el socialismo según el modelo de la República Democrática Alemana¹⁹".

El Tribunal Constitucional resolvió primero la demanda relativa al SRP²⁰ con una sentencia de 23 de octubre de 1952, no excesivamente larga, en la que estableció los elementos básicos de su interpretación del art. 21. II LF. Tras un examen detallado del programa del partido, las actuaciones del mismo y numerosa documentación sobre su organización y fines, el Tribunal consideró que era inconstitucional: por ser contrario a los derechos fundamentales, especialmente a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad ante la ley (por su antisemitismo); por pretender expulsar de la vida política a todos los demás partidos y combatir el principio democrático esencial del pluripartidismo; por tener una organización interna no democrática que respondía a un principio autoritario; y por considerarse el sucesor del partido nacionalsocialista del III Reich, el NSDAP²¹. La sentencia tuvo un importante valor simbólico de ruptura de la nueva república con el anterior régimen nacionalsocialista.

En el caso del KPD la cuestión era más complicada, por eso la decisión del Tribunal Constitucional tardó más llegar y se materializó en una extensísima sentencia de 17 de agosto de 1956²². En ella el Tribunal recogió los elementos básicos establecidos en la sentencia del SRP y los completó. Tras analizar profusamente la ideología marxista-leninista, la teoría de la revolución del proletariado y de la dictadura del proletariado, toda la documentación relativa al KPD y a sus actividades, y su relación con la Unión Soviética en el contexto de la Guerra Fría y la división de Alemania, concluyó que los fines de un partido que persigue la dictadura del proletariado, el asalto revolucionario al poder y el derecho de resistencia no son compatibles con la Ley Fundamental, que constitucionaliza el modelo occidental de democracia parlamentaria²³. Esta segunda sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de un partido también tuvo entonces un importante valor simbólico de afirmación frente al modelo de la democracia socialista de la República Democrática Alemana²⁴.

19 M. MORLOK, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", *op. cit.*, p. 215.

20 BVerfGE 2, 1 (1 a 79).

21 BVerfGE 2, 1 (68 a 71).

22 BVerfGE 5, 85 (85 a 393).

23 BVerfGE 5, 85 (380 a 390).

24 En ese momento el KPD había perdido mucho apoyo popular: en las elecciones de 1953 obtuvo solo el 2% de los votos (en las primeras elecciones al *Bundestag* habían logrado un 5,7 %). Tras su prohibición continuó su actividad clandestinamente. Posteriormente, en 1968, se fundó el DKP

Con estos dos casos el Tribunal Constitucional sentó una jurisprudencia fundamental en materia de partidos, no sólo respecto a la prohibición de éstos, sino también a su posición jurídico-constitucional²⁵.

El carácter excepcional del mecanismo de la prohibición de partidos ha quedado demostrado con el hecho de que desde la sentencia del KPD el Tribunal Constitucional no ha vuelto a juzgar la constitucionalidad de un partido hasta enero de 2017, cuando emitió su decisión sobre el NPD (el partido nacional democrático de Alemania)²⁶. Entre ambas, sin embargo, sí ha habido tres procesos en los que, por diferentes motivos, el Tribunal no llegó a pronunciarse sobre la constitucionalidad de los partidos demandados. En septiembre de 1993, con días de diferencia, se presentaron dos demandas de inconstitucionalidad contra dos pequeños grupos de extrema derecha: la primera, del parlamento de Hamburgo contra el NL (la Lista Nacional) y, la segunda, del Gobierno Federal y el *Bundesrat* contra el FAP (el partido liberal alemán de los trabajadores); ambas fueron resueltas por el Tribunal Constitucional sin entrar al fondo de la cuestión ya que el Tribunal entendió que no se podía considerar que ninguna de estas dos organizaciones fuesen partidos políticos y, por tanto, no cabía aplicarles el art. 21.2 LF. En 2001 se presentaron tres demandas de inconstitucionalidad contra el NPD, por parte del Gobierno Federal, del *Bundestag* y del *Bundesrat*, pero por obstáculos procesales no hubo decisión sobre el fondo de la demanda. A esta sentencia, y sobre todo al análisis de la decisión posterior de 2017, están dedicadas las páginas que siguen.

II. LAS DEMANDAS DE PROHIBICIÓN DEL NPD

Las dos demandas de inconstitucionalidad del NPD se presentaron a principios del siglo XXI, es decir, en un contexto político muy diferente al de las demandas

(el partido comunista alemán), que seguía siendo en parte el antiguo KPD aunque con una nueva generación de militantes. A finales de los años sesenta, sin embargo, la situación política era diferente y no se decidió volver a presentar una demanda de inconstitucionalidad. Véase, con más detalle, M. STOLLEIS, "Justicia política en Alemania occidental tras 1945", *cit.*, p. 27.

25 Hay que recordar que la ley de partidos no se aprueba en Alemania hasta 1967, porque los partidos no se ponían de acuerdo en materia de financiación, y las primeras sentencias del Tribunal Constitucional sobre inconstitucionalidad de partidos sientan también la interpretación que había que dar, con carácter general, al régimen jurídico-constitucional de los partidos. Así lo recuerdan D. IÑIGUEZ y S. FRIEDEL, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", en *Claves de Razón Práctica*, núm. 122, 2002, p. 30 a 40.

26 BVerfGE 91, 262 y BVerfGE 91, 276 respectivamente.

contra el SRP y el KPD, en el que la República Federal Alemana es ya un estado democrático consolidado que no necesita autoafirmarse y con una situación internacional muy diferente a la de los años cincuenta del pasado siglo.

Las tres demandas de inconstitucionalidad presentadas en 2001 contra el NPD fueron la reacción a un notable incremento de actuaciones violentas de grupos de extrema derecha que parecían tener un móvil xenófobo, como el atentado de 27 de julio contra un grupo de inmigrantes judíos. En respuesta a esta situación, todos los partidos, excepto el FDP, estuvieron de acuerdo en presentar una demanda de inconstitucionalidad contra el NPD porque, aunque no era el único partido de extrema derecha y tenía un apoyo muy reducido (el 0,3% de los votos en las elecciones federales de 1998 y 0,4% en las de 2002), era el que tenía una identificación más clara con los partidos nacionalsocialistas anteriores²⁷.

El Tribunal, sin embargo, no llegó a pronunciarse sobre la constitucionalidad del NPD. En su decisión de 18 de marzo de 2003 explicó que tres de los siete magistrados de la sala competente entendían que existían defectos de procedimiento que impedían que el proceso siguiera adelante: parte importante del material probatorio había sido proporcionado por confidentes de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución²⁸ infiltrados en el partido, algunos de los cuales habían ocupado cargo relevantes en el mismo²⁹.

Esta demanda contra el NPD abrió un amplio debate político y jurídico en el que se discutió no sólo sobre la necesidad y, o la oportunidad, de prohibir este partido, sino también sobre la función y los límites de la Oficina Federal para la protección de la Constitución, a lo que contribuyó el hecho de que el Tribunal Constitucional finalmente no valorase la compatibilidad del NPD con la Constitución por el motivo antes señalado.

En 2012 el *Bundesrat* volvió a presentar una demanda de inconstitucionalidad contra el NPD, tras la conmoción en la opinión pública que supuso el conocimiento de las actividades del NSU (Clandestinidad Nacionalsocialista), una organización terrorista clandestina de extrema derecha activa desde 1998 pero que no fue descubierta hasta noviembre de 2011. A esta organización se le atribuyeron diversos

27 Sobre este caso, P. KUNIG, "Parteien", *op. cit.*, marginales 64 a 70. También véase D. IÑIGUEZ y S. FRIEDEL, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", *op. cit.*, p. 30 y ss.

28 La Oficina Federal para la Protección de la Constitución es una institución de inteligencia cuya tarea es proteger el régimen establecido por la constitución alemana y para ello, entre otras cosas, se ocupa de vigilar a los partidos políticos que pueden resultar contrarios a ella.

29 BVerfGE 107, 339 (339 a 395).

asesinatos de extranjeros y policías, así como cierta conexión con algún integrante del NPD.

El Tribunal Constitucional respondió a esta demanda con una extensa sentencia emitida cinco años más tarde, el 17 de enero de 2017³⁰. En ella analizó, en primer lugar, si existían o no en este caso, de nuevo, obstáculos procesales que impidieran entrar a enjuiciar el fondo de la cuestión, como sucedió en la demanda anterior. Para ello recordó que, tal y como había expuesto en la primera sentencia sobre el NPD, el principio de libertad frente al Estado de los partidos políticos y las exigencias de un juicio justo son irrenunciables en el procedimiento en que se juzga la constitucionalidad de un partido, y ello supone que durante el curso del mismo no puede haber agentes encubiertos trabajando dentro del partido que se cuestiona, la demanda de inconstitucionalidad no puede deberse en parte a la acción de dichos agentes, y la vigilancia del partido no permite que se espíe su estrategia de defensa ni que se utilice información sobre ella en el proceso. En este caso, a diferencia del anterior, el Tribunal no consideró que se hubieran producido esos hechos ni que, por tanto, existieran obstáculos procesales insalvables para pronunciarse sobre el fondo de la demanda³¹.

Así pues, esta vez el Tribunal pudo entrar a valorar el fondo de la cuestión y enjuiciar si el NPD era contrario a la constitución. Apoyándose en la jurisprudencia sentada en los casos anteriores de prohibición de partidos, el Tribunal Constitucional concluyó que el NPD efectivamente procuraba, por sus fines y la conducta de sus seguidores, la destrucción del orden fundamental democrático libre; buscaba reemplazar el orden constitucional existente por un Estado-nación vinculado a una comunidad definida étnicamente, lo cual es contrario a la dignidad de todos los seres humanos y al principio democrático de la Ley Fundamental; y trabajaba de forma planificada y adecuada para conseguirlo. Sin embargo, añadió el Tribunal que no había "indicios concretos de peso suficiente" de que fuera al menos posible que las acciones del partido pudieran tener éxito y que, por ello, no cabía declararlo inconstitucional. Esta sentencia introdujo un elemento nuevo, el de la potencialidad para alcanzar los objetivos, que no aparecía en las sentencias anteriores, y en el que se ha

30 BVerfGE 144, 20 (20 a 367). Para este trabajo se ha utilizado el texto de la sentencia accesible en la página web del Tribunal Constitucional Federal alemán, no el texto publicado en los volúmenes en los que se recopilan las sentencias, por eso en las citas que se hagan aquí de la misma se hará referencia entre paréntesis, no a la página de la recopilación oficial, sino al número marginal del párrafo que corresponda.

31 BVerfGE 144, 20 (marginal 397 a 509), con referencias a BVerfGE 107, 339 (369 y ss.) en la que había sentado estos principios.

interpretado que el Tribunal Alemán ha tenido en cuenta las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algunas de las cuales eran, a principios del siglo XXI, más rigurosas que las establecidas en la jurisprudencia constitucional alemana, sentada casi cincuenta años antes.

A continuación se analizará el parámetro de constitucionalidad utilizado por el Tribunal en este caso, así como la aplicación al NPD de dicho parámetro que condujo a dicho fallo.

III. EL PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD

En el apartado de los fundamentos jurídicos de la sentencia los elementos más relevantes son dos: la determinación de los elementos que constituyen el supuesto de hecho del art. 21. 2 LF y que permiten prohibir un partido político, y la conformidad de dicha interpretación con la jurisprudencia del TEDH.

Antes de analizarlos, no obstante, el Tribunal hace unas reflexiones generales sobre la prohibición de partidos, algunas ya recogidas en las sentencias anteriores, de las que cabe destacar las siguientes:

a) A diferencia de la Constitución de Weimar, que solo mencionaba tangencialmente a los partidos, el art. 21 LF les reconoce por primera vez un específico estatuto jurídico-constitucional, les atribuye una posición especial, les eleva al rango de instituciones constitucionales y les caracteriza como factores necesarios de la vida constitucional. En la amplia constitucionalización de los partidos que lleva a cabo la Ley Fundamental se incluye también la posibilidad de prohibirlos, como forma de establecer "los presupuestos estructurales que impidan que se pueda repetir la catástrofe del nacionalsocialismo y una evolución de los partidos como la que se produjo en la fase final de la República de Weimar³²". El art. 21.2 LF está por tanto dirigido a evitar la existencia de un partido cuya razón de ser sea contraria a la constitución: un partido de ese tipo no puede tener la posibilidad de utilizar la libertad para luchar contra el orden fundamental democrático libre³³.

b) Esta idea de proteger la libertad limitando la libertad no se opone a la decisión constitucional de establecer un orden democrático en el que la voluntad de los órganos del Estado se apoye en un proceso libre de formación de la opinión y de la voluntad de los ciudadanos. Precisamente a garantizar ese orden sirve el art. 21.2 LF que debe entenderse como un compromiso entre el principio de tolerancia

32 BVerfGE 107, 339 (362).

33 BVerfGE 144, 20 (marginal 514).

a todo tipo de ideologías políticas y el reconocimiento de que existen ciertos valores fundamentales del orden estatal que son inviolables, así como la opción constitucional de establecer, frente a una experiencia histórica concreta, una "democracia militante"³⁴.

c) El art. 21.2 LF no tiene un carácter transitorio, es decir, no es una disposición que solo pretendiese asegurar el tránsito del régimen nacionalsocialista a un orden democrático libre y que, por tanto, haya perdido ya su razón de ser en el contexto de una democracia consolidada. La finalidad del art. 21.2 LF no se limitaba a la etapa de establecimiento del orden democrático, porque asegurar la estabilidad de las estructuras democráticas es una tarea constante. Con independencia de si, en las actuales condiciones democráticas, recurrir a la prohibición de un partido es o no preferible a combatir las posiciones antidemocráticas a través del debate político, el cambio en las condiciones sociales y políticas desde la entrada en vigor de la Ley Fundamental no supone en ningún caso que el art. 21.2 ya no resulte aplicable. La no aplicación de una norma durante largo tiempo no supone que esta pierda su vigencia³⁵.

d) El Tribunal destaca el carácter excepcional del art. 21.2 LF, ya que la prohibición de un partido supone una limitación grave a la libertad de los partidos que solo en condiciones especiales puede estar justificada. Por eso esta disposición exige una interpretación restrictiva del supuesto de hecho y que tenga en cuenta su carácter de excepción frente a la regla de la libertad³⁶.

1. El supuesto de hecho

En la demanda contra el NPD se argumenta que este partido es contrario al orden fundamental democrático libre, que persigue menoscabar o eliminar, como demuestran los fines del partido y la conducta de sus seguidores, es decir, que cumple las condiciones materiales de uno de los supuestos definidos en el art. 21.2 LF. Son los elementos de ese supuesto de hecho los que analiza pormenorizadamente el Tribunal Constitucional.

1.1. El orden fundamental democrático libre

El concepto de orden fundamental democrático libre había sido abordado ya en las anteriores sentencias del Tribunal Constitucional. En la sentencia sobre el SRP el

34 BVerfGE 144, 20 (marginal 516), citando la BVerfGE 5, 85 (139).

35 BVerfGE 144, 20 (marginal 519 y 520).

36 BVerfGE 144, 20 (marginal 524).

Tribunal estableció que sólo podía prohibirse aquel partido que rechazase los principios superiores de la democracia liberal,³⁷ que son los principios que conforman el orden fundamental democrático libre, un orden vinculado a unos determinados valores³⁸. Entonces señaló que el orden fundamental democrático libre se refiere a aquellos principios que

"excluyendo cualquier tipo de gobierno arbitrario o dictatorial, garantizan el orden político propio de un Estado de derecho fundamentado en la autodeterminación del pueblo conforme a la voluntad de la correspondiente mayoría, la libertad y la igualdad³⁹".

Entre los principios básicos de este orden mencionaba entonces el Tribunal: el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental, especialmente el derecho de cada persona a la vida y al libre desarrollo de su personalidad, la soberanía popular, la separación de poderes, la responsabilidad del gobierno, la vinculación a la ley de la administración, la independencia del poder judicial, el principio del pluripartidismo, y la igualdad de oportunidades de todos los partidos políticos junto con el derecho a concurrir al desarrollo constitucional y a ejercer como oposición⁴⁰. A estos elementos el Tribunal añadió, en la sentencia sobre el KPD, la libertad de asociación, el parlamentarismo que surge del principio del pluripartidismo, la exigencia de elecciones libres periódicas y el reconocimiento de los derechos fundamentales a la cabeza de los cuales se sitúa el valor superior e inviolable de la dignidad humana⁴¹. En sentencias posteriores el Tribunal incluyó también otros elementos como la libertad de expresión, la libre formación de la opinión pública, la libertad ideológica y religiosa, y la neutralidad ideológica y religiosa del Estado⁴².

La doctrina ha sido crítica con esta enumeración de lo que debe entenderse por el orden fundamental democrático libre, por no ser sistemática, ser incompleta, indeterminada, susceptible de ser manipulada e incluso por ser arbitraria⁴³. Por eso

37 BVerfGE 2, 1, (14).

38 BVerfGE 2, 1 (12).

39 BVerfGE 2, 1 (12-13).

40 BVerfGE 2, 1 (13).

41 BVerfGE 5, 85 (199, 230, 236 y 204).

42 Las referencias en BVerfGE 144, 20 (marginal 533).

43 La doctrina había criticado la "insuficiencia teórica" de la misma y que se trataba de una enumeración sin orden de elementos concretos, que, además, era incompleta. Así, "el principio del Estado de derecho solo se recoge de forma claramente limitada, porque no se incluyen de forma suficiente todos los elementos imprescindibles que lo definen. Una concreción racional pondría en primer plano

el Tribunal responde en esta sentencia a esas críticas afirmando que no tienen en cuenta la distinción que debe hacerse entre los elementos esenciales del orden fundamental democrático libre y aquellos otros elementos que derivan de estos y que dependen de cada caso concreto⁴⁴. El Tribunal se preocupa por aclarar que el concepto de orden fundamental democrático libre utilizado en el art. 21.2. LF incluye sólo aquellos principios fundamentales centrales que son absolutamente imprescindibles para un Estado constitucional liberal: la dignidad humana, el principio democrático y el principio del Estado de derecho.

a) El orden fundamental democrático libre tiene su punto de partida en la dignidad del hombre (art. 1.1 LF) valor superior de carácter inviolable. Según el Tribunal, la garantía de la dignidad humana incluye, en primer lugar, la individualidad, identidad e integridad personales, porque a ella subyace una imagen del hombre concebido como persona, que se autodetermina en libertad y puede decidir su destino bajo su propia responsabilidad. Por eso la dignidad humana sólo permanece intacta cuando se considera a los hombres como fundamentalmente libres, pero no cuando se les considera como parte de un colectivo y sometidos a una autoridad superior; la subordinación incondicional de los individuos a un colectivo, una ideología o una religión supone un menosprecio de su cualidad de personas individuales y libres, y representa una violación de la dignidad humana que atenta contra el orden fundamental democrático libre⁴⁵. Añade el Tribunal que, en segundo lugar, la garantía de la dignidad incluye la igualdad jurídica básica: todos los hombres, con independencia de su origen, raza, sexo u otra cualidad, son igualmente personas. Es contrario a la dignidad humana el establecimiento de estatutos jurídicos devaluados para determinados colectivos o los tratos discriminatorios humillantes; por eso las ideologías con componentes antisemitas o discriminatorios por razón de la raza son contrarias a la dignidad humana y atentan contra el orden fundamental democrático libre⁴⁶.

la trascendencia funcional de mantener los principios democráticos fundamentales relativos a los procedimientos. Además son también esenciales: los procesos de formación de la opinión individual y de la voluntad popular en libertad (arts. 5, 8, 9, y 21. I LF); el principio mayoritario y la institucionalización de la participación democrática en conexión con el principio del Estado de derecho para garantizar dichos procesos; y la garantía también de la vinculación jurídica de los resultados que se produzcan democráticamente" (M. MORLOK, "Artikel 21. Parteien", *op. cit.*, marginal 148.

44 BVerfGE 144, 20 (marginal 534).

45 BVerfGE 144, 20 (marginal 539 y 540).

46 BVerfGE 144, 20 (marginal 541).

b) Respecto al principio democrático el Tribunal afirma que es un elemento constitutivo del orden fundamental democrático libre y hace tres precisiones. En primer lugar señala que para un sistema democrático es indispensable que todos los ciudadanos tengan la posibilidad de participar con iguales oportunidades en el proceso de formación de la voluntad política y que el ejercicio del poder en el Estado pueda predicarse del pueblo (arts. 20. 1 y 2 LF), aunque estas exigencias pueden satisfacerse de diferentes formas. Así, el rechazo del parlamentarismo y su sustitución por un sistema plebiscitario no sería atentatorio contra el orden fundamental democrático básico, pero sí lo sería un ideario político que buscara establecer un sistema de partido único⁴⁷. En segundo lugar, respecto al principio de la soberanía popular el Tribunal reconoce que no son imprescindibles todos los instrumentos específicos que garantizan todos los mecanismos de legitimación democrática; lo que sí es imprescindible es el respeto fundamental a este principio⁴⁸. Finalmente añade que la Ley Fundamental ha optado por un modelo de democracia representativa parlamentaria en el que el parlamento ocupa un papel central y que, por eso, son contrarios al orden fundamental democrático libre quienes rechazan el parlamentarismo sin explicar de qué otra forma respetarán el principio de la soberanía popular y garantizarán la apertura del proceso de formación de la voluntad política⁴⁹.

c) También es un elemento indispensable del orden fundamental democrático el principio del Estado de derecho, orientado a limitar y controlar el poder con el fin de proteger la libertad individual, que se concreta a su vez en un conjunto de sub-principios. Explica el Tribunal que, de ellos, los que resultan determinantes para el orden fundamental democrático libre son la vinculación a la ley de todos los poderes públicos (establecida en el art. 20. 3 LF) y el control de dicha vinculación por tribunales independientes, añadiendo que la libertad garantizada constitucionalmente exige que el uso de la fuerza esté reservado a órganos estatales vinculados a la ley y sometidos a control judicial⁵⁰.

1.2. Menoscabar o eliminar

Para que un partido sea declarado inconstitucional debe perseguir menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre. El Tribunal Constitucional diferencia entre ambos conceptos aunque advirtiendo que no hay una separación

47 BVerfGE 144, 20 (marginal 543 y 544).

48 BVerfGE 144, 20 (marginal 545).

49 BVerfGE 144, 20 (marginal 546).

50 BVerfGE 144, 20 (marginal 547).

estricta entre ambos, sino que son los dos una aproximación, de distinto grado, eso sí, a una misma idea: debilitar, socavar y descomponer dicho orden fundamental⁵¹.

Por eliminar el orden fundamental democrático libre el Tribunal y la doctrina entienden "la erradicación de al menos uno de los elementos esenciales del mismo o la sustitución de ese orden por un orden constitucional diferente o un sistema de gobierno distinto⁵²". En cuando al concepto de menoscabar, el Tribunal señala que "se produce un menoscabo cuando un partido representa, con razonable intensidad y en base a su estrategia política, una amenaza significativa para el orden fundamental democrático libre⁵³". Se da ese menoscabo simplemente cuando un partido, aunque no explique qué orden constitucional establecería en lugar del existente, procura cualificadamente la derogación de éste. Es suficiente con que se oponga a uno de los elementos esenciales del orden fundamental democrático libre (dignidad humana, democracia y Estado de derecho), puesto que están interconectados y se delimitan mutuamente. Esta interconexión supone que un partido que rechaza uno de estos principios no puede defenderse de una demanda de inconstitucionalidad alegando que respeta los demás. Sin embargo, no se puede considerar que todas las reivindicaciones contrarias a la constitución (a estos tres principios) cumplan el objetivo de menoscabar el orden fundamental democrático libre. Lo determinante para ello es que el partido esté claramente orientado en contra de aquellos principios fundamentales irrenunciables para la convivencia libre y democrática. Esta interpretación, además, garantiza que el procedimiento de prohibición no se utilizará para eliminar a oponentes políticos no deseables, sino solo con la finalidad de proteger preventivamente la constitución⁵⁴.

1.3. Los fines del partido o la conducta de sus seguidores

Conforme a la redacción del art. 21.2 LF los únicos medios de prueba para valorar si un partido persigue menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libres son los fines del mismo y la conducta de sus seguidores, por eso es importante la interpretación que ha hecho el alto Tribunal de estos dos elementos.

Respecto a los fines del partido, el Tribunal explica que se trata de la expresión de aquello que este persigue políticamente, con independencia del tipo de objetivos que sean: finales o intermedios; a corto, medio o largo plazo; principales

51 Ya en la jurisprudencia anterior, BVerfGE 2, 1 (21); 5, 85 (210 y ss., y 307-308).

52 BVerfGE 144, 20, (marginal 550).

53 BVerfGE 144, 20 (marginal 556).

54 *Ibid.* con numerosas referencias doctrinales apoyando esta explicación.

o secundarios. Los fines, por regla general, se deducen del programa político y de otros documentos del mismo, de escritos y obras sobre la ideología del partido de autores reconocidos por este, de discursos de dirigentes, del material de propaganda así como también de las publicaciones periódicas (prensa o revistas) sobre las que influye el partido⁵⁵. Pero lo decisivo, en todo caso, es que se identifiquen los fines reales del partido, que pueden no ser los que él muestre en público. Puede ocurrir que un partido persiga fines contrarios a la constitución y no los exprese abiertamente, sino que sean de algún modo secretos; si así fuera, el programa político no serviría como medio de prueba, sino que tendría que ser otra la documentación que demostrase cuáles son los fines reales del partido⁵⁶.

Definir qué puede entenderse por la conducta de los seguidores exige más explicaciones. En primer lugar, el Tribunal ha entendido desde el primero momento que son seguidores de un partido "todas las personas que abogan por un partido y se declaran a favor de él, aunque no sean militantes del mismo⁵⁷". En cuanto al comportamiento de los seguidores, no toda conducta es relevante para demostrar que un partido persigue menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre. Es muy cuestionable, por ejemplo, que puedan tenerse en cuenta aquellas conductas sobre las que el partido no ha tenido apenas posibilidades de influir. Lo determinante es precisamente que la voluntad política del partido se exprese claramente en el comportamiento de sus seguidores. Eso sucede cuando esa conducta refleja una línea fundamental del partido o cuando este expresamente respalda dicha conducta. A partir de aquí, sin embargo, el Tribunal considera que hay que distinguir diferentes supuestos:

a) Hay que tener en cuenta principalmente la actividad de los órganos del partido y especialmente la de su presidente y la de sus dirigentes; también la de los órganos de comunicación del partido y la de los dirigentes de las organizaciones sectoriales o territoriales del mismo⁵⁸.

b) En el caso de declaraciones o acciones de simples militantes, éstas solo podrán tenerse en cuenta si se producen en un contexto político y el partido las ha aprobado o tolerado. La imputación al partido de la conducta de sus militantes es posible si las declaraciones o acciones están conectadas con un acto u otra actividad del partido, salvo que este se haya distanciado de ellas. Si falta esa relación

55 BVerfGE 144, (marginal 558), citando la BVerfGE 5, 85 (143 y ss.).

56 BVerfGE 144, 20 (marginal 559), ya apuntado en BVerfGE 2, 1 (20); 5, 85 (144).

57 BVerfGE 2, 1 (22); 144, 20 (marginal 560).

58 BVerfGE 144, 20, (marginal 562).

con un acto o actividad del partido, debe tratarse de manifestaciones o acciones de militantes que el partido tolere o incluso apoye⁵⁹.

c) En el caso de los seguidores que no pertenecen al partido, es condición necesaria que su conducta haya sido influida por el partido o aprobada por este; para ello es necesario que exista una concreta actividad del partido que promueva dicho comportamiento, incite o tolere esa conducta, y hechos concretos que demuestren que la misma es expresión de la voluntad del partido. La sola aprobación posterior de un comportamiento solo es admisible si el partido admite que es parte de sus objetivos contrarios a la constitución⁶⁰.

d) Si los seguidores realizan conductas delictivas, estas solo serán relevantes si tienen relación con los bienes protegidos por el art. 21.2 LF, es decir, si tienen un trasfondo político que pueda demostrar los objetivos del partido contrarios a la constitución, si son expresión de la voluntad política del partido, y siempre que hayan sido realizadas por influencia del partido y este no se haya distanciado de ellas o incluso las haya aprobado⁶¹.

e) De acuerdo con lo anterior no cabe la atribución general al partido de actos delictivos o violentos de sus seguidores sin que exista la conexión concreta antes señalada. En especial, la creación desde el partido de un determinado clima político no es suficiente para imputarle las conductas delictivas que se cometan en dicho clima. Para ello tendría que demostrarse que esas conductas son parte de los objetivos anticonstitucionales del partido (por ejemplo, si el partido ha prestado para ello ayuda material o logística, si existen vínculos personales entre el partido y los autores de las conductas, o si algunos de ellos son militantes)⁶².

f) Las declaraciones parlamentarias de los miembros de un partido obviamente pueden ser tenidas en cuenta en un proceso en el que se juzgue la inconstitucionalidad de ese partido. El privilegio de la inviolabilidad no produce ningún efecto en esta materia, es decir, no impide que dichas declaraciones sean tenidas en cuenta⁶³.

59 BVerfGE 144, 20, (marginal 563).

60 BVerfGE 144, 20, (marginal 564).

61 BVerfGE 144, 20, (marginal 565).

62 BVerfGE 144, 20, (marginal 566).

63 BVerfGE 144, 20, (marginal 567).

1.4. La actitud activa (el *darauf ausgehen*)

Junto a los elementos que definen el supuesto de hecho del art. 21.2 LF el Tribunal Constitucional ha interpretado que el "perseguir" (*darauf ausgehen*)⁶⁴ menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre no puede ser sólo una intención, sino que debe haber una actitud activa del partido que busque lograr ese objetivo. El Tribunal se detiene en esta sentencia en explicar detalladamente este requisito porque será determinante en su decisión.

a) En primer lugar el Tribunal explica la razón de ser de este requisito y recuerda que el objetivo de la prohibición de partidos que prevé la constitución no es el de prohibir determinados credos políticos o visiones del mundo. La constitución consagra la apertura del proceso político de formación de la voluntad política, la libertad de expresión de ideas políticas, y la libertad de los partidos. La lesión de estos bienes constitucionales que supone prohibir un partido solo está justificada cuando así lo exija la protección del orden fundamental democrático libre (art. 21.2 LF) y para ello es necesario que el partido se emplee a fondo para lograr sus objetivos con una intervención activa y de este modo intente conseguir el menoscabo o la eliminación de dicho orden. El art. 21.2 trata de proteger la constitución frente a acciones, no frente a formas de pensar. Solo cuando un partido actúa contra el orden democrático está justificada la aplicación del art. 21.2 LF. El Tribunal explica gráficamente, citando al prof. Klein, que el partido debe ir más allá de reconocer sus objetivos contrarios a la constitución y cruzar el límite que supone empezar a luchar por alcanzar esos objetivos contrarios al orden constitucional⁶⁵.

En la sentencia sobre el KPD ya afirmó el Tribunal que un partido no es inconstitucional por no reconocer los principios fundamentales del orden democrático libre, por rechazarlos o por querer sustituirlos, sino solo cuando, además, desarrolla "una actuación activa, combativa y agresiva contra el orden establecido" que se pueda considerar como el proceder político planificado y buscado por el partido⁶⁶.

b) En segundo lugar, el Tribunal explica que el requisito de que el partido persiga alcanzar los objetivos antidemocráticos exige una "actuación planificada", para lo cual es necesario "un trabajo continuado con el fin de hacer realidad esa

64 El verbo que se utiliza en el art. 21 LF, *ausgehen auf*, resulta decisivo. No es sencillo encontrar una palabra que sea exactamente equivalente, puede traducirse por "tender a", "buscar", "perseguir" o "pretender". Lo relevante, como señala el Tribunal, es que este verbo implica una actitud activa, que se está haciendo ya algo para conseguir los objetivos.

65 BVerfGE 144, 20 (marginal 571 a 573).

66 BVerfGE 5, 85 (141-142).

concepción política contraria a la constitución⁶⁷". Esta actuación planificada debe constituir una "preparación cualificada" para lograr los objetivos contrarios al orden fundamental democrático libre y, en concreto, debe existir "una conexión orientada entre las acciones del partido y el menoscabo o la eliminación de dicho orden⁶⁸". En relación a estas cuestiones el Tribunal se detiene a explicar que este requisito no exige que se hayan cometido actos delictivos, ni siquiera actos contrarios a la ley (y recuerda aquí como el régimen nacionalsocialista pudo subvertir el orden democrático sin incumplir la ley), porque precisamente el mecanismo del art. 21.2 LF es una herramienta de defensa contra posibles peligros futuros, no una forma de protección represiva de carácter penal. Otra cosa es que la existencia de actos delictivos o ilegales pueda ser un indicio relevante de que el partido persigue objetivos contrarios a la constitución⁶⁹.

c) En tercer lugar el Tribunal señala que no es necesario que exista ya un concreto peligro para el orden fundamental democrático libre, pero sí que haya indicios concretos de peso suficiente de que sea al menos posible que las acciones del partido puedan tener éxito. Este es, sin duda, el requisito clave en este caso y por eso el Tribunal se ocupa de explicarlo en detalle.

Desde el punto de vista del fundamento de este requisito el Tribunal explica que la no exigencia de que exista ya un peligro concreto responde a la experiencia del nacionalsocialismo, que demostró que los movimientos radicales son tanto más difíciles de combatir cuando más terreno vayan ganado. Por regla general no se puede determinar con exactitud en qué momento existe ya un peligro concreto, es decir, a partir de qué punto el curso de los acontecimientos conducirá con suficiente probabilidad a un menoscabo o eliminación del orden fundamental democrático libre. Si se exigiese esperar a que el peligro fuera ya concreto, podría ser demasiado tarde, el proceso de declaración de inconstitucionalidad de un partido podría producirse en un momento en el que ese partido fuese tan fuerte que la prohibición no pudiera llevarse a cabo. Por ello el art. 21.2 LF permite la posibilidad de declarar inconstitucional un partido en un momento temprano, con carácter de medida preventiva, no para defender los bienes protegidos frente a peligros existentes, sino para evitar que los peligros que tienen muchas posibilidades de hacerse reales puedan llegar a serlo⁷⁰.

67 Ya en BVerfGE 5, 85 (143).

68 BVerfGE 144, 20 (577).

69 BVerfGE 144, 20 (marginales 575 a 580).

70 BVerfGE 144, 20, (marginal 581 a 584).

Ahora bien, no cualquier tipo de amenaza posible futura justifica la prohibición de un partido. No hay que olvidar que estamos ante un instrumento de carácter excepcional y por eso se exige que haya indicios concretos de peso suficiente que demuestren que al menos es posible que las acciones del partido puedan tener éxito y alcanzar sus objetivos. Es lo que el Tribunal ha calificado en esta sentencia como el requisito de la "potencialidad"⁷¹. A su juicio, si del proceder de un partido no se puede deducir que tenga la posibilidad de lograr sus objetivos, no es necesario desplegar, con carácter preventivo, el arma más contundente con que cuenta el Estado de derecho democrático, que, es además, un arma de doble filo⁷². La prohibición de un partido solo puede plantearse cuando un partido tiene suficientes posibilidades de ser eficaz, que no permitan excluir completamente que no pueda lograr sus objetivos anticonstitucionales, y cuando hace uso de esas posibilidades⁷³. En este punto el Tribunal reconoce que su interpretación difiere de la mantenida en la sentencia sobre el KPD, en la que afirmó que el hecho de que un partido no tuviera ninguna esperanza de poder hacer realidad sus convicciones anticonstitucionales no era obstáculo para prohibirle⁷⁴.

A continuación el Tribunal señala que para determinar si un partido cuenta con el suficiente potencial como para tener posibilidades de alcanzar sus objetivos es preciso realizar una valoración global de conjunto, que incluya la situación del partido (número de miembros, estructura organizativa, capacidad de movilización, situación económico-financiera), su impacto en la sociedad (resultados electorales, publicaciones, alianzas, estructuras de apoyo), los cargos y mandatos parlamentarios de sus miembros, así como los medios, estrategias y medidas adoptadas por éstos, y cualquier otra circunstancia que pueda ofrecer información sobre las posibilidades del partido. Es necesario que haya un número suficiente de indicios de peso concretos que permitan concluir que el partido es capaz de actuar con éxito contra los bienes protegidos por el art. 21.2 LF. Por último señala el Tribunal que para valorar las posibilidades de un partido hay que tener en cuenta si éste, además de participar en el debate de las ideas políticas y utilizar cauces legales, también buscar lograr sus objetivos políticos por otros medios, porque la potencialidad que le brindan esos otros medios no puede ser ignorada⁷⁵.

71 BVerfGE 144, 20, (marginal 585).

72 Esta caracterización de la prohibición de partidos como el arma más contundente y al mismo tiempo de doble filo ya se encuentra en la BVerfGE 107, 339 (369).

73 BVerfGE 144, 20 (marginal 586).

74 BVerfGE 5, 85 (143).

75 BVerfGE 144, 20 (marginal 587).

Respecto a esta última idea el Tribunal afirma que si un partido intenta lograr sus objetivos anticonstitucionales mediante el uso de la fuerza o la comisión de delitos seguramente cumpla el requisito de la potencialidad, ya que ese tipo de actos ofrecen posibilidades de éxito bastante seguras. El Tribunal pone como ejemplo el caso de un partido que provoque un clima de miedo o amenaza capaz objetivamente de menoscabar de forma determinante la participación libre y en igualdad de condiciones en el proceso de toma de decisiones políticas⁷⁶.

1.5. Inexistencia de otros elementos en el supuesto del hecho

Una vez analizados los elementos del supuesto de hecho el Tribunal realiza dos puntualizaciones importantes respecto a la inexistencia de otros elementos que pudieran tenerse en cuenta. En primer lugar, aclara que la afinidad o la identificación de un partido con el nacionalsocialismo no justifican en sí misma la prohibición de ese partido; es cierto que esa afinidad o identificación pueden tener un significado relevante a la hora de demostrar que el partido persigue objetivos anticonstitucionales, pero deben en todo caso cumplirse los requisitos antes señalados⁷⁷. En segundo lugar, el Tribunal aclara que en el proceso de enjuiciamiento de la constitucionalidad de un partido no se requiere una aplicación especial del principio de proporcionalidad, ya que se trata de un procedimiento en el que no hay espacio para la discrecionalidad, sino que, cumpliendo un partido los requisitos que integran el supuesto de hecho del art. 21.2 LF, el Tribunal Constitucional no tiene otra opción más que la de declarar la inconstitucionalidad del partido y su prohibición⁷⁸.

2. La interpretación del supuesto de hecho y la jurisprudencia del TEDH

Como se ha señalado anteriormente, en el apartado de los fundamentos jurídicos de la sentencia, y para fijar el parámetro de constitucionalidad del caso, el Tribunal define los elementos que integran el supuesto de hecho establecido en la

76 BVerfGE 144, 20 (marginal 588).

77 BVerfGE 144, 20 (marginales 590 a 598).

78 BVerfGE 144, 20 (marginales 599 a 606). Esta explicación, que tiene un contenido muy académico, es relevante por dos motivos: el primero, porque el Tribunal está excluyendo que pueda aplicarse este principio conforme a la interpretación que hace el TEDH (que se verá en el siguiente apartado); y el segundo, porque en relación al mismo menciona el Tribunal, en el marginal 606, la existencia de otras medidas que podrían adoptarse para frenar a un partido con objetivos antidemocráticos, como la reducción de la financiación pública.

constitución que permite prohibir un partido político para después comprobar la conformidad de dicha definición con la jurisprudencia del TEDH. Con este objetivo el Tribunal alemán recuerda los principales hitos de esa jurisprudencia así como la doctrina que en ella se sienta⁷⁹. El CEDH, como se sabe, permite la prohibición de partidos políticos para la defensa de la democracia, pero siempre que se cumplan ciertos requisitos: la reserva de ley, que se persiga un fin legítimo y sea una medida necesaria en una sociedad democrática (lo cual exige una necesidad social imperiosa y la proporcionalidad en sentido estricto)⁸⁰.

El Tribunal Constitucional Federal concluye que la interpretación de los requisitos necesarios para entender que se da el supuesto de hecho definido en el art. 21.2 LF es conforme con el CEDH; de su análisis interesa destacar dos aspectos.

a) Por lo que se refiere a la necesidad social imperiosa, y dado que el TEDH entiende que esta necesidad debe ser apreciada por el Estado de que se trate, que, además, dispone para ello de un margen de apreciación importante, ya que es quien se encuentra en la mejor posición para valorar las condiciones históricas, políticas o sociales,⁸¹ cabe solo señalar que el Tribunal alemán vuelve a recordar la experiencia del fracaso de la República de Weimar y del régimen nacionalsocialista para justificar la existencia de dicha necesidad imperiosa en la sociedad alemana. Este es, sin duda, un elemento determinante en Alemania en esta materia y seguramente un componente que pueda diferenciar a este país de otros países europeos⁸².

b) En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, el TEDH exige tres requisitos: un riesgo real y razonablemente próximo; que los actos y discursos de dirigentes, cargos públicos y militantes sean imputables al partido como organización; y que dichos actos y discursos ofrezcan una imagen clara del modelo de sociedad que propugna el partido y que resulta contrario al orden democrático⁸³. En relación a estas exigencias se entienden las largas y detalladas explicaciones del Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el NPD sobre las conductas de los seguidores de un partido y los requisitos que deben cumplirse para que puedan imputarse al mismo, en las que no cita al TEDH pero en el que parece estar pensando cuando redacta los apartados de los fundamentos de derecho relativos a esta cuestión. Lo

79 BVerfGE 144, 20 (marginales 608 a 616).

80 Por todos, M. IGLESIAS BÁREZ, "La prohibición de partidos políticos en la jurisprudencia del TEDH", *op. cit.*, p. 133.

81 *Ibid.*

82 BVerfGE 144, 20 (marginal 621).

83 Por todos, M. IGLESIAS BÁREZ, "La prohibición de partidos políticos en la jurisprudencia del TEDH", *op. cit.*, p. 133 y ss.

mismo sucede con el requisito de la actitud activa (*daraufausgehen*) para alcanzar los objetivos antidemocráticos; aunque el Tribunal alemán no le cite, parece claro que tenía en mente las exigencias del TEDH en relación al riesgo real y razonablemente próximo cuando desarrolla su interpretación de que para cumplir dicho requisito el partido debe tener una actitud activa, haber desplegado una actuación planificada que constituya una preparación cualificada para lograr esos objetivos y debe haber indicios concretos de peso suficiente de que será al menos posible que las acciones del partido puedan tener éxito⁸⁴. Esta interpretación del Tribunal alemán es la que hace posible la compatibilidad de sus exigencias con las del TEDH⁸⁵.

Recordemos que a partir de los años noventa del siglo XX el TEDH interpreta que la prohibición de partidos es un mecanismo excepcional, de modo que, en relación al momento adecuado para prohibir un partido, exige que el peligro que representa ese partido sea real e inminente,⁸⁶ aunque posteriormente relaja esta exigencia y admite que el peligro sea real y razonablemente próximo, es decir, admite que haya un control preventivo⁸⁷. A la luz de esta jurisprudencia la doctrina alemana ya había advertido que los requisitos establecidos por su Tribunal Constitucional eran menos exigentes que los del TEDH y que sería necesario revisar dicha jurisprudencia⁸⁸. Como se ha señalado aquí, en la sentencia del Tribunal alemán sobre el KPD se entendió que el hecho de que un partido no tuviera posibilidades de alcanzar sus objetivos anticonstitucionales no era obstáculo para prohibirlo. Así pues, el cambio que en este aspecto supone la sentencia alemana sobre el NPD, en la que se exige

84 El análisis de la compatibilidad de esta interpretación con los estándares del TEDH en BVerfGE 144, 20 (marginales 622 a 626).

85 J. KRÜPER, "Entscheidungsanmerkung. BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13", en *Zeitschrift für das Juristische Studium*, núm. 3, 2017, p. 365 a 369 (p. 368-369), explica que la exigencia de "potencialidad" está sustituyendo al "principio de proporcionalidad", cuya aplicación expresamente ha excluido el Tribunal en esta materia, como se ha señalado anteriormente. Se trata, en última instancia, de que el nivel de protección en Alemania no sea inferior al que marca el TEDH, aunque las categorías jurídicas para ello sean diferentes. Esta idea la recoge P. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, "La prohibición de partidos políticos en Alemania", *Revista de Derecho Político*, núm. 102, 2018, p. 235 a 273 (p. 255 a 257).

86 STEDH Partido comunista unificado de Turquía c. Turquía, 1998.

87 SSTDH Partido de la prosperidad c. Turquía, 2001 y 2003.

88 Así lo señalan K. KONTOPODI, *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Verbot politischer Parteien*, Nomos, Baden-Baden, 2007; S. D. EMEK, *Parteiverbote und Europäische Menschenrechtskonvention*, Herbert Utz Verlag, München, 2006; S. THEUERKAUF, *Parteiverbote und die Europäische Menschenrechtskonvention*, Schulthess Verlag, Zurich, 2006.

que la realización del peligro sea posible, ha elevado su nivel de exigencia para acomodarlo al marcado por el TEDH⁸⁹.

IV. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL NPD

En las decisiones del Tribunal Constitucional alemán sobre la prohibición de partidos, como es lógico, se maneja una gran cantidad de material probatorio que se debe analizar para determinar si el partido cumple los requisitos necesarios para prohibirlo. En el caso del NPD, como antes en los casos del SRP y del KPD, el Tribunal dedica una parte considerable de la sentencia a analizar dicho material. Las conclusiones de su análisis son dos.

a) El NPD procura, por sus fines y la conducta de sus seguidores, la destrucción del orden fundamental democrático libre. En primer lugar, del análisis del programa del partido, de publicaciones de diverso tipo y de declaraciones de sus dirigentes se deduce que su concepción política no es compatible con la garantía de la dignidad humana, porque defiende la primacía de una comunidad nacional definida étnicamente, niega la igualdad elemental de derechos a todos los que no pertenecen a esa comunidad y busca como objetivo político la expulsión, la privación de derechos y el menosprecio de extranjeros, inmigrantes y otros grupos sociales⁹⁰. En segundo lugar, de esas mismas fuentes se deduce que el NPD desprecia el principio democrático, porque su concepción política es contraria a la participación en igualdad de condiciones de todos los ciudadanos, no reconoce el principio de la soberanía popular y propugna eliminar el sistema parlamentario-representativo existente y reemplazarlo por un Estado-nación apoyado en una comunidad nacional, sin explicar cómo se garantizará la legitimidad democrática de este⁹¹. En tercer lugar, el Tribunal comprueba la afinidad sustancial con el nacionalsocialismo y esto le confirma el desprecio del NPD hacia el orden fundamental democrático y libre⁹². Por último concluye que, a la vista de lo anterior, este partido no solo busca menoscabar dicho orden, sino eliminarlo⁹³.

89 Así lo ha reconocido la doctrina alemana; por ejemplo, véase P. HÖHNER/S. JÜRGENSEN, "Europäisierung des Parteiverbots? Das Merkmal der "Potentialität" im Lichte der Rechtsprechung des EGMR", en *MIP*, núm. 23, 2017, p. 105 a 111.

90 BVerfGE 144, 20 (marginales 635 a 757).

91 BVerfGE 144, 20 (marginales 758 a 804).

92 BVerfGE 144, 20 (marginales 805 a 843).

93 BVerfGE 144, 20 (marginal 844).

b) El NPD trabaja de forma planificada y con intensidad suficiente para conseguir sus objetivos, de modo que su actuación puede considerarse como una preparación cualificada para poder eliminar el orden fundamental democrático libre. Así lo demuestra la estructura y organización adoptada por el partido (tiene organización en todos los niveles de la Federación, representación en el Parlamento Europeo, utiliza todos los medios de comunicación disponibles), su situación financiera, su estrategia política y el plan para llevarla a cabo⁹⁴. Sin embargo, no hay indicios concretos de peso suficiente de que sea al menos posible que las acciones del partido puedan tener éxito⁹⁵.

A esta conclusión llega el Tribunal después de analizar numerosa documentación sobre resultados electorales y opciones de coalición con otros partidos, estudios demoscópicos, estudios sociológicos sobre la capacidad de movilización del partido, informes de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución, etc.; esta documentación le permite constatar que no es posible que el NPD alcance sus objetivos políticos actuando a través de los cauces legales de participación en la toma de decisiones políticas⁹⁶. Por otro lado, tampoco hay indicios concretos de peso que indiquen que el NPD podría lograr sus objetivos utilizando otros medios, es decir, a través de vías no democráticas, menoscabando de forma amplia la libertad en la formación de la voluntad política: no tiene capacidad para dominar sectores sociales suficientemente relevantes; no se puede afirmar que forme parte esencial de su estrategia actuar por la fuerza o a través de actos delictivos para alcanzar sus objetivos; y tampoco hay indicios suficientes de que sea capaz de crear un clima de miedo o amenaza que dañe de forma importante la libertad en el proceso de formación de la voluntad política. Reconoce finalmente el Tribunal que no se puede ignorar el hecho de que el comportamiento violento e intimidatorio de militantes y seguidores del NPD puede producir puntualmente una preocupación comprensible por la libertad en el proceso democrático o incluso temor a intervenciones violentas, pero no resulta suficiente para considerar que ello le permitirá alcanzar de este modo sus objetivos⁹⁷.

Así pues, el Tribunal declara que los objetivos del NPD son antidemocráticos, pero no acuerda la prohibición del partido porque no tiene potencial para alcanzarlos. Conforme a su jurisprudencia anterior, la constatación de que el NPD persigue

94 BVerfGE 144, 20 (marginales 846 a 895).

95 BVerfGE 144, 20 (marginales 896).

96 BVerfGE 144, 20 (marginales 847 a 932).

97 BVerfGE 144, 20 (marginales 933 a 1008).

fines contrarios al orden democrático y de que está actuando para menoscabarlo o eliminarlo habría sido suficiente para prohibirle. El nuevo requisito de la potencialidad, que se ajusta a los estándares europeos, provoca que inconstitucionalidad y prohibición no vayan unidas en este caso y que no tengan por qué ir unidas en el futuro.

V. LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA SOBRE EL NPD

Como cabía esperar, la sentencia sobre la constitucionalidad del NPD ha suscitado un amplio debate en la doctrina alemana y obligará a revisar elementos fundamentales del derecho de partidos de aquel país⁹⁸. Esta sentencia marca una nueva etapa en materia de prohibición de partidos políticos, que, por un lado, confirma la superación de una fase histórica muy concreta, la de los inicios de la República Federal de Alemania, en la que se produjeron las dos primeras y únicas prohibiciones de partidos políticos, y, por otro, demuestra la eficacia del proceso europeo de integración y de construcción de una cultura común de principios y de derechos en la que el TEDH desempeña un papel determinante en la fijación de estándares mínimos comunes para todos los Estados europeos.

Las consecuencias más relevantes de la sentencia, sin embargo, han tenido lugar ya en el plano normativo, tomando como punto de apoyo una referencia brevísima que hace el Tribunal Constitucional sobre la existencia de otros medios –distintos de la prohibición– para frenar a los partidos que persiguen fines antidemocráticos y entre los que menciona la reducción de la financiación pública;⁹⁹ una idea que ya habían apuntado algunos autores tal y como reconoce el propio Tribunal¹⁰⁰. Ante la realidad de que puedan existir partidos que persigan fines contrarios a la Constitución y que no sean prohibidos, como el NPD, el parlamento alemán aprobó el 13 de julio de 2017 una reforma constitucional, del art. 21 LF, en la que, manteniendo el apartado 2 en los mismo términos, se añade un número apartado 3 que establece que los partidos que "aspiren a" (en lugar de que "persigan") menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania quedan excluidos de la financiación pública y no se apli-

98 Sobre ellos puede consultarse el número monográfico de *Recht und Politik. Das zweite Verbotsverfahren gegen die NPD. Analyse, Prozessreportage, Urteilskritik*, Beihefte núm. 1, 2017, coordinado por H. MEIER/ C. LEGGEWIE/ J. LICHDI.

99 BVerfGE 144, 20 (marginal 606), al referirse a la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de prohibición de partidos políticos (vid. supra nota a pie 78).

100 El Tribunal cita los trabajos de PFORR, en *ThürVBl.*, 2002, p. 149 (p. 153); KUMPF, en *DVBl.*, 2012, p. 1344 (p. 1346-1347); y SHIRVANI, en *JZ*, 2014, p. 1074 (p. 1082).

carán ventajas fiscales ni a esos partidos ni a las donaciones que se les realicen. Según el nuevo apartado 4 del art. 21 LF la competencia para decidir sobre esta medida corresponde al Tribunal Constitucional, a través de un procedimiento como el de la declaración de inconstitucionalidad y prohibición. En desarrollo de esta reforma el 18 de julio de ese mismo año el parlamento aprobó la Ley para la Exclusión de la Financiación de los Partidos Contrarios a la Constitución, que modifica la Ley de Partidos, la Ley del Tribunal Constitucional Federal y diversas leyes tributarias¹⁰¹.

Resumen

Este trabajo analiza la prohibición de partidos políticos en Alemania, su fundamento, requisitos y procedimiento, así como la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en esta materia, dedicando una especial atención al análisis de la sentencia dictada por este Tribunal en 2017 para resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el NPD, ya que en ella se produce un cambio interpretativo relevante: para prohibir un partido no es solo necesario que éste persiga menoscabar o eliminar el orden fundamental democrático libre, sino también que tenga posibilidades de alcanzar sus objetivos.

Palabras clave

Prohibición de partidos políticos, Alemania, Sentencia sobre el NPD, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre prohibición de partidos

Abstract

This paper analyses the prohibition of political parties in Germany, its justification, requirements and procedure, as well as the interpretation of the German Federal Constitutional Court in this matter, focusing specially in the analysis of the Decision of this Court on the NPD (2017), because it establishes a new requirement: to declare the prohibition a political party is not only necessary that it seeks to undermine or eliminate the free democratic basic order, but also that it has the potential to achieve its objectives.

Keywords

Prohibition of political parties, Germany, Decision on NPD, German Constitutional Court decisions on prohibition of political parties.

Recibido: el 29 de diciembre de 2018

Aceptado: el 30 de diciembre de 2018

101 Gesetz zum Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der Parteienfinanzierung (Part-FinÄndG), BGBl. I, p. 2730 (n.º 52).