

Peter Frank* (Alemania)

Amenazas a la seguridad nacional y la respuesta desde el orden constitucional alemán**

Threats to National Security and the response
of the German Constitutional Order

Bedrohungen für die nationale Sicherheit
und die Antwort der deutschen Verfassungsordnung

Las amenazas al orden constitucional y a la seguridad nacional pueden provenir del exterior, es decir, de los órganos de otros Estados, o del interior, como en el caso de actividades terroristas, intentos contra la constitución o la criminalidad organizada. Sin embargo, es característico de un Estado de derecho democrático y libre que, ante amenazas y peligros, no renuncie a los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que los proteja y garantice incluso en tiempos de crisis. Si lo hiciera, el Estado de derecho democrático libre se disolvería y se transformaría en una dictadura. Permítanme ilustrar brevemente esto con la Constitución y el sistema legal alemán.

La Ley Fundamental alemana no menciona el término “seguridad nacional”. Habla, por ejemplo en el artículo 2, inciso 1, o el artículo 9, inciso 2, de “orden constitucional”, que se refiere a la totalidad de las normas legales vigentes; o en los artículos 10, inciso 2, 11, inciso 2, 18 o 21, inciso 2, habla del “orden básico democrático libre”, que está conformado por los principios de la democracia y la separación de poderes, la vinculación de la administración y la judicatura a la ley, el derecho a la oposición y la destitución del gobierno, la independencia de los tribunales y la vigencia de los derechos humanos. El término más cercano a “seguridad nacional” sería “seguridad y orden públicos” (art.13 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, GG por sus siglas en alemán), el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Este define la inviolabilidad del orden jurídico objetivo e incluye también los bienes

* Magistrado del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

** Ponencia traducida al español por Johanna Tigges y Jana Speidel.

jurídicos subjetivos e individuales, como la vida, la salud, la libertad y la propiedad, así como el propio Estado y la funcionalidad de sus instituciones. El concepto de “seguridad y orden públicos” se desarrolló a finales del siglo XIX y es utilizado por el Tribunal Constitucional Federal cuando revisa leyes de policía y seguridad, y trata de justificar intervenciones en los derechos fundamentales.

En situaciones excepcionales, la Ley Fundamental alemana solo reconoce los términos “estado de tensión” (art. 80a GG) y “estado de defensa” (art. 115a y ss. GG). Este último está legalmente definido como un ataque armado externo al territorio federal o la amenaza inminente de tal ataque. Esto se refiere a un acto bélico de otro Estado contra la República Federal de Alemania con medios militares, pero también con ciberataques que sean tan graves que se equiparen a medidas bélicas tradicionales, aunque no a un atentado terrorista o actos de sabotaje. Esto describe lo que se llama un estado de emergencia externa. En caso de tal ataque, la cámara baja del Parlamento Alemán (*Bundestag*), con la aprobación del Consejo Federal (*Bundesrat*), o un comité especial formado para tales emergencias por miembros del *Bundestag* y el *Bundesrat*, debe declarar el estado de defensa.

Como consecuencia, todas las competencias legislativas, incluidas las de los estados federales (*Länder*), pasan al gobierno federal, las leyes pueden ser aprobadas más rápidamente por el Parlamento, la administración general y financiera puede organizarse de manera más centralizada, la expropiación se facilita, los hombres pueden ser obligados a prestar el servicio militar y las mujeres a servicios civiles en el sector sanitario. Sin embargo, el estado de defensa no excluye la participación parlamentaria, la separación de poderes ni el control judicial. La posición del Tribunal Constitucional Federal y de sus jueces no puede verse afectada. Tampoco se suspenden los derechos fundamentales. Esto se aplica aún más en el caso del estado de tensión, que es el preámbulo del estado de defensa.

Para el caso de una emergencia interna, es decir, amenazas al orden democrático libre, como actividades terroristas o la criminalidad organizada, la Ley Fundamental no prevé un derecho especial. Estas deben enfrentarse con el derecho penal y de seguridad general. Las organizaciones terroristas están prohibidas, sus miembros son perseguidos como delincuentes y, en principio, gozan de los mismos derechos en un proceso penal que otros asesinos, narcotraficantes, ladrones o estafadores. Se les asignan abogados defensores, tienen acceso a jueces independientes y derecho a ser escuchados y a un juicio justo. Lo mismo aplica para los miembros de la criminalidad organizada. Incluso después de una condena, los terroristas o delincuentes peligrosos cumplen sus penas en el sistema penitenciario general, aunque en prisiones con medidas de seguridad especiales. También tienen derecho a asistencia legal y a recurrir a los tribunales durante esta fase. Los derechos fundamentales no se suspenden para ellos. Si esto ocurriera, el Estado de derecho se disolvería.

Quien quiera evitar que la criminalidad organizada se apodere del Estado, lo infiltre y lo socave, debe combatir sus excesos tempranamente y por todos los medios legales, fortaleciendo las estructuras estatales y sociales para que sean resistentes a

las tentaciones de la criminalidad organizada. Al final, las bandas, estructuras de clanes y mafias siempre se forman donde una política económica, educativa y de seguridad fallida debilita al Estado, cuestiona su soberanía, facilita la corrupción y permite que surjan la violencia y la explotación.

Permítanme, por último, hacer una referencia a una particularidad del derecho constitucional alemán. Debido a la experiencia con el nacionalsocialismo y el ascenso de Adolf Hitler, en la democracia de Weimar, las madres y los padres de la Ley Fundamental incluyeron en la Constitución mecanismos para enfrentarse tempranamente a las fuerzas antidemocráticas y negarles su participación en el proceso de formación de la opinión política. Me refiero a la prohibición de partidos y la pérdida de ciertos derechos fundamentales. Para la primera, el artículo 21, inciso 2 GG, prevé la prohibición de partidos que, por sus objetivos o comportamiento, busquen afectar o eliminar el orden democrático libre desde dentro, o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. Desde 2017, también se puede retirar anticipadamente la financiación estatal a estos partidos. Sin embargo, esta prohibición de partidos o la retirada de su financiación no puede ser declarada por el gobierno federal o el Parlamento con una decisión mayoritaria, sino que, al igual que el *Bundesrat*, solo pueden presentar una solicitud; únicamente el Tribunal Constitucional Federal puede pronunciarse tras un proceso judicial en el que debe demostrarse la hostilidad constitucional.

Desde la fundación de la República Federal de Alemania, esto ha sucedido solo en dos ocasiones: en 1952 contra un partido de extrema derecha y en 1956 contra el Partido Comunista de Alemania. Dos solicitudes adicionales para prohibir un partido de extrema derecha fracasaron en 2003 y 2017 ante el Tribunal Constitucional Federal. Solo este Tribunal puede declarar también la pérdida de derechos fundamentales de personas que, entre otras cosas, abusen de la libertad de opinión y de prensa, de la libertad de reunión y de asociación para luchar contra el orden democrático libre. Esto es un reflejo del concepto de democracia militante o defensiva, según el cual la democracia debe ser capaz de defenderse de sus enemigos. En la historia de la República Federal de Alemania, se ha presentado esta solicitud contra cuatro personas, pero el Tribunal Constitucional Federal no ha concedido ninguna.

Las barreras para una prohibición o la pérdida de derechos fundamentales son, después de todo, muy altas. Al final, es inherente a una democracia libre que la voluntad política del pueblo se forme en el discurso de las opiniones, y para esto, los partidos y el ejercicio de la libertad de opinión y de prensa, así como la libertad de reunión y de asociación, son esenciales. La democracia es una lucha viva y continua por el mejor camino. Aunque la democracia se basa en decisiones mayoritarias, la posibilidad de que la minoría se convierta en mayoría en la próxima elección es parte esencial de la democracia, lo que requiere la protección de los derechos fundamentales de cada individuo y un control judicial independiente. Sin Estado de derecho, no hay democracia ni libertad.