

# PARA UNA CLASIFICACIÓN “DÚCTIL” DE “DEMOCRACIA MILITANTE” \*

Lucio PEGORARO

**SUMARIO:** 1. Introducción: semántica de «democracia». – 2. Un interrogante clásico: ¿Cómo defender la Constitución? – 3. La variante “terrorismo” entre fisiología y patología de los sistemas cosnstitucionales. – 4. Clases y circulación de modelos. – 5. Clasificaciones dúctiles. – 6. Disciplina positiva de la protección constitucional y clasificaciones de “democracia/as”. – 7. Conclusiones.

## 1. Introducción: semántica de «democracia»

Como ha sido puesto en evidencia por Antonio Reposo, «en los Estados democráticos occidentales la oposición constitucional se concibe (...) como contraposición dialéctica en las confrontaciones del poder constituido –es decir, como antipoderes–, si bien las divergencias ideológicas que la separan de la mayoría no pueden superar determinados límites, identificables con los principios jurídicos fundamentales relativos a los derechos de libertad; en otras palabras, los procedimientos antipoder deben, de todos modos, resultar compatibles con dichos principios, y sólo la oposición que acepte respetarla lealmente obtiene siempre, en correspondencia, reconocimiento y tutela». Esto “evidencia una contradicción existente entre sistema liberal y democracia, en cuanto en el Estado con régimen democrático el gobierno debería ser la expresión de las ideas

---

\* Traducción de los §§ 1, 2, 4, 6 de Grethell Aguilar Oro, investigadora en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid; de los §§ 1 y 3 (en parte) de Rosario Tur Ausina, Profesora Contratada Doctora de Derecho constitucional (Titular acreditada), Universidad Miguel Hernández de Elche; del § 5 (en parte) de Ana Isabel Melado Lirola, Profesora Contratada Doctora en Derecho Constitucional, Universidad de Almería.

políticas *de lo de los* grupos mayoritarios, incluso cuando están constituidos por fuerzas políticas iliberales»<sup>1</sup>.

Hasta la explosión reciente de los fenómenos conectados al terrorismo internacional, tal contradicción presentaba una vertiente prevalentemente “interna”, ya que la restricción de los derechos ligada a eventos bélicos, es decir a la defensa frente al enemigo externo, se relegaba a la esfera de la excepcionalidad, y generalmente (si bien no siempre, y de todos modos con límites diversamente intensos) era siempre considerada lícita en cualquier ordenamiento, ya sea “democrático” o no democrático (y por tanto autocrático en sus varias acepciones)<sup>2</sup>.

Es más, el verdadero problema de la definición de “democracia” se liga precisamente a tal opción preliminar de la licitud de las limitaciones al pluralismo: concretamente la “regularidad” de los límites a la dialéctica política –es decir, el no limitar las restricciones de los derechos al caso de la guerra–, representa el núcleo duro de los ordenamientos “no democráticos”<sup>3</sup>.

La pregunta clásica que aquí formulamos es, por lo tanto, si una “verdadera” democracia sea sólo aquella que consiente de todos modos, en el respeto de las reglas procedimentales del juego democrático, la disolución de sí misma, o bien puede definirse como “democrático” también el ordenamiento que prepara límites diversamente graduados para la defensa de la democracia, hasta alcanzar a prohibir no sólo *acciones* dirigidas a su subversión, sino también ideologías o manifestaciones del pensamiento. Paradójicamente, de todos modos, las limitaciones a la dialéctica democrática están justificadas por la exigencia de garantizar la democracia frente a los enemigos que pretenden sustituirla con otras modalidades de organización del poder<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticonstituzionale negli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 1977, p. 9 s. Sul puzzle *vid.* ahora P. MACKLEM, *Militant democracy, legal pluralism, and paradox of self-determination*, en *International Journal of Constitutional Law*, 4, n. 3, 2006, p. 488 ss.

<sup>2</sup> V. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 199 ss. V. también A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>3</sup> *Vid.* G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, il Mulino, Bologna, 1957; y D. NOHLEN, *La Democracia. Instituciones, conceptos y contexto*, Ed. Un. Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2009 (con Presentación de D. GARCÍA BELAUNDE y *Estudio preliminar* de J. F. PALOMINO MANCHEGO).

<sup>4</sup> Es emblemática al respecto la fórmula del art. 18 del *Grundgesetz*, sobre la pérdida de los derechos fundamentales a que pueden verse conminados quienes abusan de aquéllos para combatir el ordenamiento democrático y liberal.

Es ésta la temática de las democracias denominadas “militantes” o “protegidas”, bilateral o unilateralmente (ya sea contra los fascismos y el comunismo, o de todos modos en general, o bien sólo contra uno de los dos supuestos)<sup>5</sup>, que conlleva ulteriores problemas, en particular el del nivel normativo de las respectivas previsiones.

Los diversos ordenamientos que la *communis opinio* considera liberal-democráticos han preparado una serie de mecanismos que operan a nivel super-constitucional (por ejemplo, prohibición de revisión de la forma institucional, monárquica o republicana, de la forma de Estado federal, o de los principios característicos de la forma de Estado: significativa al respecto es la Constitución portuguesa<sup>6</sup>); operan también a nivel constitucional, en el sentido de que de todos modos, mediante la reforma constitucional, aquéllos podrían en teoría, ser derogados o modificados; y operan en definitiva a nivel legislativo, a través de tipos de normas penales o contenidas en leyes especiales, que hipotizan clases de delitos políticos o “de Estado”. Sólo en casos algo marginales el ordenamiento ha preparado medidas dirigidas exclusivamente a la represión de acciones violentas, sin ninguna conexión con la ideología manifestada por los actores<sup>7</sup>.

Ya que, sea cual sea entre las anteriormente indicadas las soluciones elegidas, en el lenguaje de la doctrina y de la política todos los ordenamientos que las adoptan son considerados “democráticos”, la pregunta sobre la democracia como “clase” queda de todos modos abierta, y ni el uso común y consolidado de la palabra en el lenguaje de la ley además del meta-lenguaje jurídico –que según los cánones filosóficos-analíticos a los que nos adherimos representa *el criterio idóneo para definir un ordenamiento*– aparece muy útil en el caso en cuestión.

De hecho, casi todas las Constituciones califican como “democrático” el Estado o la “forma de gobierno”, sea cual sea su actitud frente a los derechos, a la oposición, o a las minorías<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> La bibliografía sobre el tema es amplia. En clave comparada v. por ej., entre los escritos más recientes (además de otros citados *infra*), en italiano: S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola*, Giappichelli, Torino, 2004; I. NICOTRA, *Democrazia “convenzionale” e partiti antisistema*, Torino, Giappichelli, 2007; en inglés, A. SAJÓ (ed.), *Militant Democracy*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2004; en español, J. CORCUERA ATIENZA, J. TAJADURA TEJADA, E. VÍRGALA FORURIA, *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, Dykinson, Madrid, 2008.

<sup>6</sup> *Infra*, nota 12.

<sup>7</sup> Véase asimismo A. REPOSO, *op. cit.*, p. 18 ss.

<sup>8</sup> V. L. PEGORARO, S. BALDIN, *Costituzioni e qualificazioni degli ordinamenti (Profili comparativi)*, en L. MEZZETTI, V. PIERGIGLI (al cuidado de), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia. Atti del Convegno di Udine, 5 marzo 1997*, Giappichelli, Torino,

Esto vale –es éste el punto– para permitirnos graduar la democraticidad de un ordenamiento respecto a las oposiciones ideológicas internas y, en consecuencia, a cuantos se proponen atentar “democráticamente” contra las instituciones “democráticas”: en otras palabras, utilizando el método democrático y en particular las elecciones libres<sup>9</sup>.

## 2. Un interrogante clásico: ¿Cómo defender la Constitución?

En primer lugar, hay que decir que, entre los instrumentos de defensa de la democracia a través de la Constitución no podemos considerar: a) de un punto de vista formal, la rígidez de la misma; b) desde una perspectiva sustancial, los mecanismos institucionales que aseguran la división de poderes y las normas que atribuyen los derechos.

a) En la macro clase de la liberal-democracia, la norma para impedir a la simple mayoría parlamentaria hacer un cambio no querido por el poder constituyente, representa un objeto de la protección, no un medio para proteger la Constitución, en cuanto que, lo que precisamente se protege es la rígidez de la misma<sup>10</sup>. Con rarísimas excepciones, la rigidez es considerada coesencial, en una sociedad heterogénea desde el punto de vista socioeconómico y político, para respetar los pactos constituyentes que garantizan las reglas básicas. Prueba de ello es la convicción generalizada de que los Tribunales Constitucionales pueden controlar las leyes de revisión que amenazan el “espíritu” (o “núcleo duro”)<sup>11</sup>.

---

1997, p. 1 ss. y en *Diritto e società*, 1997, n. 1, p. 117 ss. Respecto a la preceptividad de las autocualificaciones v. también las brillantes páginas de U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiótica*, en S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (al cuidado de), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, p. 39 ss., que, si bien se ocupa de la problemática ligada a la adjetivación que caracteriza los catálogos constitucionales de los derechos, pone claramente de manifiesto el nexo entre el *nomen* elegido por los *drafters* y el valor preceptivo.

<sup>9</sup> Para una reciente perspectiva comparatística véase A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, N. OLIVETTI RASON (al cuidado de), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 37 ss. Pero esto vale también para medir la democraticidad de un ordenamiento respecto a otros tipos de oposición, como aquéllas “externas” a cada ordenamiento: véase G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, cit., p. 258 ss.

<sup>10</sup> Sobre el tema renvio a la bibliografía citada en mi artículo *Revisión constitucional: el caso italiano en el contexto de la teoría general y del derecho comparado*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. extraord. 2008, p. 895 ss., y en M. NUÑEZ, P.R. TORRES ESTRADA (coords), *La Reforma Constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, Cátedra Estado de Derecho, Porrúa, Escuela de Graduados en Administración Pública del Tecnológico de Monterrey, Monterrey, 2009, p. 551 ss.

<sup>11</sup> Sobre la importancia que conlleva el control (cada vez más frecuente) sobre la revisión constitucional cfr. D. GÓNGORA PIMENTEL, *El control de la reforma constitucional*, en J. VEGA GÓMEZ-E. CORZO SOSA (coords.), *Tribunales y justicia constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho

b) El problema por lo tanto, se refiere a la protección de la Constitución de revisiones (formalmente legítimas, en ausencia de límites expresos<sup>12)</sup>) dirigidas a cambiar la materia

---

*Constitucional*, Unam, México, 2002, p. 239 ss. (con particular referencia al ámbito iberoamericano); AA. Vv., *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad* (Congreso internacional, Bogotá, junio 14 al 17 de 2005), Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, 2005; G.A. RAMÍREZ CLEVES, *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Un. Externado de Colombia, Bogotá, 2005; F. ZÚÑIGA URBINA, *Control de constitucionalidad de la reforma constitucional*, in *Estudios Constitucionales*, 2006, p. 429 ss.; D. GARCÍA BELAUNDE, *Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana)*, en *Revista de Derecho Político*, n. 66, 2006, p. 478 ss.; I.B. FLORES, *Sobre la (in)constitucionalidad de "reformas constitucionales": a propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca*, in *Cuestiones Constitucionales*, n. 17, 2007, p. 259 ss.; y ya L. PEGORARO, *Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución*, en *Pensamiento Constitucional*, 1999, p. 221 ss., en *Revista de las Cortes Generales*, n. 47, 1999, p. 7 ss. y en Id., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, Mexico, 2006, p. 209 ss., trad. it. *Corti costituzionali e revisione della Costituzione*, en *Studi in onore di U. Pototschnig*, Giuffrè, Milano, 2002, vol. II, p. 903 ss. Sobre todo ahora: S. RAGONE, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bup, Bologna, 2011, y varios ensayos publicados en M. NUÑEZ, P.R. TORRES ESTRADA (coords), *La Reforma Constitucional: Problemas teóricos y de ingeniería constitucional*, cit.

<sup>12</sup> Numerosas Constituciones, tanto del pasado como del presente, establecen límites a la propia posibilidad de revisión. Anteriormente la atención se centraba sobretodo en la forma institucional monárquica (Constituciones noruega de 1814, y griega de 1951), mientras que, actualmente prevalece la prohibición de modificar la forma republicana (Francia 1946 y 1958, Turquía 1961, Italia 1948, etc.). Los Estados federales sustraen a menudo la revisión de la estructura territorial (Por ej. Estados Unidos y Alemania), y no faltan textos que salvaguardan los derechos y las libertades, como la *Grundgesetz* alemana o la Constitución portuguesa, que por otra parte se caracteriza por prohibir la revisión (o, mejor, por imponer el respeto por parte de las leyes de revisión) de una serie innumerable de principios: la independencia y la soberanía del Estado, la separación entre éste y la Iglesia, los derechos y las libertades, el sistema económico mixto, el sistema electoral proporcional, la división de poderes, la independencia judicial, etc. (Vid. en relación a la literatura más reciente, J.J. GOMES CANOTHILO, *Il diritto costituzionale portoghese*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 27 ss., 77 ss. y especialmente las páginas 223 ss., y además sobre este punto también, J. MIRANDA, *A originalidade e as principais características da Constituição Portuguesa*, en L. PEGORARO (coord.), *I trent'anni della Costituzione portoghese. Originalità, recezioni, circolazione del modello – Os trinta anos da Constituição portuguesa. Originalidade, circulação e recepção do modelo*, Clueb, Bologna, 2006, *passim*. En general sobre el núcleo esencial el clave comparada, vid. ahora F. PALERMO (coord.), *La "manutenzione" costituzionale*, Cedam, Padova, 2007). Por último, recordamos que, a diferencia del italiano, algunos otros textos prevén, junto a límites materiales a la revisión también límites temporales para algunas disposiciones: además de numerosas Constituciones latinoamericanas del pasado, el art. 284, apdo. 1, Constitución de Portugal, y el art. 110, no. 6 de la Constitución griega, que exigen el transcurso de cinco años desde la última revisión (12 meses son establecidos por la Constitución serbia, art. 203); también la recientísima Constitución de Iraq, cuyo art. 136 prevé el transcurso de dos ciclos parlamentarios antes de que sea posible revisar el texto, o prohíben que se proceda a más revisiones en períodos cercanos de tiempo, o prohíben la revisión cuando concurren determinadas circunstancias (periodo de regencia, ocupación bélica, declaración de los estados de

“esencial” o considerada como tal por los constituyentes (y por aquellos que interpretan su pensamiento). Dentro de tales normas, división de poderes y atribución de derechos constituyen el núcleo del área protegida, cuya existencia permite que puede ser considerado como “democrático” un ordenamiento.

Entre los instrumentos de autotutela las Constituciones preveen con frecuencia diversos institutos gradualmente variados para defenderse, a veces incluso en contra del mismo poder de revisión, es el llamado núcleo esencial.

El más antiguo y elemental es la reserva de ley, originariamente dispuesta para sustraer al ejecutivo tales disciplinas; paralelamente, la reserva de jurisdicción cumple la misma finalidad. Más recientemente, instituciones y derechos son a menudo tuteladas de la mayoría simple, mediante reserva de ley orgánica o adoptando una mayoría cualificada. El más conocido medio de defensa está por otro lado representado por el control de constitucionalidad de las leyes, y por los mecanismos constitucionales de delimitación de las competencias de los órganos y de los entes. A estos, algunas veces, se le pueden añadir otros instrumentos, como por ejemplo las instituciones del Defensor del Pueblo o procedimientos específicos de garantía como el recurso de amparo.

Se trata, en estos casos, de técnicas tradicionales para dar efectividad a las reglas sustanciales de la división de poderes y la atribución de derechos. Tales técnicas, preponderante tutelan la sociedad contra el poder, los ciudadanos contra las instituciones o parte de ellas (o cuerpos, o poderes). Aunque no en todos: en algunos casos (por ejemplo: conflictos entre centro y periferia, o entre poder electoral y poderes constituidos), no importa de que parte llegue el ataque, si de quien detenta el poder o de quien tal poder legitima (el pueblo, la sociedad civil...). De cualquier manera estas técnicas defienden la Constitución.

No obstante se preven, a veces, otras medidas que están claramente diseñadas para tutelar la Constitución (o su nucleo originario y presuntamente intangible) de ataques dirigidos ya no por cualquier poder del Estado, si no para protegerla de sectores de la sociedad civil (individuos, mayorías o minorías parlamentarias presentes y futuras, asociaciones, “naciones” periféricas o porciones, en sentido sociológico, del territorio

---

emergencia o de sitio). El término «límites circunstanciales» es utilizado por el art. 289 de la Constitución de Portugal. La prohibición de revisión durante el estado de emergencia (o similares) es señalado, por ejemplo, en las Constituciones de Serbia (art. 204) y de Afganistán (art. 2004), además de en la francesa (art. 89) y en la española (art. 169); la revisión es prohibida incluso durante la regencia en Bélgica (art. 197), Luxemburgo (art. 115), y Holanda (art. 198).

nacional), que quieren cambiar el *status quo* constitucional no en sus reglas débiles, o accesorias (la forma de Gobierno, la organización, etc.), sino en la sustancia, sustituyendo la vigente forma de Estado por otra distinta, radicalmente opuesta.

Con tales normas (algunas veces a nivel constitucional, legislativo, administrativo o jurisprudencial), que no limitan tanto a los poderes instituidos, sino a los ciudadanos, o a sus expresiones que son el eslabón que une la sociedad a las instituciones, algún ordenamiento se defiende de una parte del pueblo que la Constitución debería tutelar en sus expresiones más genuinas, como la libertad de pensamiento y de manifestación del pensamiento, el derecho de asociación, el derecho de pertenecer a un partido, el derecho a tener derechos y la protección de los mismos, con independencia del *status civitatis*, el derecho a la igualdad, el derecho de acceso a los cargos públicos y así sucesivamente.

Además de la defensa emanada del pueblo a través del llamado derecho de resistencia<sup>13</sup>, y la suspensión de la Constitución para defenderla contra graves amenazas de peligros externos o internos, que responden a lógicas en parte diversas, todos los ordenamientos sancionan los comportamientos que pretenden subvertirlo: estas sanciones son sobretodo de naturaleza penal y están dispuestas para proteger los bienes que representan un valor para la comunidad según la apreciación de la conciencia social hecha por el legislador (vida, sentido del pudor, dignidad y reputación, propiedad, ambiente, salud, etc)<sup>14</sup>. Entre estos bienes, que en parte están en continua modificación y aceptación, dependiendo de la evolución de la conciencia social, el primero está representado por la seguridad del Estado que, más que un bien, representa el presupuesto para que el Estado pueda asegurar la protección de los otros bienes<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup>... sin embargo previsto solo por un escaso número de Constituciones, como por ejemplo la Constitución Alemana. Sobre el derecho de resistencia v. por último: A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, Giuffrè, Milano, 2006, *ibidem* amplia bibliografía.

<sup>14</sup> Véase G. MORBIDELLI, *Capitolo II, La costituzione, Sezione II, Le dinamiche della costituzione*, en G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 3<sup>a</sup> ed., 2009, p. 124 s.

<sup>15</sup> Por lo tanto, no existe un “derecho” a la seguridad, como es difícil contemplar “derechos” –si no se da un sentido peculiar– en otras situaciones, como por ejemplo el llamado “derecho a una buena administración”, v. sobre este punto: L. PEGORARO, *Esiste un “diritto” a una buona amministrazione? (osservazioni critiche preliminari sull’(ab)uso della parola “diritto”)*, en *Le istituzioni del federalismo*, n. 5/6, 2010, p. 543 ss., trad. esp. *Existe un derecho a una buena administración? (algunas consideraciones sobre el (ab)uso de la palabra “derecho”)*, en C.M. ÁVILA RODRÍGUEZ, F. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (coords), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Málaga, 21 y 22 de enero de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 17 ss., en A. MATILLA CORREA, J.L. PRADO MAILLARD, L.G. RODRÍGUEZ LOZANO (coords), *Ensayos de derecho público en conmemoración del sesquicentenario del natalicio de León*

La idea democrática de Constitución ha generado en ocasiones la afirmación de una visión tolerante y neutral respecto a la oposición anticonstitucional, autorizando el nacimiento, la actividad y el proselitismo de organizaciones políticas cuyo programa sea o fuese una desviación de los principios constitucionales. Todavía hoy, muchas Constituciones (de Francia a Guatemala), no han establecido límites a la actividad política de los partidos, aunque, como veremos posteriormente, esto no ha impedido, en ocasiones, la aparición por vía legislativa, de formas de democracia protegida.

Esta idea abierta de democracia –prevalente sobre todo antes de la aparición de los totalitarismos– ha dado paso, no obstante, a la concepción (defendida por Loewenstein<sup>16</sup>) de la protección, a través de diversas medidas, tanto en contra de los llamados partidos anti-sistema, como de formaciones dirigidas a socavar la integridad del Estado, no ya desde el punto de vista ideológico sino territorial.<sup>17</sup>

### **3. La variante “terrorismo” entre fisiología y patología de los sistemas constitucionales**

La opción tomada por muchos ordenamietos, de adoptar un sistema de protección de la democracia (a veces –como veremos– por vía constitucional, a veces solo por vía legislativa) es una elección que, por así decir, incide sobre la fisiología del sistema. Es decir, se hace presente incluso en momentos de tranquilidad social, de ausencia de amenazas internas o externas.

A la protección en sentido estricto, no corresponde la materia de los estados de emergencia (no lo están por ej. en Rumania), que así previstos autorizan a la suspensión de derechos y libertades al verificar una situación de crisis específica, y cuyos requisitos de subsistencia, a menudo, son detalladamente descritos en los textos constitucionales que los regulan. No es raro que estos pongan límites a las limitaciones de las libertades:

---

<sup>16</sup> *Duguit*, Lezcano Garza Editores, Monterrey, 2011, p. 575 ss., trad. fr., *Existe-t-il un «droit» à une bonne administration? Observations critiques préliminaires sur l'utilisation (et l'abus) du terme «droit»*, en *Annales de Droit*, 2011, p. 177 ss.

<sup>17</sup> K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, en *The American Political Science Review*, 31, n. 3/4, 1937.

<sup>17</sup> Como recuerda G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 125 s.: «Tal actitud de no defensa (llamado: «liberalismo no protegido» o «democracia pura») fue también una consecuencia del hecho que en los Estados liberales, hasta principios del siglo XX, no hubo verdaderos movimientos políticos que lucharan contra los principios que inspiraron los ordenamientos de dichos Estados. La situación cambió radicalmente con el advenimiento de los partidos totalitarios después de la I Guerra Mundial, lo cuales rechazaron los principios y la praxis del Estado liberal. Loewenstein indica como un modelo de democracia militante, durante el período de los movimientos fascistas, los casos de Bélgica, Checoslovaquia y Holanda.

es este el caso de numerosas constituciones, como la de Sudáfrica (art. 37), la de Portugal (art. 19), la República democrática del Congo (art. 61), la de Hungría (art. 54, c. 1) y otras que incluyen listas de derechos no susceptibles de suspensión y medidas no asumibles; en sentido contrario las Constituciones de España (art. 55), la India (art. 123), Brasil (art. 139) –aunque con el mismo efecto– dicen lo que los Ejecutivos (a los cuales corresponde normalmente la concentración del poder) *pueden* hacer.

La protección de la democracia, sin embargo, ha sufrido un cambio en los últimos años como consecuencia de la urgente necesidad de combatir el terrorismo internacional y nacional.

Incluso en el pasado, el enemigo “externo”, siendo reconocible como consecuencia de una declaración de guerra y cuando llevaba un uniforme militar, a veces sin embargo asumía (como asume hoy) aspectos más insidiosos. Incluso en tiempo de guerra declarada, acerca las restricciones a las libertades justificadas por la lucha contra el espionaje, el colaboracionismo, o el apoyo al enemigo, no siempre han estado todos de acuerdo respecto al *quantum* de las medidas de vez en cuando asumidas, como pone en evidencia la jurisprudencia constitucional estadounidense sobre el internamiento de los ciudadanos de origen japonés<sup>18</sup>.

Hoy ningún Estado declara la guerra, pero los medios para garantizar la paz interna en contra de la amenaza terrorista han sugerido en muchos casos el uso de medidas excepcionales, típicas de un Estado de guerra. No solo eso, sino que, en ocasiones, tales medidas son por tiempo indeterminado y, de hecho, se mantienen en vigor por períodos más bien largos respecto a los de una guerra tradicional, poniendo en crisis la distinción entre fisiología y patología de los sistemas constitucionales.

En el Reino Unido, después de los *Antiterrorism, Crime and Security Act* del 2001, y el *Prevention of Terrorism Act* del 2005, el *Terrorism Act* del 2006 se ha permitido la detención, a tiempo indeterminado de extranjeros sospechosos de terrorismo sobre la base de procedimientos administrativos<sup>19</sup>. Evaluando las exigencias de seguridad relacionadas con el ejercicio de los derechos civiles, el Poder Judicial ha equilibrado

---

<sup>18</sup> En particular, *Kiyoshi Hirabayashi v. U.S.*, 320 US 81 (1943), y *Korematsu v. US*, 323 US 214, 218 (1944).

<sup>19</sup> ... hasta una sentencia de la *House of Lords* del 2004: cfr. G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 118.

TEMAS SELECTOS DE DERECHO PÚBLICO CONTEMPORÁNEO

una legislación manifiestamente desequilibrada, sin llegar a eliminar las normas que justifican severas medidas restrictivas de la libertad<sup>20</sup>.

Incluso más en los Estados Unidos, la legislación ordinaria ha introducido (especialmente con los *USA Patriot Act I* y *II*) graves limitaciones a los derechos constitucionales (reducción de las garantías de defensa, restricciones a las libertades personales para los extranjeros, amplia facultad de interceptar las comunicaciones). Pero a diferencia que en el pasado, han sido limitadas o anuladas por la Corte Suprema, llamada frecuentemente a pronunciarse a cerca de las posibles restricciones al mecanismo de *habeas corpus* para los prisioneros y en general sobre los límites a los poderes de guerra conferidos desde el Congreso al Presidente<sup>21</sup>.

En el corazón de esta temática está incluido, el conflicto entre seguridad del Estado y derechos; la contraposición entre seguridad y democracia se desvanece en la zona gris de la emergencia bélica, cuando la concentración del poder hace más evanescente la distinción entre forma de Estado liberal-democrática y otras formas de Estado en las que el poder está fisiológicamente y no patológicamente concentrado.

Al respecto, hoy más que ayer los confines entre limitaciones de los derechos en tiempo de guerra y sus restricciones en tiempo de paz aparecen efímeros, en tiempos de guerra no declarada, y sin embargo realizada, y de conexiones entre frentes bélicos y frentes internos. La definición de guerra, que según muchas Constituciones representa el presupuesto para una legítima limitación de los derechos, se resiente de la evolución del significado de la palabra, y su dilatación semántica implica que la posibilidad de limitar legítimamente la libertad sea mayor.

---

<sup>20</sup> ... como el tiempo máximo de 28 días de detención preventiva de los sospechosos, sin que las autoridades policiales debieran formalizar ninguna acusación; el posible uso por parte del Gobierno de la información obtenida bajo tortura en países extranjeros; audiencias de validación de medidas de seguridad a puerta cerrada; el derecho de defensa prestado por abogados elegidos por el Ejecutivo; nuevos delitos penales relacionados con el terrorismo, como la apología del mismo; "listas negras" de organizaciones terroristas. Cfr. G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 118 s.

<sup>21</sup> Tales sentencias han consagrado la extensión del *habeas corpus* a los prisioneros de Guantánamo; la competencia de las cortes federales para pronunciarse sobre los recursos que se interpongan; la aplicabilidad a tales prisioneros de las garantías mínimas previstas en los Convenios de Ginebra de 1949; la inconstitucionalidad de los procedimientos administrativos que se habían introducido y regulado en las *Military Commissions*, y la necesidad de procesar a los imputados según el procedimiento penal militar u ordinario: cfr. G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 117 s. A pesar de estas resoluciones, en la *Military Commissions Act* del 2006 (que establece y regula las Comisiones Militares) todavía se permiten muchas restricciones a las libertades, especialmente de los extranjeros.

La internacionalización de los conflictos concurre hoy para difuminar ulteriormente los contornos de las áreas semánticas en las palabras-clave que delimitan subjetiva, objetiva y proceduralmente el derecho de la emergencia, y que en definitiva, permiten distinguir la regla de la excepción y, de todos modos, el núcleo duro de la democracia de otras formas de organización del poder.

Pero mientras el tema de la defensa externa respecto a la guerra representa una especie de pre-condición para la existencia misma del Estado –de cualquier Estado, cualquiera que sea su “forma”–, y las limitaciones impuestas a los derechos y a las libertades caracterizan todos los ordenamientos (ya sean definidos como más o menos democráticos), cuando la emergencia penetra en la vida cotidiana, el mismo nudo de la democracia puede verse comprometido. Y de hecho, desde siempre la doctrina constitucionalista ha tenido sus dudas sobre el hecho de que fuese correcto clasificar como “democráticos” varios ordenamientos latino-americanos, cuando el uso de estados de excepción, emergencia o sitio era fisiológico antes que patológico.

Todo esto se refleja también sobre el concepto de “democracia protegida”, por una parte, en la medida en la que la duración de los estados de crisis se prolongan por períodos indefinidos, y por otra, en la medida en la que el objetivo de la represión es también la manifestación ideológica. Por no hablar de la discriminación, que a veces es evidente, entre ciudadanos y extranjeros, la cual socava (se incide sobre derechos de manifestación del pensamiento, de asociación, etc.) los mismos presupuestos del Estado Constitucional<sup>22</sup>.

En este sentido, quien pretenda defender el núcleo duro de la democracia, y afirme que existe un derecho a defenderla, no puede ignorar las raíces históricas de tal término, que en su propia configuración normalmente comprende: la separación de poderes y la garantía de los derechos, ya sean “fundamentales” o “humanos”.

Sobre el adjetivo “fundamentales”, ya he tratado de demostrar que no existe un sentido común de la palabra. Cada ordenamiento y cada época histórica establece su propia axiología, y en el derecho comparado no hay ninguna acepción común (mientras que por

---

<sup>22</sup> Bibliografía en: L. PEGORARO, S. PENNINO, *Seguridad y libertad hacia la búsqueda de un difícil equilibrio: los derechos de los extranjeros*, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 6, 2005, p. 17 ss. y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, cit., p. 309 ss.; id., *Democracia protegida y definiciones de la democracia (con particular referencia a los derechos de los extranjeros)*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, n 6, 2010, p. 190 ss.

el contrario si la hay en cada ordenamiento jurídico, en cada fase determinada de su historia<sup>23</sup>

En cuanto a los derechos “humanos”, una de sus características debería ser que pertenecieran a todos, máxime cuando representa un pilar de la concepción occidental de la “democracia”: ya sea por la influencia de la Ilustración francesa, o por el legado histórico del derecho anglosajón. «No taxation without representation», es decir, los hombres libres que producen riqueza tienen derecho a controlar a los Parlamentos, es la base del constitucionalismo inglés, así como de la revolución americana. Sin embargo este concepto de democracia, disociado de la nacionalidad, en casi todas partes es habitualmente olvidado, tanto en la elaboración de políticas de derechos discriminatorios por razón de nacionalidad, así como en la redacción de las normas de restricción de los derechos, incluso los más básicos como el *habeas corpus*, que en una debida ubicación debería pertenecer al supuesto “núcleo duro”.

El Estado nacional, de todos modos, se resiste a morir, a pesar de la internacionalización del derecho y la globalización, y esto se evidencia incluso sobre otros formantes.

También dentro del formante doctrinal, la carga connotativa, simbólica, evocativa, el valor mágico de la palabra “democracia”, parece que se usa (incorrectamente) para las operaciones conceptuales que dejan en el olvido palabras y conceptos que en un tiempo fueron fuertes, pero que hoy son escasamente adquiridos en el *free trade market of ideas*, como la “estatalidad”. La seguridad se convierte, pues, en el parámetro o en el valor ponderable, no para la defensa del Estado, sino para la defensa de la democracia<sup>24</sup>; y los no ciudadanos, los inmigrantes, los extranjeros, los que en definitiva no pertenecen al

---

<sup>23</sup> Ver L. PEGORARO, *Direito constitucional e uso connotativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham)*, en Revista brasileira de Estudos constitucionais – RBEC, n. 12, 2009, p. 93 ss., trad. esp. *Derecho Constitucional Comparado y uso connotativo de la palabra “derechos” (y de los adjetivos que la acompañan)*, en Anuario iberoamericano de derecho constitucional, n. 14, 2010, p. 347 ss., y en L. GONZÁLEZ PLACENCIA, J. MORALES SÁNCHEZ (coords), *Derechos Humanos en perspectiva: actualidad y desafíos en el siglo XXI*, Fontamara, México, 2012, pp. 39 ss.

<sup>24</sup> Respecto a la seguridad como bien social y las directas consecuencias sobre la ponderación realizada por los Tribunales v. M. ROSENFELD, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror*, en Cardozo Law Review, n. 27, 2006, p. 2079 ss. V. también K. ROACH, *Must We Trade Rights for Security? The Choice Between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain*, en Cardozo Law Review, n. 27, 2006, p. 2151 ss.

Estado, no son sacrificados –cuando lo son–, en nombre de la estatalidad, sino en nombre de la defensa del mismo valor: la democracia y la exigencia de su defensa<sup>25</sup>.

Esto nos lleva de nuevo al problema de las definiciones y clasificaciones de la «democracia», indispensables para analizar tal término, en relación con el adjetivo de «protegida».

En el léxico constitucionalista, siguiendo la doctrina de Loewenstein, el concepto de «democracia protegida» o «militante» no se refiere tanto al grado de participación en la toma de decisiones (y por lo tanto la exclusión de clases de sujetos: mujeres, extranjeros, negros, etc.) o el uso o duración de los estados de excepción, ni el grado de equilibrio entre la seguridad y los derechos individuales. Por el contrario, convencionalmente se refiere a los límites impuestos a los partidos políticos para participar en el juego democrático, si, en la opinión de los constituyentes, del legislador o incluso de la jurisprudencia, sus programas y su acción puede poner en peligro los valores considerados como fundamentales por el ordenamiento.

#### 4. Clases y circulación de modelos

Los ordenamientos que protegen con varias medidas la democracia se pueden clasificar de diversas formas –utilizando distintos elementos determinantes<sup>26</sup> en función de: a) el nivel normativo de las fuentes que plantean; b) de su objeto (la ideología y/o la integridad territorial, o determinados “valores”); c) la identificación más o menos precisa de las formaciones que se prohíben y de la direccionalidad de la protección.

En cuanto al primer perfil –el nivel de las fuentes– es preciso tener en consideración los ciclos constitucionales y por tanto la fase temporal en la cual la eventual disciplina de protección ha sido introducida. Por razones obvias, relacionadas con los factores políticos y sociales que las forman, las Constituciones más antiguas, no contenían

<sup>25</sup> V. la reconstrucción relativa al ordenamiento italiano de P. BONETTI, *Terrorismo e stranieri nel diritto italiano: disciplina legislativa e profili costituzionali*, Parte I, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2005, p. 13 ss., e Id., *Terrorismo e stranieri nel diritto italiano, disciplina legislativa e profili costituzionali*, Parte II, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2006, p. 13 ss.

<sup>26</sup> Sobre la teoría de los elementos determinantes para clasificar véase a L.J. CONSTANTINESCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung, Band I: Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns-Verlag, Khöln, 1971, tr. fr., *Introduction au droit comparé*, en *Traité de droit comparé*, Lgdj, Paris, 1972, tome I, trad. it., *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1996; Id., *Die rechtsvergleichende Methode*, Band II: *Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns-Verlag, Khöln, 1972, tr. fr., *Le méthode comparative*, in *Traité de droit comparé*, Lgdj, Paris, 1974, tome II, trad. it., *Il metodo comparativo* (al cuidado de A. Procida Mirabelli di Lauro), Giappichelli, Torino, 2000.

cláusulas de protección. Esto puede haber sido entendido como una autorización para introducirlas por vía legislativa, o viceversa como una prohibición de hacerlo. Una propuesta de clasificación, por lo tanto, no puede poner en el mismo grupo de ordenamientos aparentemente pertenecientes a ciclos constitucionales diferentes. El análisis sincrónico, por tanto, debe ir acompañado de una evaluación diacrónica, atendiendo a la evolución de cada sistema.

Acerca del segundo aspecto, la inclusión, a efectos de clasificación, de las medidas que, a veces expresamente protegen de los atentados ideológicos dirigidos contra la integridad territorial depende de esta característica: esta última, como la seguridad, representa el *prius* de un ordenamiento, más que un bien para tutelar. La disciplina normativa eventualmente introducida protege todo el sistema jurídico del cual emana, incluidas aquellas partes del territorio que manifiestan, en algunos de sus componentes, pretensiones de separación.

Sin embargo, tanto las disposiciones de orden internacional sobre el derecho a la autodeterminación de los pueblos, como los procedimientos internos, garantizan a menudo, en modo cualificado, la libertad de expresión de las minorías territoriales. El problema de la defensa del Estado en su componente territorial puede entonces convertirse (retóricamente) en el problema de la defensa de la democracia o, mejor dicho, en la defensa de una concreta manifestación: la libertad de militar en favor de la desintegración del Estado o de su fragmentación (dejando a salvo, sin embargo, la modalidad pacifista). Por lo tanto, puede encajar en la amplia clase de la protección ideológica.

Al mismo tiempo, una visión moderna del concepto de «democracia protegida» no puede olvidar –desde el punto de vista de la “globalización” y también del formante doctrinal– que la represión ideológica puede comprender también la barrera para partidos o asociaciones que abogan por el establecimiento de una religión concreta, así como aquellos que no aceptan determinadas bases convencionales de la democracia, a medida que evoluciona desde el punto de vista definitorio (y por consiguiente, prohíbe partidos y asociaciones que propugnan el racismo, o promocionan otras formas de discriminación).

Razones históricas están también en la base del tercer elemento fundamental a considerar: la elección de reprimir indistintamente las ideologías hostiles con la democracia (en un sentido “occidental”) puede tener inspiraciones muy diferentes de la decisión de prohibir un partido específico: una cosa es manifestar –por vía

constitucional o legislativa— una opción de protección indeterminada, que se basa sólo en razones político-ideológicas y a determinadas doctrinas políticas (a fin de cuentas, por una cierta concepción de la “democracia”), y otra es prohibir un partido específico, responsable de crímenes, guerras, privación de la libertad y, en cuanto depositario de ideologías aberrantes, reprimir al mismo tiempo su corriente ideológica.

De la elección puede depender a veces la decisión de prohibir solo un partido específico y su específica ideología, o por el contrario más partidos de orientación contraria. En este caso, la decisión no es tan diferente de aquella que prohíbe todos los partidos “enemigos de la democracia”.

La doctrina que ha estudiado el tipo y nivel de protección de la democracia generalmente se limita a señalar dos modelos clásicos, de los que eventualmente se pueden deducir algunas clasificaciones: así pues, divide los ordenamientos que no protegen de aquellos que protegen; entre estos últimos, de un lado se señala el modelo alemán, el cual es un prototipo de sistema constitucionalizado, cuya regulación está anclada a determinadas razones históricas, y que bilateralmente afecta a las ideologías contrarias; y por otro el sistema estadounidense, derivado de la evolución de una Constitución de una sociedad monoclas e integrada, carente de cobertura constitucional, pero que ha desarrollado una densa legislación represiva y una notable jurisprudencia vacilante. El ordenamiento jurídico italiano es a veces recordado por la característica de la unidireccionalidad, ya que contiene una disposición constitucional que prohíbe la reconstitución del disuelto partido fascista.

De conformidad con el art. 21, c. 2 de la Ley Fundamental alemana, están prohibidos los partidos que «tienen la intención de dañar o eliminar el ordenamiento fundamental democrático y liberal». A su vez, el artículo. 9, c. 2 GG prohíbe «las asociaciones cuyos objetivos y actividades entren en conflicto con las leyes penales, o se dirijan contra el ordenamiento constitucional o contra el principio de tolerancia entre los pueblos». Según el art. 18 *in fine*, el Tribunal Constitucional Federal puede declarar la pérdida de los principales derechos públicos subjetivos en contra de aquellos ciudadanos que los hayan aprovechado con el fin de luchar contra el ordenamiento fundamental democrático y liberal. En la aplicación de tal norma, la ley sobre *Berufsverbot* prohíbe la contratación en la administración pública, y autoriza el despido de aquellos que «den

TEMAS SELECTOS DE DERECHO PÚBLICO CONTEMPORÁNEO

lugar a dudas en cuanto a su voluntad de apoyar en todo momento el orden constitucional libre y democrático»<sup>27</sup>.

Según los cánones arriba indicados, Alemania presenta, pues, una disciplina a nivel constitucional, sin identificación precisa de las formaciones y actividades prohibidas, y por lo tanto bidereccional (en el sentido de que la Constitución protege frente a las amenazas que pueden provenir tanto de “derecha” como de “izquierda”), no solo de la represión ideológica, sino que también podría afectar a otros tipos de ataques (por ejemplo, las actividades destinadas a la secesión).

Por razones derivadas de la tipología y del ciclo constitucional al que pertenece, la Constitución de EE.UU. no dice nada acerca de la protección, salvo que atribuye al Congreso la facultad de repremir las insurrecciones y rechazar las invasiones (art. I, sec. 8, § 15); consentir la suspensión del *habeas corpus* cuando la seguridad pública lo requiera en casos de rebelión o invasión (artículo I, sección 9), y permitir la exclusión de las garantías de defensa de los militares en tiempo de guerra o peligro público (V enmienda). Por tanto, la protección de la democracia en los Estados Unidos, no tiene una directa base constitucional. Esto, no ha impedido el desarollo de una legislación y de una elaborada jurisprudencia constitucional que han introducido a los EE.UU. en el cauce de la democracia protegida. Se hace notar, en particular, la legislación aprobada durante la llamada Guerra Fría (*Internal Security Act* y *Communist Control Act*), acompañada de las medidas tomadas por el Ejecutivo encaminadas a la protección de la Administración Federal de infiltraciones comunistas (por ejemplo el *Federal Civilian Employee Loyalty-Security Program*); sin embargo, había estado precedida por otras *Acts*, como – después *The Alien and Sedition Acts* del 1798<sup>28</sup> y sucesivas medidas – *l'Espionage Act* del 1917<sup>29</sup>, o *The Alien Registration Act of 1940*, mejor conocida como

---

<sup>27</sup> V. todavía G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 128: «Estas prohibiciones se han aplicado con razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional alemán dictaminó que la negación de los valores supremos del ordenamiento democrático y liberal no es suficiente, por sí mismo, para ejecutar el contenido material del concepto de “partido anti-sistema”. El art. 21, c. 2 GG es, de hecho, interpretado en el sentido de que a la oposición “ideológica”, se debe añadir un comportamiento «activo y agresivo en contra del ordenamiento jurídico vigente». Por tanto, un partido ha de considerarse inconstitucional cuando de demuestra una verdadera intención de dañar o eliminar el sistema de valores establecido por la *Grundgesetz*, si hace surgir una seria «preocupación para el futuro».

<sup>28</sup> Vid. por ej. J.M. SMITH, *Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Acts and American Civil Liberties*, New York, 1956, e J.C. MILLER, *Crisis in Freedom: The Alien and Sedition Acts*, Boston, 1951.

<sup>29</sup> Tal como para inducir a R.K. MURRAY, a escribir un libro titulado, *Red Scare: A Study in National Hysteria, 1919-1920*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1955. Esto se refleja en los comentarios

*Smith Act*, y seguidas por leyes estatales igualmente restrictivas. La jurisprudencia se terminó en 1956 en el famoso caso *Dennis vs United States*, que de hecho, convertía la cláusula del *clear and present danger* en un *clear and probable danger*, para inclinar la balanza en favor de la protección de la seguridad, y no de la libertad de pensamiento, recogida en la Primera Enmienda. Incluso la jurisprudencia posterior (por ejemplo, *Subversive Activities Control Board v. Communist Party*, 367 US I, 1961), que intentó atenuar los requisitos sobre la obligación de declarar la propia pertenencia a una asociación *a priori* considerada transgresiva, y como tal inscrita en un registro llevado por el *Attorney General*, nunca llegó a reequilibrar totalmente el test de “*peligro manifiesto e inminente*” a favor de la libertad de pensamiento y de crítica<sup>30</sup>.

Los EE.UU. son, por lo tanto, una democracia protegida, no cubierta constitucionalmente, que a nivel legislativo sanciona bidireccionalmente la oposición anticonstitucional (aunque, de hecho, después de la Segunda Guerra Mundial ha perseguido la oposición ideológica comunista), y que, incluso a nivel legislativo, ha tomado medidas para identificar puntualmente las formaciones políticas que le afectan; la cual, finalmente, persigue a la oposición ideológica pero, no a aquellos partidos (inexistentes) que amenacen la integridad territorial.

En Italia, la situación es diferente en algunos perfiles clasificatorios: el ordenamiento está protegido, de conformidad con el Tratado de Paz y por elección de los constituyentes, por la disposición transitoria y final duodécima de la Constitución, que prohíbe cualquier forma de reorganización del disuelto partido fascista<sup>31</sup>. Por el contrario, para los demás partidos y formaciones políticas, el art. 49 de la Constitución, establece solo que estos contribuyan «a través del método democrático» a determinar la política nacional. Esto significa, según la interpretación actual, basada además en los trabajos preparatorios de la Constitución, que el único obstáculo es la prohibición de

---

de la legislación de la época maccartista: R. HOFSTADTER, *The paranoid Style in American Politics and Other Essays*, Calfred A. Cup., New York, 1965.

<sup>30</sup> La literatura es muy amplia: v. al menos la voce *Clear and Present Danger Test*, in B.A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, VIII ed., West Group, Eagan (Minn.) 2004; W. MENDELSON, *The American Constitution and the Judicial Process*, Wadsworth Pub Co., Homewood, Illinois, 1980, p. 397; M. SHAPIRO, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, N.J., 1966.

<sup>31</sup> Según G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 130, «Bien puede decirse que la disposición en cuestión es constitucional o incluso supraconstitucional, ya que identifica la fundamental decisión política sobre la cual los constituyentes basaron el nuevo proceso de estructura política: es decir, lo contrario respecto del régimen totalitario anterior, cuya finalidad se dirige a prohibir la reconstitución de los partidos políticos prohibidos».

recurrir a la violencia, por lo tanto, se consideran legítimos los partidos y asociaciones que por su estatuto, programa y comportamiento, propugnen el derrocamiento del orden democrático, pero por medios democráticos (es decir, una vez que llegan al poder a través de elecciones libres)<sup>32</sup>.

Así pues, desde el punto de vista clasificatorio, Italia tiene una protección constitucional unidireccional, específica (que se dirige sólo contra los partidos neo-fascistas) y encauzada a reprimir una ideología determinada y no los antentados contra la integridad territorial (a pesar de ciertas disposiciones del Código Penal en este sentido).

El análisis comparativo –como sucede a menudo– puede basarse en la circulación de modelos, y crear clases caracterizadas por la adherencia a un prototipo, o deconstruir el existente y, no teniendo en cuenta la observación empírica de la realidad en evolución, así como las diferentes inspiraciones y soluciones, rechazarlas y actualizar las clases tradicionales<sup>33</sup>.

En cuanto a la circulación de modelos, a menudo se observa que el modelo alemán ha influido en muchos países del Este de Europa<sup>34</sup>.

Bastante más complicado resulta el estudio de la circulación del modelo estadounidense, que parece ser un *unicum*: no porque la Constitución no protege la democracia (muchos otros no lo hacen, aunque por razones diferentes), ni porque lo haga la legislación, ni siquiera por la “bidireccionalidad” de la protección (que caracteriza a casi todos los ordenamientos). Sino más bien porque éste se caracteriza por una inusual inestabilidad entre las fases protecciónistas y las etapas más liberales, y sobre todo porque lo que se

<sup>32</sup> Este planteamiento no está en contradicción con la legislación que desarrolla el art. 18 de la Constitución, que prohíbe las asociaciones secretas y aquellas que «persigan, incluso indirectamente, fines políticos mediante organizaciones de carácter militar»: Ley de 25 enero de 1982, n. 17 y Decreto Legislativo 14 de febrero de 1948, n. 43. Y, en general, las que persigan fines «no prohibidos a los individuos por la ley penal». Parecería, pues, que el legislador puede decidir libremente cuáles son los fines prohibidos a los individuos, como aquellas asociaciones que se consideran lícitas. Sin embargo, estas encuentran otros límites fijados por la misma Constitución y, en todo caso, la disciplina constitucional no permite interpretaciones extensivas de la única barrera impuesta (la de la disposición transitoria XII). Sobre el problema de la referencia a la ley ordinaria v. *infra*, § 6.

<sup>33</sup> Para una crítica al “platonismo” de las clasificaciones tradicionales, ver a G. TUSSEAU, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Contre les «modeles» de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bup, Bologna, 2009; Id., voz *Classificazioni*, en L. PEGORARO (a cura di), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, p. 41 s., ed. mexicana al cuidado de E. FERRER MAC-GREGOR, M. NÚÑEZ TORRES, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA, *Glosario de Derecho Público comparado*, Porrúa, México, 2012, p. 29 s.

<sup>34</sup> *Infra*, § 6.

advierte algunas veces es la circulación por vía judicial de las doctrinas de equilibrio propuestas por la Corte Suprema<sup>35</sup>.

Italia, finalmente, no representa un verdadero modelo, excepto porque, constitucionaliza, en el cauce de un rechazo general de represión ideológica, el mandato de prohibición de un partido específico (y de su ideología).

### 5. Clasificaciones dúctiles

Para encuadrar el fenómeno de la “democracia protegida”, no parece suficiente, por un lado, apoyarse en clasificaciones dicotómicas, como la que tajantemente corta con una hacha y dice que: «hay un solo concepto de “democracia”, el occidental», o a lo sumo se limita a crear una subclasiación entre democracia “pura” y democracia “protegida”. Por otro, las múltiples facetas que tienen las disciplinas positivas hace que sea difícil elaborar ulteriores subdivisiones sólo aferrándose a los fenómenos imitativos y a la circulación de modelos, que siempre sufren adaptaciones (también profundas) y,

---

<sup>35</sup> Sobre la circulación de modelos por vía judicial v. en general: G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 543 ss.; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1997, p. 137; V. GREMENTIERI, *La circolazione dei modelli normativi nel sistema giuridico europeo: il contributo delle Corti europee*, en *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, n. 5, 1990, p. 547; L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padova, 2002, p. 66, trad. esp., *Introducción al Derecho Público Comparado*, Unam, México, 2006, p. 107 s., y Palestra, Lima, 2006, p. 94; Id., *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Cedam, Padova, 2007, p. 92, y ahora G. DE VERGOTTINI, *Oltre i dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010.

Sobre el uso del derecho comparado por parte de las Cortes constitucionales : G.F. FERRARI, A. GAMBARO (al cuidado de), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Esi, Napoli, 2006; M.-C. PONTHOREAU, *Le recours à «l'argument de droit comparé» par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, en F. MELIN-SOUCRAMANIEN (al cuidado de), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005, p. 168 ss. y nt. 5 ; L. PEGORARO, *La utilización del derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales: un análisis comparado*, en *Revista General de Derecho Público Comparado – Comparative Public Law Review*, 2007, p. 115 ss., en Palestra del Tribunal Constitucional. *Revista mensual de Jurisprudencia*, n. 7, 2007, p. 729 ss., y en E. FERRER MAC-GREGOR, A. ZALDIVAR LELO DE LARREA (coords), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. II, *Tribunales constitucionales y Democracia*, México, Unam - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional - Marcial Pons, 2008, p. 433 ss., e *ibidem* bibliografía; en particular, sobre las cortes estadounidenses ver A. M. SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, en *Un. of Richmond Law Review*, 1994, n. 29, p. 99 ss.; P.K. TRIPATHI, *Foreign Precedents and Constitutional Law*, en *Columbia Law Review*, 1957, n. 57, p. 319 ss.; G.P. FLETCHER, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, en *American Journal of Comparative Law*, 1998, n. 46, p. 683 ss.

especialmente, las limitaciones de las diferentes culturas y de las diversas situaciones de hecho.

Hoy, como ya se ha dicho, en la doctrina constitucional, existe la tendencia a dividir el mundo en dos clases: las democracias (los buenos) y todo lo demás (los malos). Es evidente que el simplismo clasificatorio no ayuda a comprender la realidad. Para ilustrar esto con un ejemplo, colocar en el mismo grupo (o clase) los ordenamientos socialistas, los teocráticos o hierocráticos, los autocráticos y los totalitarios, permiten únicamente distinguirlos de las democracias, pero no explica las profundas diferencias existentes entre ellos. Sería como dividir los colores en dos categorías: los claros y los oscuros.

Pero, desde la perspectiva opuesta, tampoco son útiles las clasificaciones demasiado detalladas. Ninguna gota de agua es idéntica a otra, como tampoco lo es ninguna hoja. Si se insiste demasiado en las diferencias, no se hace una verdadera clasificación, se describe cada objeto de investigación (*monad*) de forma secuenciada y se pierde, por tanto, la oportunidad de racionalizar la experiencia. En una tienda de pinturas, los posibles matices de verde, rojo, amarillo se cuentan por decenas. Los rayos de luz irisados es un buen ejemplo de clasificación (recogida de la verificación empírica): ni muchos ni demasiado pocos, incluso si algún color se matiza en otro. De aquí la posibilidad de subclasificar los verdes, amarillos, rojos...<sup>36</sup>

Todo esto da buena muestra de la subjetividad de las clasificaciones y de la exigencia de moderar su rigor, especialmente en las ciencias humanas, como el Derecho.

La metáfora del arcoíris refleja, además, otras cuestiones.

La primera atañe a la lógica de las clasificaciones, con referencia a dos modos de pensar, identificados con las categorías de monotéticas y politéticas.

Nos recuerda S. Baldin que la categoría monotética, de derivación aristotélica, se basa en la lógica binaria, según la cuál, cada enunciado puede ser, únicamente, verdadero o falso (en efecto, solo los enunciados descriptivos tendrían esta cualidad, porque de un enunciado deontico, como de otros tipos de enunciados, no puede predicarse ni la

---

<sup>36</sup> En efecto, los colores del arcoíris son seis: rojo, naranja, amarillo, verde, azul y violeta, aunque se suele incluir el añil, que normalmente no es considerado un color, sino un matiz del violeta (ello para alcanzar el número siete, tenido por más solemne).

verdad ni la falsedad)<sup>37</sup>. La idea subyacente es que, para adscribirlos a una clase, todos los objetos investigados deben poseer un cierto número de características comunes. Cada característica es necesaria, y, en su conjunto, aquéllas son suficientes para establecer la pertenencia a una clase<sup>38</sup>. A esta categoría pertenecen las clasificaciones intencionales.

Las clases, sin embargo, se crean por medio de procesos inductivos, basados en la percepción y en el reconocimiento inmediato; reflejan, éstas, las estrategias clasificadorias que operan en la mente y que se reconducen a las llamadas categorías politéticas. Con esta expresión se refiere un principio, introducido, inicialmente, por las ciencias naturales y después adoptado por la psicología cognitiva, dirigido a superar el esquema dicotómico. Según los biólogos Sokal y Sneath, citados por S. Baldin, las taxonomías politéticas reagrupan elementos que tienen el más amplio número de elementos en común, sin que ninguna característica sea esencial para definir la pertenencia a una clase, ni suficiente para garantizar el encuadre de un objeto en dicha clase determinada. Las taxonomías politéticas permiten comparar en forma débil elementos que se asemejan en algo aunque ninguno comparta rasgos precisos con todos los demás<sup>39</sup>. A esta categoría pertenecen las clasificaciones extensionales<sup>40</sup>.

Una segunda cuestión se refiere a las operaciones intelectuales que dan lugar a las tipologías, es decir ¿qué tipo de operaciones se hacen para clasificar?

Aunque a la sistematización precede, normalmente, la fase de cotejo<sup>41</sup>, habitualmente el estudioso parte de una precomprensión del objeto de estudio y desarrolla el análisis comparado perfeccionando, durante el curso del trabajo, las hipótesis y tabla clasificatoria<sup>42</sup>. A nivel cognoscitivo, estos procesos vienen entendidos como secuencias que pueden subdividirse en tres fases concatenadas que se suceden y se alternan, a menudo de forma recurrente. La primera fase se arranca de una multiplicidad de

<sup>37</sup> BALDIN, S., *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, en *Revista General de Derecho Público Comparado – Comparative Public Law Review*, n. 10, 2011.

<sup>38</sup> Cfr. P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 4<sup>a</sup> ed., Oxford Un. Press, Oxford, 2010, p. 368 ss.

<sup>39</sup> Vid. R. NEEDHAM, *Polythetic Classification: Convergence and Consequences*, en *Man*, n. 3, 1975, p. 356. Vid. además C. PIGNATO, voz *Classificazioni politetiche*, en U. FABIETTI, F. REMOTTI (a cura di), *Dizionario di antropologia*, Zanichelli, Bologna, 1997, p. 172.

<sup>40</sup> Cfr. S. BALDIN, *op. cit.*

<sup>41</sup> Vid. N.J. SMELSER, *La comparazione nelle scienze sociali*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 226 s.

<sup>42</sup> En este sentido G.U. RESCIGNO, voz *Forme di stato e di governo*, en *Enciclopedia giuridica*, XIV, Treccani, Roma, 1989, p. 9.

percepciones y razonamientos y, en su ámbito se puede aludir a las representaciones por abstracción, a la búsqueda de analogías, clasificaciones, subsunciones y deducciones. En la segunda fase se formulan hipótesis que, posteriormente, han de ser verificadas o refutadas. En la tercera fase se construyen los modelos<sup>43</sup>.

Un primer método consiste en usar el “recorte conceptual” cuando se presume que un objeto puede moverse a lo largo de una escala de generalidades articulada en modo siempre más restringido, respetando los criterios de exhaustividad y exclusividad. Constituye ejemplo de ello, en la zoología, el estudio del género a la especie, o la reclasificación de los colores adscritos a la clase “verde” en “verde pistacho”, “verde oliva”, “verde esmeralda”, etc... El conjunto de atributos que definen las cualidades necesarias para pertenecer a una clase se denomina “intención”, y la clasificación, en tales casos, se llama “intencional”<sup>44</sup>. Su principal ventaja consiste en la simplicidad y claridad de las clases creadas, a las cuales pueden asignarse fácil e inequívocamente nuevos elementos<sup>45</sup>.

Un segundo método consiste en reagrupar, inductivamente, objetos pertenecientes a un conjunto en subconjuntos homogéneos determinados por algunas de sus propiedades. El objetivo es maximizar su semejanza, enfatizando, al mismo tiempo, la diversidad respecto de otras clases<sup>46</sup>. Las clasificaciones así producidas se denominan “extensionales”. Las ventajas de las clasificaciones extensionales consisten en que las clases son más fieles a la realidad empíricamente observable, contienen un elevado número de informaciones y presentan menores riesgos de exclusión arbitral, en cuanto los confines entre las respectivas clases no son rígidos<sup>47</sup>.

La *fuzzy sets theory*, planteada por el matemático Zadeh en el año 1965, se basa en clases con contornos vagos y en la idea de que los objetos pertenecen a las clases solo en cierta medida, matizando el resultado dicotómico perseguido por las teorías clásicas: usar éstas persiguiendo la precisión, puede llevar a perder de vista el verdadero significado.

<sup>43</sup> S. BALDIN, *op.cit.*, se refiere a D. TISCORNIA, *Una metodologia per la rappresentazione della conoscenza giuridica: l'ontologia formale applicata al diritto*, p. 3, en <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25363-25365-1-PB.pdf> (17/8/2011).

<sup>44</sup> Vid. amplius, A. MARRADI, voz *Classificazioni, tipologie, tassonomie*, en *Enciclopedia delle Scienze sociali*, vol. II, Treccani, Roma, 1992, p 22 ss.

<sup>45</sup> Sobre este tema, vid. T. BRENNAN, *Classification: An Overview of Selected Methodological Issues*, en *Crime and Justice. A Review of Research*, n. 9, 1987, p. 215.

<sup>46</sup> Ver G. DI FRANCO, *EDS: Esplorare, descrivere e sintetizzare i dati. Guida pratica all'analisi dei dati nella ricerca sociale*, 2<sup>a</sup> ed., Franco Angeli, Milano, 2005, p. 223, nt. 21.

<sup>47</sup> Vid. R. NEEDHAM, *op. cit.*, p. 358; T. BRENNAN, *op. cit.*, p. 216.

«Los conjuntos *fuzzy* –recuerda S. Baldin– conciben la colocación incierta –desarrollando el paradigma de la pertenencia mediante la noción del “grado de pertenencia”– dónde el tradicional estudio de los conjuntos establece, en cambio, un umbral exacto que determina si un objeto puede o no pertenecer a una clase»<sup>48</sup>.

El interés de estas propuestas, formuladas por estudiosos de las ciencias exactas y, desde hace tiempo, acogidas por los investigadores de las ciencias sociales, parece notable también para los juristas, y útil para clasificar las democracias.

## 6. Disciplina positiva de la protección constitucional y clasificaciones de “democracia/as”

Una desconstrucción (y posterior re-construcción) de las clases de “democracias” puede, proponiendo conjuntos débiles, desplazar precisamente la utilización de los elementos señalados al inicio del § 4.

Utilizando el análisis del contenido, y al mismo tiempo, este enfoque metodológico, cabe destacar en primer lugar que no parece científicamente correcto proceder dicotómicamente, dividiendo el mundo en dos clases (las democracias y “los otros”), y luego la democracia en dos sub-clases (“pura” y “protegida”)<sup>49</sup>. Aunque preferentemente, propondría escalas graduadas de clasificación de los sistemas. Estas escalas pueden ser diferentes en función del elemento determinante tomado en consideración.

Como se ha constatado, en el ámbito de la forma de Estado democrático-liberal, algunos ordenamientos protegen la democracia, otros no. La ruptura, sin embargo, no es evidente, ni desde un punto de vista temporal, ni desde la perspectiva comparativa/sincrónica. Algunas medidas han existido siempre y siempre existirán. El difícil equilibrio entre el ejercicio de los derechos (expresión, reunión, asociación política, etc.) y la exigencia de autoconservación del Estado requieren la represión de las

<sup>48</sup> Y cita, refiriendo a A. SANGALLI, *L'importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, p. 23, el concepto de personas ancianas. A los cinco años una persona con seguridad no es anciana (y su grado de pertenencia al conjunto será 0), mientras que a los noventa y cinco se puede considerar, con toda certeza, anciana (y tendrá un grado de pertenencia 1). Entre los cinco y los noventa y cinco años existe una zona gris, representada numéricamente por los grados de pertenencia mayores a 0 e inferiores que uno, que crecen en función del avance de la edad.

<sup>49</sup> Así como, desde una perspectiva diacrónica, no existe una clara división entre Constitución liberal y Constitución democrática, *Vid.* G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La Costituzione liberale*, y *Id.*, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, *La Costituzione democratica*, Giappichelli, Torino, 2000.

conductas antisociales. El paso de la “pureza” a la “protección” no se da solo a través de la represión de los partidos antisistema, sino que conoce soluciones intermedias, jurídicas como la extensión de los delitos de opinión o las disciplinas sobre fidelidad en la Administración Pública, o incluso factuales como el abuso de los estados de crisis.

Todos los ordenamientos, sin excepción, persiguen las manifestaciones de pensamiento político, individuales o colectivos, que pretenden imponerse con la violencia (el Estado exige ser el único titular de la fuerza). Sin embargo, se suele distinguir entre los sistemas jurídicos que interponen sólo limitaciones metodológicas (prohibiendo el uso de la violencia), de aquellos que persiguen las ideas (expresadas a través de asociaciones y partidos políticos) por su contenido. Sólo este último caso, podría insertarse dentro de la clase de las democracias protegidas. Sin embargo, un problema importante –como lo demuestra la jurisprudencia estadounidense y de otros países– es la dificultad de distinguir donde termina la manifestación del pensamiento y donde comienza la incitación a la violencia. Solamente el análisis de la legislación pero sobre todo de la jurisprudencia, país por país, y fase histórica por fase histórica, permite clasificaciones acertadas (aunque siempre dinámicas).

a) Desde el punto de vista de las fuentes de autorización, hay ordenamientos que establecen límites a los derechos de crítica, de propaganda, de reunión, de asociación, y especialmente a los partidos, en el mismo texto constitucional (y son muchos); otros confían la tarea a la ley orgánica (aprobada con procedimientos especiales, y por tanto privando la elección, al menos en teoría, de la mayoría simple); otros operan a nivel de la legislación ordinaria o incluso mediante actos del Ejecutivo (como en los EE.UU.).

En muchos casos, la Constitución no dice nada, autorizando tanto interpretaciones en el sentido de la licitud de los límites, como en la dirección opuesta; en otros casos la Constitución limita expresamente el asociacionismo político, no vinculado a la finalidad, sino al método, y el problema de la protección, por consiguiente, se trata en la Constitución para acotar el poder del legislador. Por último, la legislación es a menudo constitucionalizada, siguiendo el modelo alemán, no para limitar al legislador, sino para autorizarlo a limitar los partidos anti-sistema y prohibir las asociaciones políticas que atenten contra el núcleo de los principios democráticos (u otros valores).

En cuanto al componente representado por el nivel de protección, a veces la disciplina constitucional puede representar, a efectos de clasificación, sólo un indicio. No sólo por las razones anagráticas, ya señaladas, de muchos textos, sino también porque el aparente obstáculo de barreras ideológicas a los partidos y las asociaciones antisistema pueden

estar enmascarados por fórmulas insidiosas, como las que se refieren a la ley para reprimir los abusos.

En la gran dicotomía (democracia protegida/democracia pura), a la segunda clase (dúctil) parecen pertenecer pocas excepciones: además del Reino Unido, y al lado de las ya citadas Francia y Guatemala, se encuentra el ejemplo de Bélgica, que a pesar de haber renovado recientemente su Constitución no prevé barreras específicas; así como, tampoco lo hace el nuevo texto de la Constitución Suiza, que entró en vigor el 1 de enero de 2000, en las dispersas y breves disposiciones sobre los partidos y el derecho de asociación. Faltan disposiciones constitucionales precisas sobre los fines también en otras constituciones, como se puede observar en la de Uruguay: mientras que para el derecho de asociación no cualificado el artículo 39 reconoce que: «Todas las personas tienen el derecho de asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por la ley» (y por lo tanto opera una remisión a la ley), y el 77, c. 11, que en el *incipit*, expresa que «El Estado velará por asegurar a los partidos políticos la más amplia libertad», luego continúa diciendo que: «Sin perjuicio de ello, los partidos deberán: (...) a) ejercer efectivamente la democracia interna en la elección de sus autoridades; b) dar la máxima publicidad a sus Cartas Orgánicas y Programas de Principios, en forma tal que el ciudadano pueda conocerlos ampliamente». No parece que esto se configure como una protección expresa, sino solo como un límite generalizado de orden metodológico. También en Venezuela, el art. 67 asegura a los ciudadanos el derecho de asociación política «mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección». Sin embargo, en este caso la vaguedad de los términos (especialmente la palabra «dirección») autoriza cualquier interpretación. En los Balcanes, no existe una disposición *ad hoc*, en Bosnia-Herzegovina, cuyo texto constitucional no prevé fórmulas de protección.

Resulta más simple deducir la pertenencia a la clase de la democracia «pura», donde la disciplina constitucional está expresamente dirigida a concretar los límites al legislador: en este sentido, el art. 78 de la Constitución de Dinamarca impone la disolución judicial para las asociaciones «que recurren a la violencia, o que tienen la intención de cumplir sus propias finalidades usando la violencia, incitación a ella o ejercitando formas similares de coerción sobre los que tienen opiniones diferentes». Es evidente que, el único límite que puede ser impuesto es de carácter metodológico. Una clara elección en este campo es también la realizada por la “*Rainbow Constitution*” de Sudáfrica, cuyo texto se limita a establecer que: «Everyone has the right to freedom of association» (art. 18,

dedicado de forma específica al derecho de asociación, y que «Every citizen is free to make political choices, which includes the right: (a) to form a political party; (b) to participate in the activities of, or recruit members for, a political party; and (...) (e) to campaign for a political party or cause» (art. 19, sobre derechos políticos). En Hungría, la nueva Constitución declara únicamente que: «La libertad de asociación autoriza la constitución y la actividad de los partidos políticos. Los partidos políticos participan en la formulación y expresión de la voluntad popular. Ningún partido político puede ejercer directamente el poder público». Más problemática es la interpretación de la Constitución de Croacia, que en su art. 6 prohíbe la «actividad violenta de cualquier partido cuyo programa o actividad amenace el orden constitucional, la independencia, la unidad o la integridad territorial de la República de Croacia».

Más frecuente, resulta el caso de límites sustanciales expresos para los partidos. En este sentido, no existe mucha diferencia en esta disciplina, entre la Constitución alemana y Europa del Este. Así por ejemplo, la Constitución de Rumanía, en su art. 37 establece que: «Los partidos y organizaciones que, por sus objetivos o su actividad, atenten contra el pluralismo político, el principio del Estado de Derecho o la soberanía, la integridad o la independencia de Rumanía son inconstitucionales»; también la Constitución de Bulgaria, que además de las limitaciones metodológicas (art. 11, uc.), prohíbe los partidos que buscan apoderarse por la fuerza del poder del Estado, y establece límites de contenido, allí donde (art. 44, c. 2) prohíbe «las organizaciones cuya actividad se dirige contra la soberanía, la integridad territorial de país y la unidad de la nación, o a la incitación al odio racial, nacional, étnico o religioso, a la violación de los derechos y libertades de los ciudadanos, así como a las organizaciones que adopten estructuras clandestinas o militares, o que tratan de alcanzar sus objetivos a través de la violencia». O bien, la Constitución de Georgia, que en su art. 26 establece que: «Se prohíbe la constitución y la actividad de organizaciones políticas o sociales cuyos objetivos sean derrocar o cambiar, utilizando la fuerza, el orden constitucional de Georgia, para menoscabar la independencia del país, para violar la integridad territorial, las que promuevan la propaganda de guerra, de violencia, provoquen el odio nacional, regional o social».

En América Latina, el art. 17 de la Constitución brasileña pone como límites a los partidos: la soberanía nacional, el régimen democrático, el pluralismo, los derechos fundamentales de la persona humana. En Costa Rica (art. 98), los partidos deben

respetar en sus programas «el orden constitucional» y asegurar la organización interna y el «funcionamiento democrático».

En el caso de la constitucionalización, es necesario evaluar cuidadosamente las fórmulas utilizadas: lo que a primera vista puede parecer una norma abierta a los partidos antisistema, a menudo, se revela como una autorización para que el poder legislativo (es decir, una mayoría simple) pueda hacer aquello que quiera. Esto sucede cuando la Constitución hace un renvío a la ley para identificar asociaciones, partidos o actividades prohibidas, permitiendo de hecho cualquier limitación de contenido.

Es el caso de Estonia, cuya Constitución prohíbe las asociaciones cuyos fines y actividades están dirigidas a cambiar con la violencia, el orden constitucional del país, o que, de otra forma, violen la ley penal (art. 48, c. 3); mientras que la primera parte es limitativa («con violencia»), la segunda autoriza el mantenimiento de todos los partidos o asociaciones cuyas actividades sean contrarias a «la ley». Muy similar es la Constitución de Lituania («Todos los ciudadanos pueden reunirse libremente en sociedad, partidos políticos o asociaciones cuyos fines o actividades no sean contrarios a la Constitución y las leyes» (art. 35, c. 1). En forma no muy diversa, el texto constitucional de la República Checa, en su art. 5 impone el respeto de los principios democráticos y el rechazo a la violencia y en el art. 20 de la Carta de Derechos, subordina el derecho de asociación a las restricciones previstas por ley, «necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, el respeto de la seguridad y el orden público, de la prevención de infracciones penales o para proteger los derechos y libertades de los otros». En Macedonia, se hace referencia a «el orden constitucional», más allá de a los métodos violentos para destruirlo: esto haría pensar en limitaciones de orden puramente metodológico, pero además están prohibidas, no solo las ideologías, sino también la incitación y apoyo a la agresión militar y el odio o la intolerancia étnica, racial o religiosa<sup>50</sup>.

b) Desde el punto de vista del objeto de la protección, al lado de los países que, con reglas graduadas<sup>51</sup>, protegen la integridad ideológica (los valores del Estado demo-

<sup>50</sup> Además, el art. 112 establece (en el texto en inglés) que: «The Constitutional Court shall repeal or invalidate a law if it determines that the law does not conform to the Constitution. The Constitutional Court shall repeal or invalidate a collective agreement, other regulation or enactment, statue or programme of a political party or association, if it determines that the same does not conform to the Constitution or law», utilizando la técnica de hacer entrar por la ventana los límites establecidos por el constituyente.

<sup>51</sup> La doctrina estadounidense del *clear and present danger* da la medida de cuan difícil es en cada ordenamiento, establecer el límite entre manifestación del pensamiento e incitación a un delito.

TEMAS SELECTOS DE DERECHO PÚBLICO CONTEMPORÁNEO

liberal, más o menos detalladamente definidos), todos los ordenamientos se protegen, a varios niveles, contra las amenazas de invasión y los ataques contra la integridad territorial (y sin embargo, también en este caso lo hacen de manera gradual). Como ya se ha mencionado, la cuestión es la relativa a la protección de la democracia, en cuanto que se trata de la legalidad de los partidos políticos (y las asociaciones, y manifestaciones del pensamiento) que militan –a menudo aprovechando las normas constitucionales para la protección de las minorías étnicas y lingüísticas– en favor de los más amplios niveles de autonomía, de autodeterminación y hasta de secesión. A mi juicio, la relación entre las manifestaciones colectivas/asociativas de pensamiento e ideologías en un sentido amplio, requiere la necesidad de introducir estas disciplinas en el cauce de las clasificaciones sobre la democracia protegida. Baste pensar en la experiencia de los Balcanes, en particular, de la antigua Yugoslavia<sup>52</sup>.

En cuanto a la protección contra los ataques a la integridad nacional, el caso más citado y emblemático está representado por España. La Constitución española no otorga legitimidad constitucional directa a medidas represivas de la libertad de pensamiento, tutelada por la propia Constitución. Sin embargo, en España, esto no ha impedido que el legislador afrontara la amenaza a la unidad nacional, representada por un partido (luego declarado) seguidor de la organización terrorista ETA, con la Ley Orgánica de 27 de junio 2002, n. 6. El verdadero objetivo de la legislación española, por ende, no era tanto prohibir la manifestación del pensamiento, de ideologías contrarias al ordenamiento democrático, como la actividad política y propagandística de un partido –Herri Batasuna– a favor de la independencia de una “nación”, la vasca. Por consiguiente, es diferente el valor protegido, incluso si la ley orgánica, dictando normas abstractas, incluye otros tipos de protección: y en sentido general prohíbe a todos los partidos que llevan a cabo actividades que puedan poner en riesgo los principios

<sup>52</sup> V. en el área de la transición (limitadamente a la reciente doctrina italiana) véanse S. BARTOLE, P. GRILLI DI CORTONA (al cui dato de), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa centro-orientale*, Giappichelli, Torino, 1998; S. GAMBINO (al cui dato de), *Europa e Balcani. Stati culture nazioni*, Giappichelli, Torino, 2001; Id., *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003; M. CALAMO SPECCHIA, M. CARLI, G. DI PLINIO, R. TONIATTI (al cuidado de), *I Balcani occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Giappichelli, Torino, 2008; L. MONTANARI, R. TONIATTI, J. WOELK (al cui dato de), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2010. En la doctrina española, C. FLORES JUBERÍAS (ed.), *Estudios sobre la Europa oriental*; Id., *De la Europa del Este al este de Europa*; Id., *España y la Europa oriental: tan lejos, tan cerca*, todos publicados por Universitat de València, València, respectivamente 2002, 2006, 2009; y el suplemento de *Humana Iura* n. 8/9, 1988/1999, *Derechos y libertades en las nuevas democracias de la Europa de Este* (Berriozar, Navarra).

democráticos y los derechos humanos, o que también tácitamente apoyen el terrorismo<sup>53</sup>.

En algunos casos, la prohibición para los partidos y asociaciones políticas de obrar con fines de secesión o desintegración de la unidad territorial, se puede interpretar de disposiciones legislativas que penalizan las actividades en este sentido a nivel individual, al establecer un paralelismo entre las manifestaciones del pensamiento individual y las colectivas<sup>54</sup>. En otras circunstancias, los impedimentos dictados específicamente para los partidos y asociaciones políticas nos llevan a excluir interpretaciones extensivas en este sentido, y limitan las prohibiciones sólo a manifestaciones ideológicas en sentido estricto.

Preponderantemente, la tendencia actual es incluir en la protección tanto el atentado a los valores fundamentales de la Constitución, como la amenaza a la integridad territorial: en tal sentido disponen, entre los citados anteriormente, tanto las Constituciones (o legislación) que limitan la libertad política colectiva a las formaciones que respeten el “orden constitucional” (o bienes similares) (Alemania, Costa Rica, Estonia, Lituania), y más aún los que utilizan fórmulas codificadas específicamente, por ejemplo: Croacia («la independencia, la unidad y la integridad territorial»), Rumania («la soberanía, la integridad o la independencia»), Bulgaria («la soberanía, la integridad territorial del país y la unidad de la nación»), Georgia («la independencia, la integridad territorial del país ...»), Brasil («soberanía nacional»), Turquía («la integridad e indivisibilidad del territorio y la nación»), etc. Además de, como se acaba de decir, a nivel sub-constitucional, la ley orgánica española.

Algunos países constitucionalizan sólo los límites a la asociación política que socava la integridad del ordenamiento: como una barrera general, la Constitución de la India, ha establecido en el art. 19 (a) («Protection of certain rights regarding freedom of speech,

---

<sup>53</sup> En base a la ley orgánica, el Tribunal Supremo dispuso el cese de la actividad y la disolución del grupo independentista vasco Herri Batasuna. Posteriormente, en 2003 otro pronunciamiento afectó al grupo parlamentario socialista Eusko Aberzaleak-Nacionalistas Vascos, y a continuación, los grupos de Euskal Herritarrok y Batasuna. Sobre el tema, y el debate que ha suscitado en la doctrina y la política española cfr. M. IGLESIAS BÁREZ, *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2008.

<sup>54</sup> V. para Italia la nota 33; para los Estados Unidos, el paralelismo se hace evidente en *Dennis vs United States*, 341 EE.UU. 494 (1951), donde la condena de once miembros del Partido Comunista se deduce del principio por el cual se considera ilegal organizar un grupo que persigue los objetivos que la ley considera ilegal para los individuos. Así como en *Yates vs United States*, 354 EE.UU. 298 (1957), y la jurisprudencia posterior.

etc.») que «(1) All citizens shall have the right (...) (c) to form associations or unions», specifica *sub* (4) que «Nothing in sub-clause (c) of the said clause shall affect the operation of any existing law in so far as it imposes, or prevent the State from making any law imposing, in the interests of the sovereignty and integrity».

Una orientación reciente es aquella que extiende la protección de la democracia a contenidos específicos, esto es, perseguir no solo, a las asociaciones políticas que amenazan indeterminadamente la ideología “democrática” tradicional (comunistas, fascistas) o formaciones que luchan por la secesión de una parte del territorio, sino también a las que amenazan otros principios considerados básicos (que, en otras palabras, constituyen el llamado núcleo duro), debidamente enumerados: el principio de la comprensión entre los pueblos (enunciado por art 9, c. 2 GG), el pluralismo político y los principios del Estado de Derecho (Rumania), la incitación al odio racial, nacional, étnico o religioso (Bulgaria, Macedonia), los derechos y libertades de los otros individuos (Bulgaria, pero se puede ver de manera similar en Alemania); el pluralismo y los derechos fundamentales de la persona humana (Brasil); Georgia prohíbe a los partidos promover la propaganda de la guerra, la violencia, o provocar el odio nacional, regional o social, y en España, los que realizan actividades que puedan constituir una amenaza a los principios democráticos y los derechos humanos, o que apoyen de manera tácita el terrorismo<sup>55</sup>.

En Turquía, la Constitución prevé en el art. 68, varios límites a la actividad de los partidos, cuyos: «estatutos y programas, e incluso sus actividades (...) no tendrían que poner en riesgo la independencia del Estado, su integridad indivisible con territorio, nación, derechos humanos, los principios de igualdad y Estado de derecho, soberanía de la nación, República democrática y secular; no tendrían que aspirar a proteger o establecer una dictadura de cualquier tipo por parte de una clase o grupo, y tampoco incitar a los ciudadanos a delinquir»<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Una decisión del Tribunal administrativo federal alemán del 2002 ha convalidado la disolución de la asociación religiosa *Kalifatsstaat* porque vulneró los principios y derechos fundamentales propios de los ordenamientos democráticos, entre los que se encuentra la dignidad humana: tal asociación, formada por inmigrantes turcos, tenía un programa de lucha contra los principios de la democracia liberal y proponía la instauración en Turquía de un régimen fundado sobre la ley del Corán. A principios de 2003, fue prohibida la constitución de la organización islámica Hizb ut-Tahrir, que negaba el derecho a existir del Estado de Israel. Cfr. G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 128.

<sup>56</sup> El art. 69, c. 2 agrega que «The activities, internal regulations and operation of political parties shall be in line with democratic principles. The application of these principles is regulated by law».

También la nueva Constitución de Marruecos – de cuya “democraticidad” algunos dudan<sup>57</sup> – enumera en su art. 7 una serie de límites: «Los partidos no pueden fundarse sobre una base religiosa, lingüística, étnica o racial, o, de un modo general, sobre cualquier otra base discriminatoria o contraria a los derechos humanos». Por otra parte, «No pueden tener como objetivo atentar contra la religión musulmana, al régimen monárquico, los principios constitucionales, los fundamentos democráticos o a la unidad nacional y la integridad del territorio del Reino». Por último, para evitar erradas interpretaciones, concluye que: «La organización y funcionamiento de los partidos políticos deben ser conformes con los principios democráticos».

Un caso aparte –en este contexto– está representado por la protección en contra de la confesionalidad, como en México, donde el art. 130, letra e), después de señalar específicas prohibiciones para los ministros de culto<sup>58</sup>, establece que «Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político». La cláusula de la laicidad es particularmente sensible en el ordenamiento turco. En cuanto al tema de la laicidad, parece más no poco contradictoria la Constitución marroquí, que por un lado pone el límite del laicismo (en el sentido de que los partidos no pueden tener una base religiosa), pero al mismo tiempo prohíbe a aquellos que «atenten contra la religión musulmana».

c) Desde la perspectiva de la identificación de determinadas formaciones políticas y la direccionalidad de la protección, razones históricas contribuyen a diferenciar las democracias protegidas, en función de si la protección ideológica es unilateral o bilateral: algunos, como Alemania y otros países mencionados anteriormente, preven barreras para todas las formaciones que amenazan los valores consagrados en la Constitución<sup>59</sup>, existen también aquellos que mencionan explícitamente las ideologías que persiguen: la Constitución de Polonia prohíbe «las asociaciones cuyos fines o

<sup>57</sup> V. C. RUIZ MIGUEL, *La “Constitución” marroquí de 2011*, Dykinson, Madrid, 2012.

<sup>58</sup> «Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios».

<sup>59</sup> Obviamente, en base a la normativa abstracta luego se toman decisiones concretas: así por ejemplo, en los años 50, el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania declaró inconstitucional y ordenó la disolución tanto del partido neo-nazi, como del Partido Comunista. A partir de entonces, tales partidos, han sido después refundados.

TEMAS SELECTOS DE DERECHO PÚBLICO CONTEMPORÁNEO

actividades sean contrarios a la Constitución o la ley», y encarga a los tribunales autorizar el registro de tales grupos o prohibir su actividad<sup>60</sup>, mientras compete a la Corte Constitucional pronunciarse sobre la constitucionalidad de los propósitos o actividades de los partidos políticos<sup>61</sup>. El art. 13, por otro lado, precisa en modo mucho más detallado –pero sin identificar partidos específicos– que (en la versión en Inglés del texto) «Political parties and other organizations whose programmes are based upon totalitarian methods and the modes of activity of nazism, fascism and communism, as well as those whose programmes or activities sanction racial or national hatred, the application of violence for the purpose of obtaining power or to influence the State policy, or provide for the secrecy of their own structure or membership, shall be prohibited»<sup>62</sup>.

A estos modelos se oponen no sólo a los ordenamientos que no ponen límites (y en este caso estamos en la clase de las democracias “puras”), sino también aquellos que tutelan, por razones históricas, solo en contra de un enemigo concreto, considerado más peligroso. Esto es lo que ocurre a nivel constitucional en Italia, como hemos visto, pero también sucede en Irak, donde es ilegal el partido Bath de Saddam Hussein. A nivel legislativo, en los años 50 se han aprobado *statutes* estadounidenses para identificar varios tipos de formaciones comunistas.

Otros elementos podrían ser considerados esenciales a fines clasificatorios.

a) Por ejemplo, resulta de gran interés analizar las garantías aseguradas por cada ordenamiento a los partidos sometidos a procedimientos de disolución, en la perspectiva de la atribución a los Tribunales Constitucionales de un mayor número de funciones, respecto de las originarias<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Art. 58 Constitución de Polonia.

<sup>61</sup> Art. 188, c. 4, Constitución de Polonia.

<sup>62</sup> La disciplina polaca es –por comprensibles razones históricas – particularmente restrictiva: También las reglas generales para las asociaciones ponen graves limitaciones: después de afirmar que «The freedom of association shall be guaranteed to everyone», el art. 21 expresa que: «(1) Associations whose purposes or activities are contrary to the Constitution or statutes shall be prohibited. The courts shall adjudicate whether to permit an association to register or to prohibit an association from such activities. (2) Statutes shall specify types of associations requiring court registration, a procedure for such registration and the forms of supervision of such associations».

<sup>63</sup> V. Para un amplio cuadro comparado, S. BALDIN, *Le “altre funzioni” delle Corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell’Europa centro-orientale*, Trieste, 2000; G.F. FERRARI, *Le forme di controllo di costituzionalità “anomale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, p. 351 ss.; L. PEGORARO, *La*

En los ordenamientos “protegidos” contra la actividad de partidos o asociaciones anticonstitucionales, es frecuente que las decisiones sobre la naturaleza de los mismos, e incluso, en algún caso, la imposición de las respectivas sanciones, sean confiadas a los Tribunales Constitucionales, considerados más idóneos que otros poderes para imponer una decisión imparcial: la disposición más conocida –debido a su aplicación– es la contenida en la *Grundgesetz* alemana (art. 21, c. 2); sobre el modelo de tal texto otras constituciones lo han dispuesto de un modo análogo, así en: Portugal, Bulgaria, Rumania, Croacia, Eslovenia, Repúblicas Checa y eslovaca, Georgia, Albania, Polonia, Chile, Corea...<sup>64</sup>.

Sin embargo, aun cuando la tarea sea encomendada a otros órganos del Estado, el Poder Judicial siempre interviene, bien para decidir por sí mismos, para autorizar las decisiones del Ejecutivo, o para convalidarlas. La neutralidad de la decisión, por tanto, está siempre garantizada.

b) En lo referido a los sujetos pasivos de la protección/represión, pueden haber disciplinas diferenciadas (en diferente medida) para los ciudadanos y los extranjeros, incluso en lo que respecta a la libertad asociativa y política. No creo, sin embargo, que este factor –a pesar de que se haberlo tenido en cuenta– se encuentre, en sentido estricto, reflejado en la definición de democracia protegida, o de sus graduaciones, sino más bien en un presupuesto básico de la democracia post-liberal (la igualdad). Incide, en otras palabras, a elementos diversos de la ideología y su represión, y en cambio se basa en el concepto de pertenencia según un determinado *status*<sup>65</sup>.

c) También, el factor temporal, como se ha dicho al principio, incide sobre las clasificaciones: ya que una cosa es la suspensión de los derechos (o parte de ellos) en el Londres bombardeado por los V2 alemanes<sup>66</sup>, y otra es poner una excusa de cualquier

---

*Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 155; Id., *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 190.

<sup>64</sup> Vid. art. 225.2, letra e), de la Const. de Portugal; 149.1, n° 5, Const. de Bulgaria; 144.1, letra i), Const. de Rumania; 125.1, punto 6°, Const. de Croacia; 160.1, punto 10°, Const. Eslovena; 87.1, letra j), Const. República Checa; 129.4, Const. República Eslovaca; 89.1, letra c), Const. Georgia; 131.1, letra e), Const. de Albania; 188.1, n° 4, Const. de Polonia; 82.1, n° 7, Const. de Chile; 111.1, n° 3, Const. de Corea.

<sup>65</sup> Así por ejemplo, un ordenamiento podría asegurar a todos los ciudadanos considerados como tales (pero excluyendo a las mujeres, a los negros, etc.) la máxima libertad ideológica y de asociación a partidos: v. *supra*, § 3.

<sup>66</sup> Donde, sin embargo, como nos recuerda PETER LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, en la colección *Diritto pubblico comparato – Gli ordinamenti costituzionali*, Giappichelli, Torino, p. 29 s., en la sentencia *Liversidge v. Anderson* [1942] AC 206, Lord Atkin afirma que: «en nuestro país, en

presunto riesgo para la seguridad, para limitarlos o anularlos, por períodos indefinidos o repetidamente prorrogados. Aunque esto resulte significativo para definir un ordenamiento como más o menos “democrático”, e incluso para calificar una democracia como “protegida” o “pura”, así como para graduar la intensidad de la protección, de hecho, se refiere más a la naturaleza del ordenamiento jurídico – democrático o no – que a su propia calificación.

## 7. Conclusiones

Según como se mire el fenómeno de la tutela ideológica o de su represión, acentuando por tanto éste o aquel elemento, la democracia aparece dispuesta en escalas que permiten (unidamente a otros elementos, como la naturaleza de los derechos, su protección, su efectividad, su extensión subjetiva, el uso no fisiológico de la suspensión, etc.) graduar su intensidad. Así, utilizando el parámetro protección/no protección, se puede medir la intensidad de la misma, utilizando los criterios arriba indicados (la elección estratégica representada por el tipo de fuente, el bien tutelado, la direccionalidad ...). Queda siempre imprejuzgada la question de fondo, formulada al inicio: ¿hasta dónde, y por cuánto tiempo, una democracia puede presionar las medidas protectivas y represivas de los derechos, para poder considerarse como tal?

Desde el punto de vista sustancial, es posible que la respuesta se encuentre en los principios enunciados en estas dos sentencias (además de aquella citada en la nota 69): la primera decisión es *Public Comité Against Torture v. Israel*<sup>67</sup>. En este caso el Presidente de la *High Court of Justice* israelí A. Barak, a pesar de que desestimó la *petition* que fue presentada denunciando la utilización de la tortura durante los interrogatorios efectuados por el *General Security Service* (GSS), advirtió que, en cualquier caso, «una democracia, en ocasiones, debe saber combatir con un brazo pegado detrás de la espalda»<sup>68</sup>. En la segunda decisión, del 16 de Diciembre del 2004, la

---

medio del fragor de las armas, las leyes no callan. Pueden ser cambiadas, pero las leyes hablarán la misma lengua tanto en la guerra como en la paz. Uno de los principios de la libertad por el que estamos combatiendo ahora y siempre ha sido aquél conforme al cual los jueces (...) se colocan entre los ciudadanos y cualquier supuesta limitación a su libertad por parte del ejecutivo». La defensa de la libertad por parte de Lord Atkin se encuentra en un voto particular, mientras la Cámara de los Lores respalda la decisión del Ministro de detener a un extranjero sin motivo alguno.

<sup>67</sup> HCJ 5100/94 del 26 de Mayo de 1999.

<sup>68</sup> También véase A. BARAK, *A judge on judging – The role of a Supreme Court in a Democracy*, en *Harvard Law Review*, Noviembre, 2002, donde el Presidente de la Corte suprema israelí subraya cuáles son las funciones que las Cortes deben desarrollar: «We, the judges in modern democracies, are

Cámara de los Lores declara inválida la encarcelación indefinida acordada hacia algunos extranjeros sospechosos, y escribe<sup>69</sup>: «la verdadera amenaza contra la vida y la seguridad de la nación no proviene del terrorismo sino de leyes como ésta. La cual ofrece la medida concreta de lo que puede obtener el terrorismo. Es competencia del Parlamento establecer si concede esta victoria a los terroristas»<sup>70</sup>.

El problema es, por tanto, principalmente semántico, y en cuanto tal varía con el variar de la percepción del término forjado por el uso y los cambios del uso. Y – también a nivel doctrinal – corresponde a la dialéctica pluralista y “democrática” perfeccionar los instrumentos para denunciar los abusos<sup>71</sup>.

---

responsible for protecting democracy both from terrorism and from the means the state wants to use to fight terrorism».

<sup>69</sup> En *A (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department*, (2004) UKHK 56.

<sup>70</sup> V. En el sentido indicado A. SAJÓ, *The Self-Protecting Constitutional State*, en *East European Constitutional Review*, vol. 12, n. 2-3, 2003, p. 78 ss., segun el cual la protección de la democracia puede ser aceptada solo si no son violados los principios del Estado de derecho constitucional.

<sup>71</sup> Sobre la dificultad de formular una definición de «democracia imperfecta» v. G.G. FLORIDIA, *Le “democrazie imperfette”. Un approccio definitorio in prospettiva storica*, in A. DI GIOVINE, S. SICARDI, *Democrazie imperfette*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 83 ss. *Ivi*, p. 113 ss., v. también M. VOLPI, *La diffusione della democrazia e i suoi limiti*.