

# Democracias Frágiles

Samuel Issacharoff\*

Alrededor del mundo, los regímenes democráticos se encuentran rodeados por grupos antidemocráticos que buscan usar la arena electoral como una forma de propaganda para sus causas y, a la vez, para reclutar a sus seguidores. A modo de respuesta, prácticamente todos los países democráticos restringen la participación de grupos o partidos políticos que se consideran situados más allá de conductas o puntos de vista tolerables. La proscripción de ciertos enfoques genera serios problemas para las teorías políticas liberales, en las que la legitimación se obtiene por el consentimiento democrático de los gobernados. En lo esencial, todas las definiciones de democracia descansan en definitiva en la primacía de la opción electoral, y en la legitimación presunta que la mayoría tiene para gobernar. La remoción de ciertas ideas políticas de la arena electoral limita las opciones permitidas a la ciudadanía, y por eso conduce a cuestionar la legitimidad de toda la empresa democrática.

Este artículo indaga bajo qué circunstancias un gobierno democrático podría actuar —o, tal vez, debería actuar— para asegurar que su aparato estatal no sea capturado por completo por formas de intolerancia socialmente destructivas. El problema de la intolerancia social adquiere un significado especial en sociedades profundamente fracturadas, en las cuales la arena electoral puede servir como un frente paralelo o aun secundario para las movilizaciones extraparlamentarias. Este tipo de sociedades democráticas no están indefensas para hacer frente a la amenaza de un ataque desde adentro. A nivel descriptivo, el primer método consiste en la prohibición de participaciones extremistas en la arena política, una práctica que existe con sorprendente regularidad en una amplia gama de sistemas democráticos. Aparentemente, desde el uso de la arena electoral como trampolín para alcanzar el poder por parte de las movilizaciones fascistas en Alemania y en Italia, el mundo ha aprendido algo.

La preocupación principal de este artículo gira en torno a las consideraciones institucionales que gobiernan o deberían gobernar las restricciones a la participación política. Presta particular atención al modo en que éstas fueron analizadas por los tribunales, a través de la revisión de fallos en varios países, incluyendo Alemania, India, Israel, Turquía, Ucrania y los Estados Unidos. Asimismo, este artículo distingue entre tipos de partidos que deben ser proscritos o impedidos, prestándole especial atención a aquellos partidos

---

\* *Reiss Professor* de Derecho Constitucional, *New York University School of Law*. Secciones sustanciales de este artículo fueron originalmente preparadas como parte de las *Rosenthal Lectures* brindadas en la Escuela de Derecho de *Northwestern University*. Publicado en inglés como "Fragile Democracies", 120 *Harv. L. Rev.* 1405 (2007). Traducción al español de María Eugenia Artabe, publicada bajo permiso del autor. Este artículo tiene una ventaja sobre presentaciones anteriores en la *Tel Aviv University* y la *Hebrew University*, como así también sobre una exposición posterior en el Coloquio en Filosofía Social, Legal y Política de *NYU*, y en las Escuelas de Derecho de *Harvard* y la *Universidad de Chicago*. He recibido comentarios particularmente útiles de Cynthia Estlund, Noah Feldman, Moshe Halbertal, Ron Harris, Rick Hills, Barak Medina, Richard Pildes, Catherine Sharkey, Jeremy Waldron, y el Juez Aharon Barak. Las opiniones expresadas, por supuesto, deben atribuirse sólo a mí. Estoy también agradecido por la ayuda y la asistencia en la investigación de Camden Hutchison, Teddy Rave, Ian Samuel y Josh Wilkenfeld.

antidemocráticos de masas con pretensiones electorales serias. Otras clasificaciones dependerán de los tipos de prohibiciones utilizados, desde el uso de sanciones criminales en los Estados Unidos, pasando por las prohibiciones de partidos en la mayoría de los países europeos, hasta las restricciones en los discursos y conductas electorales en la India. En definitiva, el argumento es que las sociedades democráticas deben contar con armas de auto-preservación, pero que estas protecciones institucionales fuertes deben estar ya vigentes al momento en que se piensa emplearlas.

## Introducción

La controversia suscitada en el año 2006 alrededor de las caricaturas danesas burlándose del Islam ilumina un problema que podría denominarse intolerancia democrática;<sup>1</sup> esto es, la intolerancia que los gobiernos democráticos exhiben hacia actores antidemocráticos, con el fin de preservar el carácter fundamentalmente democrático del gobierno. A pesar de que las maniobras y maquinaciones políticas que rodearon la protesta fueron sin duda multifacéticas, el núcleo central de la controversia recayó en las demandas fundamentalistas islámicas que buscaban que Dinamarca fuera condenada por su omisión de censurar la publicación de una serie de caricaturas percibidas como ataques blasfémicos contra el profeta Mahoma.<sup>2</sup> Al comentar la publicación de estas caricaturas, el profesor Ronald Dworkin afirmó provocativamente que existe un derecho a insultar; al hacerlo, construyó un argumento moral e instrumental que exige que las minorías débiles o impopulares toleren insultos sociales como condición para reclamarles a las mayorías una legislación que los proteja contra actos discriminatorios: “Si esperamos que los fanáticos intolerantes acepten el veredicto de la mayoría una vez que ésta se haya pronunciado, entonces debemos permitir que primero expresen su fanatismo en el proceso cuyo veredicto reclamamos que acepten”.<sup>3</sup>

La idea del profesor Dworkin de que existen límites a los reclamos de los intolerantes —en este caso, los musulmanes que protestaban— en una sociedad tolerante encuentra eco en principios básicos de la democracia liberal. Para John Rawls, por ejemplo, “el derecho de una persona a quejarse está limitado a las violaciones de principio que él mismo reconoce. Una queja es una protesta dirigida a otro de buena fe.”<sup>4</sup> El intolerante puede quejarse por el insulto que siente y por las normas civiles que deberían ser honradas, pero, para Dworkin, no puede admitirse que el miedo al insulto “justifique la censura oficial.”<sup>5</sup> La resistencia a la censura forma parte necesaria de la tarea de asegurar las libertades civiles que robustecen los intercambios políticos y hacen posible las políticas democráticas.

---

1. El término está laxamente adaptado a partir de una contribución significativa a este debate, Gregory H. Fox & Georg Nolte, “Intolerant Democracies”, 36 HARV. INT’L L.J. 1 (1995).

2. Véase, por ejemplo, “Protesters Burn Consulate over Cartoons”, CNN.COM, Feb. 5, 2006, <http://www.cnn.com/2006/WORLD/asiapcf/02/05/cartoon.protests/index.html> (detalla la denegación por parte del Ministros de Asuntos Exteriores de Dinamarca de cualquier tipo de responsabilidad oficial por la publicación de las caricaturas).

3. Ronald Dworkin, “The Right to Ridicule”, N.Y. REV. BOOKS, Mar. 23, 2006, página 44.

4. John Rawls, *Teoría de la Justicia* (Fondo de Cultura Económica, México, 1979), página 251.

5. Dworkin, *supra* nota 3.

En el fondo, el argumento del profesor Dworkin es un llamado apasionado a las democracias para que hagan frente a las demandas de grupos intolerantes que pretenden que los gobiernos usen su autoridad para silenciar el discurso ofensivo. Si se plantea como una cuestión sobre si los regímenes democráticos deben alistar su arsenal coactivo para suprimir el discurso impopular, discordante, o simplemente vehemente, la respuesta vinculada con las libertades civiles parece ineludible. Si un Estado democrático liberal — en este caso Dinamarca— decide rechazar el empleo por parte suya de la censura, también debería resistir el uso de recursos dirigidos a tales fines en nombre de otros. En términos simples, los gobiernos democráticamente tolerantes no deben sucumbir a las demandas de censura provenientes de fuerzas intolerantes.

La pregunta de este artículo es una variante del mismo tema, cuestionando si los gobiernos democráticos tienen una obligación similar de prevenir el uso de la arena electoral como una plataforma para formas de intolerancia religiosa, o cualquier otra forma de destrucción social por vía de la intolerancia. En otras palabras, ¿pueden las democracias actuar no sólo para evitar que la autoridad estatal sea enlistada en la causa de la intolerancia, sino también para asegurar bajo ciertas circunstancias que su aparato estatal no sea capturado con ese objetivo?

Para los fines de este estudio, imaginemos que los esfuerzos islámicos por suprimir la libertad de expresión en Dinamarca tomaran una forma diferente de las protestas callejeras y la quema de banderas danesas en varios lugares alrededor del mundo. Supongamos, en cambio, que la protesta tomara la forma de la creación de un partido político que busca competir con el objetivo de imponer códigos de expresión y otras formas de legislación represiva, intentando cortar de raíz todo tipo de blasfemia en la sociedad danesa (unas blasfemias que, seguramente, son numerosas). E imaginemos, yendo más allá, que Dinamarca responde utilizando la autoridad estatal para condicionar los términos de la participación política, de forma tal que las elecciones no puedan convertirse en una plataforma que posibilite un asalto contra su sociedad democrática liberal.

Esto no es sólo una mera pregunta abstracta. El último asalto de Hitler al poder tuvo lugar dentro de los confines del proceso democrático de Weimar. Joseph Goebbels remarcó, burlándose, que “esto será por siempre una de las mejores bromas de la democracia; le dio a sus enemigos mortales los medios por los cuales fue destruida”.<sup>6</sup> Tampoco fue el nazismo la última fuerza antidemocrática en poner en jaque desde dentro los confines internos del proceso electoral.<sup>7</sup> La habilidad de los grupos extremistas para abrirse espacio entre las grietas del orden democrático liberal ha constituido lo que se denominó como

---

6. Fox & Nolte, nota 1, página 1 (citando a Karl Dietrich Bracher et al., *Introduction to Nationalsozialistische Diktatur* (Karl Dietrich Bracher et al. eds., 1983), página 16).

7. Para un análisis sobre la captura de una justificación electoral mayoritaria a través de fuerzas antidemocráticas en Argelia, véase *id.*, páginas 6–9. Argelia fue testigo de la toma de poder por parte de militares para impedir que un partido islámico elegido asumiera y llevara a cabo su programa para dismantelar la democracia multipartidaria. Una variante interesante reciente puede encontrarse en la curiosa carta que el presidente de Irán Mahmoud Ahmadinejad —elegido en elecciones aparentemente legítimas— le dirigió al presidente George W. Bush, sosteniendo que los últimos desarrollos de la política exterior de los Estados Unidos para el Medio Oriente y otros lugares habían mostrado el fracaso definitivo del “liberalismo y la democracia de estilo occidental”. Carta de Mahmoud Ahmadinejad a George W. Bush (Mayo 2006), disponible en [http://news.bbc.co.uk/1/shared/bsp/hi/pdfs/09\\_05\\_06ahmadinejadletter.pdf](http://news.bbc.co.uk/1/shared/bsp/hi/pdfs/09_05_06ahmadinejadletter.pdf).

democracia “militante”<sup>8</sup> o “intolerante”.<sup>9</sup> Es decir, la movilización de instituciones democráticas que buscan resistir su captura por parte de fuerzas antidemocráticas. El objetivo consiste en evitar que las instituciones democráticas sean cooptadas por lo que puede llamarse la “democracia anti-liberal”.<sup>10</sup>

El problema de la intolerancia democrática cobra un sentido especial en “sociedades profundamente fracturadas,”<sup>11</sup> en las que la arena electoral puede servir como un frente paralelo o incluso secundario de movilizaciones extraparlamentarias. Respecto de los actuales conflictos en el Medio Oriente, por ejemplo, el profesor Noah Feldman captura correctamente la inutilidad de suponer que la política democrática constituye el único o principal campo de lucha: “El modelo de organizaciones islámicas que combinan políticas electorales con tácticas paramilitares está transformándose rápidamente en la carta de presentación de la nueva ola de democratización árabe.”<sup>12</sup> Para el profesor Feldman, “el hecho de que Hamas y Hezbollah persigan legitimación democrática desde dentro del estado, al mismo tiempo que emplean la violencia como estrategia, constituye una línea divisoria en la política de Medio Oriente”<sup>13</sup>.

Los sistemas democráticos no son incapaces de responder al peligro de su captura desde adentro. Descriptivamente, el primer método de respuesta consiste en la prohibición de la participación de grupos extremistas en la arena electoral, una práctica que existe con sorprendente regularidad a lo largo de las sociedades democráticas. Algunos países restringen la expresión en la arena electoral, como lo ha hecho India con la prohibición de toda campaña que apele a la intolerancia religiosa o enemistad étnica.<sup>14</sup> Otros países prohíben la formación de partidos hostiles a la democracia, como Alemania, que prohibió cualquier sucesor en términos ideológicos de los partidos Nazi o Comunista, y más recientemente un movimiento fundamentalista islámico, el *Califate State*.<sup>15</sup> Otros imponen restricciones a las plataformas que los partidos políticos pueden sostener, como el caso de Turquía, que exige fidelidad a los principios de la democracia secular como condición de elegibilidad para cargos políticos.<sup>16</sup> De manera similar, Israel, a través de su Ley Básica, excluye de la arena electoral a cualquier partido que rechace el carácter democrático y judío del Estado, como así también a cualquier otro partido cuya plataforma sea considerada como una incitación al racismo.<sup>17</sup> Otros países prohíben específicamente ciertos partidos,

---

8. Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights” (pts. 1 & 2), 31 AM. POL. SCI. REV. 417, 638 (1937).

9. Fox & Nolte, nota 1, página 6.

10. Fareed Zakaria, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad* (2003), página 17.

11. Samuel Issacharoff, “Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies”, 82 TEX. L. REV. 1861, 1863 (2004) (en el que se describe a sociedades atravesadas por divisiones religiosas o étnicas, en las que las alineaciones políticas son en buena medida el reflejo de alianzas pre-políticas basadas en lazos comunitarios de algún tipo).

12. Noah Feldman, “Ballots and Bullet”, N.Y. TIMES, July 30, 2006, § 6 (Revista), página 9.

13. *Id.*

14. Véase *infra* texto principal que acompaña las notas 156-164.

15. Véase Peter Niesen, “Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties” (pts. 1 & 2), 3 GERMAN L.J. No. 7, ¶¶ 4, 8, 46 (2002), <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=164>.

16. Véase *infra* texto principal que acompaña las notas 156-164.

17. Véase “Basic Law: The Knesset” § 7A, publicado en *Israel's Written Constitution* (5th ed. 2006).

como se dio en varias de las ex Repúblicas Soviéticas, que eliminaron la posibilidad de que sus partidos comunistas locales compitan por cargos electorales.<sup>18</sup> Los Estados Unidos han tomado medidas similares.<sup>19</sup> Finalmente, algunos países prohíben partidos que son considerados como posibles frentes para el terrorismo o grupos paramilitares. Así, España ha prohibido recientemente que Batasuna, un partido político que se identifica con los objetivos de los vascos separatistas insurgentes del ETA, participe en las elecciones para el Parlamento español o europeo.<sup>20</sup>

La lista de tipos de restricciones puede continuar, y su abanico se ha expandido luego del atentado del 11 de septiembre, y como consecuencia de la presión de la militancia islámica.<sup>21</sup> La clave, sin embargo, no es el carácter extendido de la restricción, sino su fundamento. Todas estas sociedades reconocen que la arena electoral no es simplemente un foro para registrar preferencias, sino un espacio de poder para movilizar fuerzas políticas. Las elecciones sirven para aumentar la habilidad de las fuerzas políticas para diseminar sus opiniones. Asimismo, proveen un medio natural para que sus militantes eleven sus pasiones y promuevan la agitación social. De hecho, si resultan electos como legisladores, los extremistas gozarán de inmunidades parlamentarias para incitar desde el ejercicio de sus funciones. Bajo la mayoría de las legislaciones, pueden obtener fondos oficiales para la propaganda electoral. Y, como sucedió con el ascenso fascista en Europa, los partidos extremistas podrán usar sus cargos para minar cualquier intento de gobernabilidad, desestabilizar el Estado, y proyectarse como los sucesores de una democracia fallida.

Cualesquiera sean las dificultades inherentes al uso del poder estatal para imponer códigos para el intercambio democrático, los problemas se harán presentes con especial relevancia en la arena electoral. Aparentemente, el mundo ha aprendido algo sobre el uso de esa arena a modo de catapulta, utilizada por las movilizaciones fascistas para tomar el poder en Alemania e Italia. Tal vez de igual modo, el mundo ha aprendido que apelar a la intolerancia étnica en países como la India, aun cuando se lo haga desde el proceso democrático, puede conducir casi invariablemente a la violencia étnica, en donde la retórica electoral se convierte en la fachada desde la que las fuerzas antidemocráticas convocan a sus fieles. En cierto nivel, todos estos países comparten la intuición de que las elecciones democráticas requieren, como precondition del derecho a la participación, un compromiso con la preservación del proceso democrático.<sup>22</sup>

---

18. Véase *infra* texto principal que acompaña las notas 101-106.

19. Véase *infra* texto principal que acompaña las notas 41-48.

20. Véase Víctor Ferreres Comella, "The New Regulation of Political Parties in Spain, and the Decision to Outlaw Batasuna", en *Militant Democracy* (Andrés Sajó ed., 2004) páginas 133-34.

21. Véase Patrick Macklem, "Militant Democracy, Legal Pluralism, and the Paradox of Self-Determination", 4 INT'L J. CONST. L. 488, 493-94 (2006) (da ejemplos de limitaciones recientes a la formación de partidos políticos).

22. Un ejemplo interesante es el argumento del juez de la corte israelí Aharon Barak, según el cual restringir la capacidad de un partido para presentarse en elecciones es más sospechoso que proscribir directamente la existencia del partido, desde que lo último es más entendible como una medida de protección estatal. PCA 7504/95, 7793/95 *Yassin & Rochley v. Registrar of the Political Parties & Yemin Israel* [1996] IsrSC 50(2) 45, 66-67. Volveré sobre este punto más adelante.

Al mismo tiempo, limitar el alcance de la deliberación democrática conduce necesariamente a preguntarnos acerca de la legitimación del proceso político. En esencia, todas las definiciones de democracia descansan fundamentalmente en la primacía de la opción electoral y en la legitimación presunta que la mayoría tiene para gobernar. Por supuesto que es cierto que esta definición estrecha de democracia no puede sostenerse sola, pues todos los sistemas electorales deben estar respaldados por un conjunto de leyes, instituciones, y definiciones sobre la elegibilidad ciudadana que sirvan como precondiciones para el ejercicio de cualquier elección popular significativa.<sup>23</sup> Más aun, todas las democracias de la era moderna tienen ataduras constitucionales que restringen, a través de límites sustantivos y procedimentales, lo que la mayoría puede decidir en cualquier momento determinado. Sin embargo, surge un conjunto particular de problemas cuando una sociedad decide que ciertos puntos de vista no pueden encontrar canales de expresión en la arena política, y no deberían ser considerados como contendientes en las disputas electorales.

En un nivel más teórico, la necesidad de estas restricciones a la participación democrática es reconocida, aunque de manera incómoda, incluso por el corazón de la teoría liberal. Volviendo a Rawls, uno encuentra en su obra un reconocimiento básico de que restringir las libertades de los grupos intolerantes se justifica cuando las libertades de la sociedad como un todo están en riesgo: “los ciudadanos justos deberían hacer lo posible para proteger la constitución con todas sus libertades iguales, en tanto la libertad en sí misma y su propia libertad no estén en peligro.”<sup>24</sup> Bajo condiciones “severas”, en donde existan “riesgos considerables para nuestros intereses legítimos,” las restricciones a los intolerantes pueden ser necesarias, incluso cuando no nos gusten.<sup>25</sup> Existe la esperanza de que, en una sociedad estable y ordenada, esto no sea necesario a menudo, porque “la libertad de los intolerantes puede persuadirlos a una creencia en la libertad.”<sup>26</sup> Pero cuando los beneficios prácticos y teóricos de la tolerancia democrática fallan, las sociedades se encontrarán en “un dilema práctico que la filosofía por sí sola no puede resolver.”<sup>27</sup>

La teoría política liberal se sustenta en general en dos argumentos que, a pesar de ser importantes, son insuficientes. El primero es el entendimiento tradicional de que la mejor solución frente al discurso malo es más expresión. El centro de la teoría tradicional sobre la libertad de expresión,<sup>28</sup> que llegó a la legislación estadounidense a través de las famosas opiniones de los Jueces Holmes y Brandeis, es que la verdad prevalecerá en el libre mercado de las ideas.<sup>29</sup> Desde esta óptica, la supresión del discurso no sólo es ineficaz, sino probablemente contraproducente. Sólo una amenaza tremendamente inmediata justifica la

---

23. Véase en general Samuel Issacharoff, Pamela S. Karlan & Richard H. Pildes, *The Law of Democracy* (2d ed. 2001).

24. Rawls, nota 4, página 253.

25. *Id.* páginas 253.

26. *Id.* página 253.

27. *Id.* página 254.

28. El enfoque clásico se encuentra en Alexander Meiklejohn, *Free speech and its relation to self-government* (1948).

29. Véase *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 374–77 (1927) (Brandeis, J., voto concurrente); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 627, 630 (1919) (Holmes, J., en disidencia).

supresión: “Si hay tiempo para exponer, a través de la discusión, la falsedad y las falacias, y de alejar el mal mediante un proceso de educación, el remedio que debe ser aplicado es más expresión, no la imposición del silencio.”<sup>30</sup> El segundo argumento se basa en el fatalismo de que, en definitiva, mucho no puede hacerse para proteger al pueblo de su caída si éste es su destino elegido. Este fatalismo no sólo se encuentra en la opinión del juez Holmes, para quien la invocación judicial de la Constitución no puede impedir la voluntad de la sociedad de sucumbir,<sup>31</sup> sino también un argumento más amplio sostenido por los Padres Fundadores, según el cual el control de las estructuras básicas de la democracia debía ser dejada al pueblo mismo. En este sentido, Alexander Hamilton proclamó vigorosamente que “un principio fundamental del gobierno republicano” debe reservar al pueblo el derecho de “alterar o abolir la constitución establecida cuando la consideren inconsistente con su felicidad.”<sup>32</sup>

Incluso sin indagar en profundidad en el universo de la teoría legal, ha de notarse que el riesgo que generan los grupos de personas intolerantes no ha sido una preocupación para la teoría liberal reciente. Los principios de la teoría liberal contemporánea, en gran medida, están determinados por la relación del individuo con el Estado: primero, a través de defensas basadas en los derechos que los individuos pueden invocar contra la autoridad estatal;<sup>33</sup> y segundo, por los reclamos de justicia que los individuos dirigen hacia la sociedad en su conjunto reclamando recompensas justas y un trato digno.<sup>34</sup> Surgen, por supuesto, conflictos cuando los derechos que algunos individuos reclaman pueden imponer cargas sobre otros.<sup>35</sup> Pero estas también son limitaciones en los derechos de los individuos frente al Estado, y generalmente no se formulan como obligaciones del Estado como tal. No es que la cuestión de los términos impuestos de la interacción social sea desconocida para la teoría liberal. El profesor Jeremy Waldron, por ejemplo, encuentra útil enmarcar

30. *Whitney*, 274 U.S. at 377 (Brandeis, J., concurriendo).

31. La expresión clásica se encuentra en la disidencia del juez Holmes en el caso *Gitlow v. New York*, 268 U.S.652 (1925): “Si a largo plazo la creencia en la dictadura del proletariado fuera aceptada por las fuerzas dominantes de la comunidad, el único sentido de la libertad de expresión sería darles una oportunidad para expresarlo.” *Id.* página 673 (Holmes, J., en disidencia). Como el juez Holmes expresó, al afirmar que no es el rol del poder judicial interferir con el parecer popular, “si mis conciudadanos quieren ir al infierno, yo los ayudaré. Es mi trabajo.” “Letter from Oliver Wendell Holmes to Harold J. Laski” (4 de marzo, 1920), en *Holmes-Laski Letters, Volúmen 1* (Mark DeWolfe Howe ed., 1953), página 249.

32. Véase *The Federalist no. 78*, página 468 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961).

33. En la famosa definición del profesor Ronald Dworkin, los derechos son “cartas de triunfo políticas que tienen los individuos”, y esos “individuos pueden poseer derechos en contra del Estado que preexisten al derecho creado en forma explícita legislativamente.” Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977). De hecho, para la mayoría de las teorías, el pensamiento liberal “es una herencia que valora la individualidad.” Jeremy Waldron, *Liberal Rights* vol. 1 (1993). Para un análisis más completo del rol de los derechos como cartas de triunfo en la teoría liberal, véase el intercambio entre Richard H. Pildes, “Dworkin’s Two Conceptions of Rights”, 29 J. LEGAL STUD. 309 (2000), y Jeremy Waldron, “Pildes on Dworkin’s Theory of Rights”, 29 J. LEGAL STUD. 301 (2000).

34. Véase Rawls, *supra* nota 4, páginas 75–83; véase también Frank I. Michelman, “The Supreme Court, 1968 Term—Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment”, 83 HARV. L. REV.7 (1969).

35. Véase, Joseph Raz, *The morality of freedom*, página 203 (1986) (“Es difícil imaginar un argumento exitoso que imponga un deber de proveer un bien colectivo sobre la base de que avanzará los intereses de un individuo.”).

algunos reclamos de derechos fundamentales de dignidad como especies de “bienes públicos”, y concluye en que “no debería existir dificultad en expresarlos como derechos humanos; no habría problema en acomodarlos al idioma de ese discurso en particular.”<sup>36</sup> Simplemente, es en la yuxtaposición entre el Estado y los individuos donde está y ha estado la acción. Además, es claro que el lenguaje de los derechos humanos ha adoptado la visión de un derecho individual a la participación democrática dentro de los valores de la libertad política, colocando —otra vez— al individuo en oposición con el Estado, en términos de valores democráticos.<sup>37</sup>

Existen, por supuesto, áreas en las que los teóricos liberales están ansiosos por que el Estado restrinja las libertades en nombre de grandes principios de integridad democrática. Un ejemplo particularmente importante en los Estados Unidos es el área del financiamiento de las campañas electorales, en el que hay un apoyo general de distintos sectores teóricos liberales en limitar tanto las contribuciones como los gastos. De manera notable, sin embargo, la primera estrategia en esta área consiste necesariamente en negar los derechos en el otro lado de la ecuación, siguiendo de una forma u otra la advertencia del juez Skelly Wright de que el “dinero en sí mismo no es expresión.”<sup>38</sup> Sólo entonces hay una demanda para que el Estado actúe controlando el acceso al proceso político. Es difícil pensar en un mecanismo comparable en el área de la prohibición de la participación en la arena política. Sin importar cuán circunscripta sea nuestra visión sobre la protección de los derechos, no hay un plano más elevado para la protección del discurso que el dominio de la política pura, y la posibilidad de presentar ideas acerca del gobierno de la sociedad, y de abogar por los candidatos comprometidos con esas ideas.<sup>39</sup>

Sin embargo, mi objetivo aquí no es analizar directamente los fundamentos teóricos vinculados con la responsabilidad de mantener la vitalidad del proceso democrático (al menos no inicialmente). En gran parte de mis escritos en este campo, he trazado analogías entre los procesos políticos y los mercados económicos.<sup>40</sup> No parece tan descabellado imaginar que incluso un Estado gendarme tiene la obligación de mantener abierta la competencia política, en el mismo sentido en que debe proteger la integridad de los mercados frente al robo, el fraude o el comportamiento anti-competitivo. Es posible derivar del

---

36. Waldron, *supra* nota 33, página 354. El profesor Waldron sostiene que bienes comunitarios de ese tipo no deben ser expresados en la forma de derechos individuales, pero deja abierta la pregunta respecto de si deben ser expresados como derechos pertenecientes a una sociedad o gobierno.

37. Véase, por ejemplo, Thomas M. Franck, “The Emerging Right to Democratic Governance”, 86 AM. J. INT’L L. 46, 88 (1992) (“Que los Estados no sean agresivos... depende fundamentalmente de su democracia interna.”).

38. J. Skelly Wright, “Politics and the Constitution: Is Money Speech?”, 85 YALE L.J. 1001, 1019 (1976). Ejemplos de argumentos que niegan este derecho al reclamo pueden verse en Owen Fiss, *The irony of free speech*, páginas 5-26 (1996); Cass R. Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, páginas 93-119 (1993); y Ronald Dworkin, “The curse of American politics”, N.Y. REV. BOOKS, Oct. 17, 1996, páginas 19- 23.

39. Véase por ejemplo, Robert H. Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 IND. L.J. 1, páginas 26-28 (1971) (en el que define un limitado núcleo de derechos protegidos por la Enmienda Primera centrados en ideas de auto-gobierno).

40. Véase, por ejemplo, Samuel Issacharoff, “Gerrymandering and Political Cartels”, 116 HARV. L. REV. 593b (2002); Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes, “Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process”, 50 STAN. L. REV. 643 (1998).



principio de la competencia política un rol robusto para el Estado como guardián de la vitalidad del proceso democrático en su conjunto.

Si las elecciones son consideradas como un mercado para la competencia política, y si el Estado sostiene de hecho su confianza pública en la capacidad de los ciudadanos para elegir a sus gobernantes, existe todavía la cuestión crítica acerca de qué clase de restricciones pueden utilizarse para proteger la viabilidad de la competencia democrática, así como qué protecciones sustantivas y procedimentales deben implementarse para neutralizar el mal uso de esas restricciones. Mi preocupación en este artículo, entonces, gira en torno de las consideraciones institucionales que deben o deberían guiar las restricciones a la participación política, con particular atención al modo en que han sido aplicadas por parte de los tribunales judiciales.

Como punto de partida, resultará útil plantear cuatro preguntas que los tribunales y las legislaturas han enfrentado al determinar los parámetros de la participación democrática, desde lo más general hasta lo más específico en términos institucionales:

- (1) ¿Puede el Estado trazar un límite en torno a la participación en el proceso democrático, y excluir a aquellos que queden fuera de ese límite?
- (2) Si esto es así, ¿dónde debe trazarse ese límite? ¿Debe basarse en las posiciones ideológicas de los actores excluidos, o debe en cambio basarse en el peligro inmediato que ellos presentan?
- (3) Si deben hacerse estas determinaciones, ¿existe una obligación de que los límites externos de la participación se determinen legislativamente?
- (4) Si la legislatura define los límites de la participación, ¿debe haber un cuerpo independiente para implementar la exclusión, o para evitar la tentación hacia los arreglos políticos o el ajuste de cuentas?

Para responder estas preguntas, este artículo pone en primer término el foco en la experiencia real de democracias en funcionamiento confrontadas con desafíos antidemocráticos desde dentro. Primero, recorro al estándar del “peligro claro y actual” [*“clear and present danger”*] del derecho estadounidense. El poder retórico de este estándar, junto con la importancia del derecho estadounidense tanto localmente como en el extranjero, obliga a dar cuenta de las limitaciones impuestas por cualquier requisito que exija que la supresión de la actividad electoral sea justificada en bases análogas a las de la persecución penal. La Sección I muestra que la doctrina del derecho constitucional estadounidense surgió en un contexto peculiar, y que no puede ser generalizada para aplicarse en democracias más amenazadas. En la Sección II, examino una variedad de contextos nacionales para identificar tanto los modos en que las democracias han buscado protegerse a sí mismas como las diferentes amenazas que presentan distintos tipos de grupos antidemocráticos. Sorprendentemente, la academia ha prestado poca atención a las distintas formas que han adoptado las restricciones legales a la actividad política, como así también a las amenazas específicas que presentan ciertos grupos que abogan por el separatismo, la insurrección o el dominio clerical. Finalmente, en la Sección III el artículo considera las protecciones sustantivas y procedimentales necesarias para intentar garantizar que la supresión de elementos antidemocráticos no se convierta simplemente en supresión de disensos

políticos. Por último, este artículo concluye que el objetivo de suprimir amenazas a la existencia de democracias asediadas debe ser asegurar un tipo de renovación democrática en el que se preserve la capacidad de la ciudadanía de rechazar a sus gobernantes.

## I. El excepcionalismo estadounidense

El núcleo de este artículo examinará las respuestas de las sociedades democráticas frente a las amenazas de grupos extremistas, e intentará articular principios normativos para evaluar la necesidad de suprimir movilizaciones antidemocráticas. Buena parte de esta discusión puede sonar en contradicción con el núcleo de principios consagrados en la Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos, y por ello es probable que los tribunales estadounidenses no toleren muchas, o tal vez ninguna, de las medidas discutidas y apoyadas más adelante en este artículo. Uno de los puntos de contacto con el sistema legal estadounidense estará dado por el uso del test del peligro claro y actual, originado en el derecho estadounidense, para describir el modo en que las democracias respondieron a un sub-conjunto de las amenazas que enfrentan (como, por ejemplo, el caso de los partidos insurreccionales armados y los grupos militares disidentes). Aun cuando la terminología pueda ser similar, es vital entender los límites de los paralelismos entre las amenazas que enfrenta la democracia en los Estados Unidos y en otros países.

Como una cuestión doctrinaria, el derecho estadounidense que regula la prohibición de que grupos antidemocráticos expongan libremente sus posturas quedó diseñado alrededor del test del peligro claro y actual, tal como fue expuesto en las disidencias y opiniones concurrentes de los jueces Holmes y Brandeis.<sup>41</sup> Este test recibió su formulación más completa en el caso de la Corte Suprema *Brandenburg v. Ohio*.<sup>42</sup> En su opinión *per curiam* en *Brandenburg*, la Corte sostuvo que un estado no podía “prohibir o proscribir la promoción del uso de la fuerza o la violación de la ley, excepto cuando esta proclama estuviera dirigida con el fin de incentivar o producir acciones ilegales inminentes, y fuera probable que ella incitara o produjera esa acción.”<sup>43</sup>

Las célebres opiniones de Holmes y Brandeis sobre la libertad de expresión combinan fuerza retórica con la sensación inevitable de que sus autores no sucumbieron a las pasiones de los tiempos, ciertamente un tributo al rol institucional que el poder judicial debería jugar en tiempos de asaltos de pánico sobre las libertades civiles.

Aunque rechazadas en su tiempo, estas opiniones llegaron a dominar el derecho estadounidense, como reseña cuidadosamente el profesor Geoffrey Stone.<sup>44</sup> Bajo el test *Brandenburg*, existe una fuerte presunción a favor de la libertad de expresión, una presunción que sólo es superada por la inminencia del daño directo:

---

41. Véase *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 374–76 (1927) (Brandeis, J., voto concurrente); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 627, 630 (1919) (Holmes, J., en disidencia).

42. 395 U.S. 444 (1969) (*per curiam*).

43. *Id.* página 447.

44. Véase, por ejemplo., Geoffrey R. Stone, *Perilous times: free speech in wartime*, páginas 395–411(2004) (donde describe la importancia del test del peligro claro y actual en *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)).

“Instruir de manera meramente abstracta... sobre la conveniencia moral o inclusive la necesidad moral de recurrir a la fuerza y violencia, no es lo mismo que preparar a un grupo para acciones violentas y programarlo para esas acciones.” Una ley que no reconozca esta distinción será inevitablemente violatoria de las libertades garantizadas por las Enmiendas Primera y Decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>45</sup>

Las prohibiciones gubernamentales pueden justificarse sólo cuando la probabilidad del daño esté establecida y las prohibiciones estén cuidadosamente diseñadas para hacer frente a la amenaza percibida.

En el camino evolutivo hacia *Brandenburg*, una serie de casos que desafiaban la persecución criminal de miembros del Partido Comunista durante la era McCarthy – permitida por la *Smith Act* – convirtieron las opiniones de Holmes y Brandeis en doctrina vigente. El caso más notable es el *leading case* en *Dennis v. United States*.<sup>46</sup> El estándar del peligro claro y actual, sin perjuicio de si fue aplicado correctamente en *Dennis*, es analizado porque asigna gran valor al discurso en sí mismo, y establece la necesidad de probar la inmediatez del daño antes de que el gobierno pueda actuar. En efecto, *Dennis* desdibujó la distinción entre el tipo de agitación política que podía ser prohibido y aquel que podía ser criminalizado. La presunción en el test del peligro claro y actual es que no debe haber margen entre la regulación criminal y las restricciones impuestas por el Estado en el discurso político. Así, por ejemplo, en su análisis de *Dennis*, el profesor Stone criticó a la Corte por permitir que el *Partido Comunista* fuera sujeto de restricciones legales que no hubiesen sido permitidas bajo los estándares del código criminal: “En la medida en que existiera conducta criminal, los individuos... debían ser investigados y perseguidos por sus crímenes. Esto es bastante diferente a perseguir a *otra* gente —los demandados en *Dennis*— por su proclamación de la doctrina Marxista-Leninista.”<sup>47</sup>

Mi interés no es tanto analizar la preocupación del profesor Stone en torno a la flexibilización de los estándares de criminalización del discurso en los Estados Unidos. Quiero, más bien, analizar las limitaciones del test del peligro claro y actual fuera del contexto estadounidense. Este test no sólo es doctrina vigente en los Estados Unidos, sino que es considerado como una herramienta por tribunales en otras partes del mundo, como ejemplo de cómo deben responder a la amenaza de incitaciones antidemocráticas. Pero sería un error por parte de esos tribunales el adoptar este test en general, sin comprender el contexto nacional en el cual surgió. En gran medida, el test del peligro claro y actual es la respuesta a tres intereses y rasgos del derecho estadounidense que no han sido apreciados adecuadamente.

---

45. *Brandenburg*, 395 U.S. páginas 447–48 (pasajes omitidas en el original) (citando *Noto v. United States*, 367 U.S. 290, 297–98 (1961)). 46. 341 U.S. 494.

• *N. de la T.: la Alien Registration Act (o Smith Act) es una ley federal aprobada en 1940. Castiga a quien “a sabiendas abogue, aconseje... o enseñe sobre la necesidad, deseabilidad o conveniencia de derrocar al Gobierno de los Estados Unidos o de cualquier estado local por la fuerza o violencia, a cualquiera que organice una asociación que enseñe, aconseje o promueva tal derrocamiento, o... a quien se afilie a una asociación semejante”.*

46. 341 U.S. 494.

47. Stone, *supra* nota 44, página 410.

En primer lugar, la respuesta característica al discurso amenazante en los Estados Unidos, como sucedió con las redadas *Palmer* luego de la Primera Guerra Mundial, y con las prohibiciones anticomunistas después de la Segunda Guerra, ha sido aplicar las prohibiciones políticas principalmente a través del derecho criminal. Como resultado de ello, la libertad de expresión política ha quedado indisolublemente atada a los estándares de la persecución penal, incluyendo la carga de la prueba y los requisitos estrictos de legalidad. Los críticos del trato constitucional estadounidense de la libertad de expresión se han enfocado en esta característica central del derecho estadounidense, sin apreciar por completo cuán peculiar es ella en la escena mundial. Por ejemplo, el profesor Martin Redish sostiene que *Dennis* “claramente fue, como lo describió un historiador, poco más que ‘una persecución judicial de ideas’, algo más asociado con una sociedad totalitaria que con lo que supuestamente es una democracia constitucional.”<sup>48</sup> Suponer que la regulación electoral debe ser llevada a cabo en primer lugar mediante la persecución penal constituye una precondition para la afirmación del profesor Redish de que “una sociedad democrática sólo puede sobrevivir en cualquier sentido significativo del término asegurando que todos los puntos de vista... estén protegidos.”<sup>49</sup>

Antes de concluir algo tan amplio, vale la pena detenerse a considerar cuán susceptible de generalización son los casos estadounidenses. Una buena parte del trabajo doctrinal alrededor del tratamiento del discurso político de la Enmienda Primera deriva de la pregunta específica que típicamente se presenta en los tribunales estadounidenses: si el discurso en cuestión incita una conducta criminal que es suficiente para sustentar una persecución penal. Los casos más importantes en esta área han tendido a ser penales (como *Brandenburg v. Ohio* y *Cohen v. California*<sup>50</sup>), y en casos civiles como *New York Times v. Sullivan*,<sup>51</sup> el “principal recurso argumental” fue “la rápida (algunos dirían la muy rápida) analogía con la persecución penal.”<sup>52</sup> Para los profesores Frederick Schauer y Richard Pildes, una “veloz asimilación judicial de todas las regulaciones basadas en el contenido al modelo de prohibiciones del derecho penal”<sup>53</sup> es desaconsejable, porque “distintas formas de estructuras de regulación pueden justificar diferentes respuestas relacionadas con la Enmienda Primera.”<sup>54</sup> Cuando las regulaciones “no toman la forma de prohibiciones penales, los tribunales no deberían desplegar doctrinas cuyos propósitos no tienen realmente conexión con el contexto particular de la regulación.”<sup>55</sup>

---

48. Martin H. Redish, *The Logic of Persecution: Free Expression and the MCarthy Era*, página 97 (2005) (nota al pie omitida) (citando a Peter L. Steinberg, *The Great “Red Menace”: United States Prosecution of American Communists, 1947–1952*, página 157 (1984)).

49. *Id.* página 100.

50. 403 U.S. 15 (1971).

51. 376 U.S. 254 (1964).

52. Frederick Schauer & Richard H. Pildes, “Electoral Exceptionalism and the First Amendment”, 77 TEX. L. REV. 1803, páginas 1832–33 (1999); véase también *New York Times*, 376 U.S. at 277 (donde se sostuvo que “lo que un Estado no se encuentra en posición de lograr constitucionalmente mediante la ley penal, tampoco podrá lograrlo mediante la ley civil de calumnias”).

53. Schauer & Pildes, *supra* nota 52, página 1833.

54. *Id.*

55. *Id.*

En segundo lugar, en la reacción estadounidense frente a los grupos marginales antidemocráticos existe una dimensión estructural que necesita ser puesta en la balanza. A través de los años, he resistido el fácil postulado de que los sistemas de representación proporcional son inherentemente inestables, o aun que fueron responsables del ascenso del fascismo,<sup>56</sup> una máxima que ha llegado incluso a la Corte Suprema, en su discusión de hasta dónde debe llegar la protección de la competencia electoral brindada a los dos partidos mayoritarios.<sup>57</sup> Ciertamente, las características excepcionales de la práctica democrática estadounidense deberían aconsejarnos cierta precaución antes de proclamarla como superior o preferible a otras. Después de todo, el sistema estadounidense de elecciones legislativas por distrito y elección presidencial independiente no es la norma en las sociedades democráticas. Ninguna de las democracias creadas luego del colapso del imperio soviético ha intentado imitar el estilo de gobierno estadounidense. Tampoco los Estados Unidos han intentado imponerlo en su búsqueda de establecer gobiernos democráticos en regiones sobre las que mantuvo control militar, como en Alemania, Japón e Irak. Con independencia de mi reticencia respecto de este punto, he llegado ahora a la conclusión de que de hecho hay algo en los sistemas políticos no parlamentarios, sin representación proporcional, que brinda un freno contra las fuerzas antidemocráticas, lo que tal vez explica por qué el derecho estadounidense está decididamente dirigido al comportamiento verdaderamente marginal que puede ascender al nivel de la ofensa criminal. Existe un camino bien recorrido en teoría política —por Harold Hotelling,<sup>58</sup> Anthony Downs,<sup>59</sup> y Maurice Duverger<sup>60</sup>— que explica la propensión que las elecciones uninominales y de único ganador tienen a producir dos y sólo dos partidos relativamente estables y relativamente centristas. Los terceros partidos —incluyendo a los partidos marginales, en la medida en que ganen tracción electoral— tienden a inclinar la balanza hacia el partido grande más lejano a ellos, y en consecuencia disuaden inclusive a los partidarios en los márgenes de los partidos grandes de unir esfuerzos saboteadores. Piénsese en Ross Perot en 1992 y en Ralph Nader en 2000, y se tendrán versiones recientes de la sofisticada teoría política que subyace a esta noción.

Dado que las elecciones por distrito fuerzan la creación de coaliciones futuras de gobierno *antes* de la elección y su participación como partidos políticos, la inclusión de candidatos extremos desacredita la lista entera de candidatos y empuja a esos candidatos hacia el margen. Como resultado, los candidatos extremos enfrentan barreras formidables para conseguir oficinas legislativas. Esto, a su turno, significa que no puedan alcanzar

---

56. Para un análisis en torno a este punto, Véase Richard H. Pildes, "Democracy and Disorder", 68 U. CHI.L. REV. 695, 716–17 (2001). Véase también página 717, nota 83 (citando fuentes).

57. Véase por ejemplo, *Timmons v. Twin Cities Area New Party*, 520 U.S. 351, 367 (1997) ("La Constitución permite que la legislatura de Minnesota decida que un sistema bipartidista saludable es la mejor forma de lograr la estabilidad política.").

58. Harold Hotelling, "Stability in Competition", 39 ECON. J. 41 (1929) (introduce la teoría de "mercados espaciales" sobre cómo las empresas compiten por el centro).

59. Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, páginas 115–22 (1957) (donde aplica la teoría de mercados especiales para describir la competencia por el votante medio como la clave para ganar una elección entre dos partidos).

60. Maurice Duverger, *Political Parties*, páginas 217–28 (Barbara North & Robert North trans., rev. ed., Methuen 1964) (1951) (en donde introduce la "ley de Duverger" que establece que en las elecciones de tipo mayoritario o de distrito uninominal existirán exactamente dos partidos relativamente de centro).

rápidamente la inmunidad contra la persecución criminal que conlleva el cargo parlamentario, que carezcan de acceso a fondos estatales para sus cruzadas políticas, y que se les niegue un acceso significativo a los debates políticos en torno a la cuestión de quién debe gobernar. En la medida en que los partidos extremistas intentan usar la arena electoral, las barreras estructurales a su participación los marginan. Sus contribuciones al debate público quedan confinadas a estaciones de acceso público locales (o su sustituto moderno, los blogs políticos de bajo tránsito), en donde compiten por tiempo con los abastecedores del negocio de la conspiración, interminablemente obsesionados con el envenenamiento de la red de agua con flúor, el último giro en el asesinato de Kennedy, o en “probar” que el 11 de Septiembre fue un trabajo interno.

Un amortiguador adicional es el gobierno presidencial en vez de parlamentario. Aun cuando un partido extremista se abriera su camino hacia el parlamento, su capacidad para desestabilizar al gobierno sería limitada. Los partidos marginales en el poder legislativo de un sistema presidencial no pueden comandar un bloque de votos en el parlamento que pueda ser usado para derribar una coalición política inestable, a través de votos de no-confianza u otros recursos parlamentarios. Así, a diferencia del partido nacional-socialista en Alemania, los grupos políticos marginales serían incapaces de tirar abajo al gobierno por medio de tácticas desestabilizadoras en el parlamento. Más aun, a diferencia de los partidos periféricos de muchos sistemas de representación proporcional, e Israel es el primer ejemplo,<sup>61</sup> ellos no serán capaces de emplear su pequeña presencia en el parlamento para ejercer una influencia significativa en las políticas públicas. El presidencialismo pone la opción de la jefatura de Estado en manos del electorado nacional, en vez de confiar en liderazgos parlamentarios fraccionados para forjar una coalición de gobierno y, a su turno, acomodar las últimas propuestas necesarias para ponerla en el poder. Pese a que existen muchas razones para ser cautelosos respecto del presidencialismo,<sup>62</sup> éste sirve como un freno frente a la amenaza que apareja la habilidad de los partidos marginales para colarse en el parlamento y perturbar al gobierno desde adentro.

En tercer lugar, y finalmente, está la inequívoca estabilidad de la política de los Estados Unidos, una estabilidad que tal vez conduzca a los estadounidenses a subestimar la necesidad de proteger el proceso democrático en otros países de amenazas reales, incluso aquellas que se esconden como opciones políticas en elecciones democráticas. Para los Estados Unidos, el siglo veinte fue testigo de una turbulencia significativa: dos guerras mundiales,

---

61. Véase Steven G. Calabresi, “The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman is Wrong to Prefer the German to the U.S. Constitution”, 18 CONST. COMMENT. 51, páginas 60–61 (2001) (donde describe la influencia de pequeños partidos religiosos bajo el sistema de representación proporcional israelí).

62. Para un panorama general respecto de la propensión a la concentración de poder en el Ejecutivo en América Latina, véase Matthew Soberg Shugart & Scott Mainwaring, “Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate”, en *Presidentialism and democracy in Latin America* página 12 (Scott Mainwaring & Matthew Soberg Shugart eds., 1997). Otro enfoque del mismo tema puede encontrarse en Juan J. Linz, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make A Difference?”, en *The failure of presidential democracy* (Juan J. Linz & Arturo Valenzuela eds., 1994), página 3. Para una postura que aboga por el reemplazo de la selección del presidente de los Estados Unidos por un sistema parlamentario, véase Bruce Ackerman, “The New Separation of Powers”, 113 HARV. L. REV. 633, páginas 643–44 (2000).

al menos cuatro regionales, una confrontación prolongada con una potencia extranjera, cuatro presidentes muertos en ejercicio de sus funciones (dos de ellos asesinados), una gran depresión seguida de un importante resurgimiento del Estado regulador, y una conmoción significativa de las relaciones raciales. Pero a lo largo de este período, los mismos dos partidos políticos estuvieron a cargo. A pesar de que las elecciones se disputaron duramente y de que existieron períodos de inquietud social, los cambios en el gobierno fueron graduales y el sistema electoral permaneció intacto en todo momento. De hecho, tal vez de modo único entre los estados democráticos, Estados Unidos ha mantenido elecciones regularmente programadas durante tiempos de guerra, inclusive durante la Guerra Civil. En suma, Estados Unidos ha sido un sistema político significativamente estable desde la Reconstrucción.

Es posible que el aparente apego doctrinal en los Estados Unidos a las protecciones fuertes de la organización política sea atribuible a variables únicas, comenzando por la estabilidad política comparativa de su siglo veinte respecto de democracias más asediadas y frágiles. Esta estabilidad es realizada por las estructuras electorales peculiares de los Estados Unidos, que marginan del gobierno a los partidos minoritarios. Asimismo, como cuestión doctrinal, es muy probable que la propensión por la opción de la persecución penal de los disidentes políticos en los Estados Unidos haya también contribuido a la ausencia de un derecho administrativo de la exclusión electoral. Todos estos aspectos son importantes, y la singularidad del contexto nacional estadounidense sugiere ser cautelosos al intentar exportar el test del peligro claro y actual a la prohibición administrativa de la participación política en contextos institucionales mucho más frágiles.

El test del peligro claro y actual captura apropiadamente lo que está en juego en la prohibición penal de las organizaciones cuyos objetivos sean fundamentalmente contrarios a la democracia, y que hayan sido en efecto imputados de conductas ilegales. Como se analiza más abajo, la amenaza de conducta criminal por parte de grupos marginales capta sólo un sub-grupo de las amenazas que enfrentan las democracias, particularmente en aquellos países mucho menos estables. En esas circunstancias, desafortunadamente, concentrarse en la inmediatez de la amenaza de actividad ilegal es insuficiente para reflejar la gravedad de la amenaza.

## II. Tipologías de prohibiciones

La mayoría de las discusiones acerca de las restricciones a grupos antidemocráticos comienzan (y muchas de ellas terminan) con la pregunta sobre si una democracia tiene derecho a imponer restricciones basadas en los puntos de vista a perspectivas disidentes extremas. Los profesores Gregory Fox y Georg Nolte, por ejemplo, en su importante contribución al debate, se centraron en primer lugar en la posibilidad de restringir la participación política de manera consistente con el derecho internacional, particularmente con las garantías contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.<sup>63</sup> Las críticas a Fox y Nolte no cuestionaron su marco analítico; simplemente

---

63. Véase Fox & Nolte, *supra* nota 1.

desafiaron la idea de que cualquier sociedad sea capaz de custodiar los límites de algo tan nebuloso como la “democracia”,<sup>64</sup> y se preguntaron si el producto resultante sería digno de tal término:

Si, en esencia, alguien va a decirle a la gente que “los principios fundamentales de la democracia imponen que ella puede tener cualquier gobierno excepto aquel que la mayoría hoy quiere”, será mejor que haya un argumento más atractivo a favor de la democracia que el hecho de que ella habilita a la gente a elegir. No existe nada intrínsecamente valioso en elegir entre opciones no deseadas.<sup>65</sup>

Aunque estas críticas dejan en un plano secundario las posturas de que la prohibición no sirve,<sup>66</sup> todos estos argumentos tienden a juntar los diferentes tipos de respuestas que pueden ser desplegados contra las amenazas antidemocráticas.

En vez de empezar por la pregunta sobre si la prohibición de las fuerzas antidemocráticas debe permitirse, prefiero comenzar por preguntar qué clase de prohibiciones están siendo empleadas. Aquí, me alejo considerablemente de la teoría legal estadounidense, que tiende a disolver la pregunta acerca de qué prohibiciones a los partidos políticos son aceptables en el debate en torno a qué sanciones criminales al discurso político están justificadas. En consecuencia, esta sección considera las formas de restricción política que operan fuera de los límites del sistema de justicia penal. La pregunta es sobre la existencia de un espacio entre los estándares que justifican el encarcelamiento y aquellos que pueden ser suficientes para justificar la prohibición en la participación electoral. Poniéndolo de modo simple, ¿existen métodos para suprimir movilizaciones políticas antidemocráticas que sean distintos de la persecución penal de sus adherentes? Asimismo, ¿pueden esos métodos ser justificados incluso cuando no toleráramos el encarcelamiento de aquellos que comparten estos puntos de vista antidemocráticos?

De modo esquemático, entonces, debemos considerar tres enfoques diferentes sobre el tema de la movilización antidemocrática en la arena electoral, que son distintos a la persecución penal de los defensores de las políticas en cuestión: en primer lugar, un código electoral que gobierne el contenido de las convocatorias políticas; segundo, la proscripción de partidos políticos que no acepten algunos principios fundamentales del orden social; y en tercer lugar, la prohibición de la participación electoral a ciertos partidos políticos, aun cuando se les permita mantener la organización partidaria. Los dos primeros enfoques representan la gama general de respuestas usuales frente a la agitación antidemocrática, desde la regulación de la conducta electoral hasta la prohibición de partidos políticos. La tercera opción —la prohibición en el ámbito de la elegibilidad electoral pero no sobre la formación del partido— está menos establecida como forma de regulación partidaria. Sin embargo, esta forma intermedia de regulación ofrece un enfoque intrigante

---

64. Véase, por ejemplo, Brad R. Roth, “Response, Democratic Intolerance: Observations on Fox and Nolte”, 37 HARV. INT’L L.J. 235, página 236 (1996) (“En el discurso reciente, el término ‘democracia’ ha devenido un repositorio de todas las virtudes políticas... La consecuencia de esta indeterminación es que ‘democracia’ se convierte en sinónimo de cualquier opción que obtenga nuestras simpatías”).

65. *Id.* 237.

66. Véase, por ejemplo, Edip Yuksel, “Cannibal Democracies, Theocratic Secularism: The Turkish Version”, 7 CARDOZO J. INT’L & COMP. L. 423, página 458 (1999).



y menos restrictivo a los problemas peculiares de la movilización antidemocrática a través de la actividad electoral.

#### A. Restricciones de contenido en el discurso electoral

El hinduismo triunfará en esta elección y debemos ser receptores honorables de esta victoria con el fin de alejar el peligro contra él; por eso deben elegir a Ramesh Prabhoos para que se una a Chhagan Bhujbal, quien ya está allí. Encontrarán templos hindúes debajo de todas las mezquitas. Cualquiera que se plante en contra de los hindúes debería ser recibido mostrándole los zapatos o a zapatazos. El candidato con el nombre Prabhoos debe ser llevado a la victoria en nombre de la religión.<sup>67</sup>

Así se desarrolla un discurso típico del agitador extremista y nacionalista hindú Bal Thackeray, en este caso durante un acto en el marco de una campaña a favor del candidato local por el partido extremista *Shiv Sena*. Que las ideas son rudimentarias no puede discutirse seriamente, incluso cuando la significancia cultural de que a uno le muestren los zapatos no atraviesa fácilmente las fronteras nacionales. Thackeray es un agitador político bastante conocido en Bombay, una ciudad que él ayudó a renombrar como Mumbai.<sup>68</sup> Entre sus fuentes de inspiración política enumera a Adolf Hitler, a quien caracteriza como a “un artista que quería liberar a Alemania de la corrupción.”<sup>69</sup>

Pero el discurso tiene un significado que va más allá de lo meramente desagradable. La imagen de los santuarios musulmanes ubicados en las ruinas de los templos hindúes es una incitación potente a la violencia sectaria sobre los santuarios religiosos en disputa, particularmente la mezquita Babri en Ayodhya, en el norte de la India, un sitio con significado religioso y un pasado violento que recuerda notablemente al Monte del Templo en Jerusalén.<sup>70</sup> Desde 1984, poco antes del discurso en cuestión, el Consejo Hindú Mundial (*World Hindu Council*), de línea dura, había estado agitando entre seguidores del hinduismo para tirar abajo una mezquita que, de acuerdo con la leyenda, fue construida en el lugar de nacimiento de Rama, un importante dios hindú.

En 1992, la agitación se transformó en realidad cuando una turba hindú destruyó la mezquita, y luego atacó otras casas y sitios musulmanes en Ayodhya. Los tumultos étnicos que le siguieron arrojaron cientos de muertos en una ola de violencia comunal no vista desde la partición inicial de la India y Paquistán en 1947.<sup>71</sup> En el centro organizacional de

67. *Prabhoos v. Kunte*, A.I.R. 1996 S.C. 1113, 1118–19 (énfasis agregado).

68. Véase Christopher Beam, “Mumbai? What About Bombay?: How the City Got Renamed”, SLATE, July 12, 2006, <http://www.slate.com/id/2145650/>.

69. Larissa MacFarquhar, “The Strongman: Where is Hindu-Nationalist Violence Leading?”, *New Yorker*, May 26, 2003, página 50 (donde cita a Bal Thackeray) (comillas omitidas).

70. Véase Gary Jeffrey Jacobsohn, “The Permeability of Constitutional Borders”, 82 *TEX. L. REV.* 1763, página 1798, y nota 169 (2004); Daniel Pipes, “The Temple Mount’s Indian Counterpart”, *Jerusalem Post*, 17 de enero, 2001, página 8.

71. Véase Gary Jeffrey Jacobsohn, *The Wheel of Law: India’s Secularism in Comparative Constitutional Context*, página 129 (2003).

la turba estaban los partidos políticos nacionalistas hindúes, incluyendo al más prominente, el *Partido Bharatiya Janata (PBJ)*, un partido que llegaría a ser titular del cargo de Primer Ministro en la India una década después. Que aquel discurso de 1987 formulado por Thackeray no diera lugar a una confrontación similar fue una cuestión circunstancial, pues la situación étnica potencialmente explosiva estaba presente de igual forma. De hecho, Thackeray y *Shiv Sena* resurgieron en 1992 como instigadores de la violencia en Bombay, en lo que fue la peor matanza luego del ataque en la mezquita de Ayodhya.<sup>72</sup>

La historia de la India no está desprovista de ejemplos de agitación electoral con grandes cantidades de muertos como resultado. La pregunta es qué pasos deben darse para permitir una genuina expresión política, aunque sea de mal gusto, mientras se mantiene el orden público frente a probables estallidos violentos.<sup>73</sup> Como cuestión doctrinal, cualquier restricción tiene que equilibrar la garantía constitucional de la libertad de expresión en la India<sup>74</sup> con el poder de emergencia constitucionalmente reservado para proteger el orden público.<sup>75</sup>

La respuesta de la India consiste en restringir la definición del discurso político permitido. Ésta es tal vez la forma menos invasiva de regulación de la agitación antidemocrática, pero paradójicamente puede ser la que levante las mayores sospechas de vaguedad en la tradición de la Enmienda Primera estadounidense. La India combina un fuerte compromiso constitucional con la libertad de expresión con una prohibición electoral rígida de la búsqueda de apoyo electoral por medio de la promoción de “enemistad u odio... entre diferentes clases de” ciudadanos indios “sobre bases religiosas, de raza, de casta, o comunitarias.”<sup>76</sup> El código electoral prohíbe las “prácticas corruptas”, definidas como aquellas que incluyen una apelación para votar a favor o en contra de un candidato “basándose en su religión, raza, casta, comunidad o lenguaje, o el uso de —o la apelación a—símbolos religiosos.”<sup>77</sup> El poder de hacer efectiva esta prohibición es a su turno delegado a una Comisión Electoral, que tiene la autoridad de identificar prácticas corruptas y buscar remedios extraordinarios,

---

72. Barbara D. Metcalf & Thomas R. Metcalf, *A Concise History of India*, página 279 (2002).

73. Esta cuestión no se limita a la India. La frágil paz étnica de Bosnia fue amenazada por el incremento de tensiones de naturaleza étnica durante la campaña electoral más reciente. En palabras de Christian Schwarz-Schilling, un destacado funcionario internacional en Bosnia:

“La retórica incendiaria aumenta la tensión, y esto a su vez puede fácilmente escalar en violencia en una sociedad donde las armas están en todas partes, el alcohol es abundante y el verano es largo y caliente”... “Cuanto más agresiva sea hoy la retórica de la campaña, más difícil será encontrar los socios necesarios para crear instituciones que funcionen...”

Nicholas Wood, “Fiery Campaign Imperils Bosnia’s Progress Officials Warn”, *N.Y. Times*, 27 de agosto, 2006, página A3 (citando a Christian Schwarz-Schilling). Los problemas en Bosnia se encuentran exacerbados por la división étnica formal del poder político emergente de los Acuerdos de Dayton. Véase nota, Anna Morawiec Mansfield, “Ethnic but Equal: The Quest for a New Democratic Order in Bosnia y Herzegovina”, 103 *Colum. L. Rev.* 2052, páginas 2054–65 (2003).

74. Constitución de la India, art. 19 (1).

75. *Id.* art. 19, (2) (“Nada... impedirá al Estado sancionar ley alguna, en tanto esa ley imponga restricciones razonables al ejercicio del derecho a la libertad de expresión en interés de la soberanía e integridad de la India, la seguridad del Estado, las relaciones amistosas con países extranjeros, el orden público, la decencia o moralidad, o relacionadas con el desacato, la difamación, o la incitación a quebrar la ley.”)

76. *The Representation of the People Act*, No. 43 of 1951; *India A.I.R. Manual* (1989), v. 41§ 125.

77. *Id.* § 123(3).

incluyendo la exclusión del cargo de los candidatos victoriosos que se hayan basado en un tipo de discurso prohibido.<sup>78</sup>

El caso testigo en la India en torno a este tema ofrece un ejemplo claro de la regulación electoral en la práctica. En *Prabhoo v. Kunte*,<sup>79</sup> la Corte Suprema de la India se enfrentaba a la decisión del Tribunal Superior de Bombay, en cuanto a que la elección de Ramesh Yeshwant Prabhoo para ocupar un cargo en la legislatura estatal en Maharashtra debía ser anulada. El Tribunal Superior había determinado que la campaña de Prabhoo había sido organizada por Bal Thackeray, el líder del partido Shiv Sena, cuyos comentarios antes citados forman sólo una milésima parte de su arsenal. De manera consistente con la definición legal de prácticas corruptas, el Tribunal Superior encontró que la campaña había convocado a los hindúes a votar por Prabhoo basándose en su religión.<sup>80</sup> El recurso a la solidaridad hindú fue combinado con vituperios sobre los peligros que podían presentar los candidatos musulmanes, o los candidatos que convocaban a una paz con los musulmanes. Los discursos de campaña de Thackeray se referían a algunos musulmanes como serpientes y usaban otra imagería religiosa<sup>81</sup> que se sobreentendía como una apelación básica a la necesidad del ascenso de los hindúes al poder para frenar la percibida amenaza musulmán.

Al convalidar las conclusiones del Tribunal Superior, incluyendo su anulación del resultado electoral, la Corte Suprema rechazó el argumento de que sólo una amenaza manifiesta a la seguridad pública podía justificar una prohibición electoral. La base estrecha de la decisión fue que la amenaza percibida al orden público permitía la invocación de los poderes de emergencia reservados al gobierno con el fin de proteger el orden doméstico.<sup>82</sup> La Corte encontró que la ley prohibía cualquier llamado a votar por o contra un candidato basándose en su religión, sin importar si aquél era “perjudicial para el orden público.”<sup>83</sup> Sostuvo que la prohibición era constitucional, en la medida en que era una restricción razonable en el interés de la “decencia o la moralidad.”<sup>84</sup> Afirmó que “en un Estado secular, buscar votos basándose en la religión del candidato va en contra de las normas de decencia y decoro de la sociedad.”<sup>85</sup> La legalidad de cualquier apelación electoral en particular dependía entonces del tipo de discurso en sí, y no de si éste presenta un peligro claro y actual. La Corte encontró una guía general en una decisión anterior que lidiaba con las consecuencias del caos en Ayodhya, el *Ayodhya Reference Case*.<sup>86</sup> Esta decisión interpretó la garantía constitucional de la igualdad religiosa como un compromiso afirmativo con el secularismo, en tanto “una faceta del derecho a la igualdad bordado como el hilo de oro en el tejido que describe el patrón del esquema en nuestra Constitución.”<sup>87</sup> El secularismo

---

78. *Id.* § 8A.

79. A.I.R. 1996 S.C., página 1113.

80. Véase *id.* página 1117.

81. Véase *id.* página 1119.

82. Véase Constitución de la India art. 19, (2).

83. *Prabhoo*, A.I.R. 1996 S.C. página 1121.

84. *Id.* página 1126 (donde cita la Constitución de la India art. 19, (2)).

85. *Id.*

86. *Ismail Faruqui v. Union of India*, A.I.R. 1995 S.C. 605.

87. *Id.* página 630.

proveyó la base sustantiva para que la Corte en el caso *Prabhoo* restringiera los discursos de campaña que amenazaran con un desorden público significativo. Pero la Corte no pudo poner todas las invocaciones religiosas fuera de las vallas de la política electoral, pues las garantías de la libre expresión podían proteger el derecho de demandar por discriminación o trato desigual basado en la religión. En lugar de esto, la Corte analizó cuidadosamente las apelaciones al fanatismo religioso, sosteniendo que implicaban un conflicto de valores constitucionales entre el orden público y la libertad de expresión religiosa.<sup>88</sup>

La Corte resolvió el conflicto constitucional haciendo dos precisiones distintas sobre el estatus constitucional del período electoral. En primer lugar, la Corte reiteró un concepto anterior, en cuanto a que la Constitución en sí misma expresa un compromiso con un orden político democrático:

Ningún orden político y social democrático, en el cual las condiciones de libertad y su expansión progresiva para todos hacen imperativa la existencia de ciertas regulaciones, puede resistir sin un acuerdo sobre las bases esenciales que puedan unir y mantener a la ciudadanía unida a pesar de las diferencias de religión, raza, casta, comunidad, cultura, credos y lenguas. Nuestra historia política hizo particularmente necesario que no se permita que esas diferencias, que pueden generar emociones poderosas que privan a la gente del poder de pensamiento y acción racional, sean explotadas; ello para que no sean perturbadas las condiciones imperativas que preservan las libertades democráticas.<sup>89</sup>

En segundo lugar, la Corte encontró significativo que la prohibición sobre el discurso sólo estuviera dirigida al propio período electoral y por ende a mantener la integridad del proceso democrático a través de prevenir la incitación al odio comunitario: “La restricción sólo se limita al pedido de votos a favor de un candidato durante el período electoral, y no a la libertad de expresión y discurso en general o a la libertad de profesar, practicar y propagar la religión independientemente de las campañas electorales.”<sup>90</sup>

El enfoque de la India vinculado con las apelaciones antidemocráticas tiene dos limitaciones principales. En primer lugar, en términos de sus efectos prácticos, está solo pensado para atacar el problema de la agudización de las antipatías comunitarias en el seno de una campaña disputada. Los partidos pueden fácilmente organizarse alrededor de plataformas antidemocráticas por fuera de la arena electoral. En la medida en que los partidos moderen su lenguaje durante la campaña en sí —un problema aparentemente inevitable como consecuencia de las leyes electorales que adoptan la forma de códigos de expresión—, la definición de prácticas corruptas en la India no regula su conducta. Así, por ejemplo, la decisión española de prohibir al partido vasco separatista Batasuna podría haber sido difícil de hacer cumplir como una prohibición de discurso sobre un partido que

---

88. Así, en un caso anterior que involucró a dos candidatos musulmanes, se consideró aceptable hacer públicas las quejas de la comunidad musulmana, pero no que un candidato en el último estadio de la campaña imputara a su oponente “no ser un verdadero musulmán”. Véase *Bukhari v. Mehra*, (1975) Supp. S.C.R. 281.

89. *Prabhoo*, A.I.R. 1996 S.C. en 1124 (citando *Bukhari*, (1975) Supp. S.C.R. en 288).

90. *Id.* páginas 1125–26.

exponía las supuestas dificultades del pueblo vasco.<sup>91</sup> Inclusive en la India la Comisión Electoral tuvo que ir más lejos, sosteniendo por ejemplo que no podía organizarse ninguna elección en Gujarat en 2002 luego de que el gobierno local del *PBJ* ayudara a instigar disturbios anti-musulmanes que dejaron más de mil personas muertas.<sup>92</sup> Más agresiva todavía fue la decisión de la Corte Suprema de la India, que convalidó la destitución de tres gobiernos estatales sobre la base de complicidad o consentimiento en la violencia de turbas luego de la destrucción de la mezquita Babri en Ayodhya.<sup>93</sup>

En segundo lugar, y tal vez de modo más importante, el enfoque de la India requeriría dejar de lado los reparos que muchos —incluyendo a muchos educados en la tradición de la Enmienda Primera— podrían tener respecto de los códigos estatales de discurso que carecen de criterios claros y que son principalmente aplicados después de los hechos. Es irónico que la forma menos restrictiva de prohibición electoral, una forma que no requiere prohibir partidos o individuos en general, dé lugar a la mayor posibilidad de abusos en su aplicación. Como con todas las reglas que regulan el proceso electoral, cualquier desviación de la aplicación hacia el futuro implica que la aplicación de una regla tendrá efectos que determinarán un resultado. En *Prabhoo*, por ejemplo, el efecto consistió en remover de su cargo a un candidato apoyado por la mayoría de los votantes. En la medida en que los funcionarios electorales y los jueces están siempre en riesgo de sucumbir a la presión política, o al menos de ser percibidos como habiendo actuado bajo esa presión, cualquier enfoque regulatorio que se aplique retroactivamente despertará necesariamente preocupaciones genuinas sobre la legitimidad.

El enfoque indio no sólo invita a la regulación del discurso en base al contenido y al punto de vista, sino que la apoya. En *Ayodhya Reference Case*, por ejemplo, el Juez de la Corte Verma invocó a Rawls directamente al fijar los contornos seculares para limitar el rol de la religión en las esferas electoral y gubernamental. Para el Juez Verma, India es una “sociedad política pluralista y secular” en la cual “el derecho tal vez sea la mayor fuerza integradora”.<sup>94</sup> Su compromiso sustantivo por reducir las apelaciones religiosas descansa en “un pragmatismo rawlsiano de ‘justicia como imparcialidad’”, que a su turno permite un “‘consenso superpuesto’... sobre cuestiones fundamentales concernientes a la estructura básica de la sociedad para una unidad social más profunda”.<sup>95</sup>

Asimismo, el enfoque indio, a la vez que está comprometido en mantener el orden público durante una elección caliente, desnuda una incertidumbre sobre las motivaciones de los ciudadanos en el ejercicio de su derecho al voto. Existe una preocupación persistente

91. De hecho, la disolución del partido *Batasuna* se relacionó fundamentalmente con la omisión por parte del partido de condenar los actos de violencia cometidos por *ETA*, una omisión que no hubiera podido ser encuadrada en una prohibición del discurso. Véase Thomas Ayres, “*Batasuna Banned: The Dissolution of Political Parties Under the European Convention of Human Rights*”, 27 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 99, página 109 (2004).

92. Véase Edward Luce, “*Appeal on Indian Election Ruling*”, *Financial Times*, Aug. 19, 2002, página 6 (donde detalla la decisión de la Comisión Electoral de posponer las elecciones, y las apelaciones que le siguieron).

93. Véase *S.R. Bommai v. Union of India*, A.I.R. 1994 S.C. 1918. Para un análisis de las dimensiones políticas y étnicas de estas decisiones, véase Jacobsohn, *supra* nota 71, páginas 126–32.

94. *Ismail Faruqui v. Union of India*, A.I.R. 1995 S.C. 605, 630. Aquí, la corte citaba una “publicación sobre ‘El derecho en una sociedad plural’ de M.N. Venkatachalia”. *Id.*

95. *Id.* páginas 630–31. Este pasaje está también citado de Venkatachalia. *Id.* página 630.

en la teoría democrática de que los votantes pueden ser guiados por instintos básicos. Por ejemplo, James Madison estaba preocupado por la caída en el vicio de la pasión, en virtud de la cual las masas de votantes, potencialmente arrastradas por la codicia o la envidia a los acaudalados, podían usar el poder democrático con fines confiscatorios.<sup>96</sup> Los casos de la India que aplican los códigos vinculados al discurso electoral contenidos en la Ley de Prácticas Corruptas (*Corrupt Practices Act*) continúan esa tradición, sosteniendo la existencia de un interés gubernamental en prohibir las apelaciones a instintos básicos que puedan, en momentos calientes, aplastar las altas aspiraciones del discurso republicano:

Con la excusa de proteger la religión, cultura o credo propios, no podrán emplearse ataques personales sobre los valores de otros o promover malos instintos, animosidades o miedos irracionales entre grupos con el fin de asegurar una victoria electoral.

...

... [N]uestra democracia sólo puede sobrevivir si aquellos que aspiran a convertirse en líderes y representantes del pueblo entienden el espíritu de la democracia secular. Este espíritu fue caracterizado por Montesquieu hace mucho tiempo como “virtuoso”... Para que ese espíritu prevalezca, los candidatos deben tratar de persuadir a los electores mostrándoles la luz de la razón y no azuzando sus pasiones ciegas y destructivas. El proselitismo de caza de herejes sobre bases declaradamente religiosas dirigidas hacia un candidato... puede ser permitido en un Estado teocrático pero no en una república secular como la nuestra.<sup>97</sup>

Hay algo perturbador en regular el discurso para proteger al electorado contra la probabilidad de que recurran a sus instintos básicos en el calor del debate electoral. Aun así, el espectro de la violencia comunal, que nunca está tan lejos de la superficie en las calientes batallas políticas de la India, produce un ajuste constitucional entre libertades civiles y orden público. Es difícil disputar el argumento de que menos gente muere como resultado de una módica precaución impuesta a los políticos, si es que no quieren ser removidos de sus cargos. También vale la pena destacar que, luego de ser instrumental al ataque incendiario de la mezquita de Ayodhya, el PBJ moderó su retórica para preservar su viabilidad electoral. En su forma un poco más contenida, el PBJ logró triunfar en las elecciones nacionales y formar una frágil coalición de gobierno, sólo para fracasar en su intento de gobernar y perder luego en la elección siguiente, contra una coalición que elegiría al primer Primer Ministro sikh de la India.<sup>98</sup>

---

96. Véase *The Federalist* N° 10 (James Madison), *supra* nota 32, páginas 73–75; véase también *The Federalist* N° 49 (James Madison), *supra* nota 32, página 314 (expresando la postura de que tales pasiones “deberían ser controladas y reguladas por el gobierno”).

97. *Bukhari v. Mehra*, (1975) Supp. S.C.R. 281, 288, 296.

98. Véase David Gardner, “Power Leaks to the Regions”, *Financial Times*, 19 de noviembre, 1999, página 2 (donde se detallan las victorias en las elecciones nacionales de 1999 del PBJ); Editorial, “Massaging the Temple: Not Enough to Cure PBJ’s Headache”, *Statesman* (Calcutta), 2 de noviembre, 2004, página 8 (revisando los intentos fallidos del PBJ por gobernar); S.M. Hali, “Advani’s Volte-Face!”, *Nation* (Pakistan), 21 de junio, 2005, Lexis, News Library, NTNPK file (describe las consecuencias de la inesperada derrota del PBJ en 2004); “Soutik Biswas, India’s Architect of Reforms”, *BBC News*, 14 de octubre, 2005, [http://news.bbc.co.uk/2/hi/south\\_asia/3725357.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/3725357.stm) (detalla el ascenso de Manmohan Singh, el primer Primer Ministro sikh de la India).

## B. Prohibiciones partidarias

Todas las constituciones limitan las opciones disponibles para la decisión de la mayoría. Sin embargo, varían en la graduación de la “inflexibilidad” de sus previsiones.<sup>99</sup> Algunas permiten cambios a través de una supermayoría; otras requieren que la aprobación sea demostrada durante un extenso período de tiempo.<sup>100</sup> Algunas también contienen previsiones no modificables, que están destinadas a definir a la sociedad indefinidamente, y no están sujetas a revisión en la medida en que la sociedad no se renueve por completo. Ejemplos de previsiones estáticas son la Ley Básica Alemana y, presumiblemente, el artículo quinto de la Constitución de los Estados Unidos, tanto en lo relativo a los mecanismos para enmendarla como a la prohibición específica de denegar a un estado su representación en el Senado. Otras constituciones ponen fuera de la mesa la forma básica de gobierno, como el artículo 139 de la Constitución de Italia, que prohíbe cualquier enmienda que altere la forma republicana, o el artículo 112 de la constitución de Noruega, que prohíbe enmiendas que “contradigan los principios incorporados en la Constitución.”<sup>101</sup>

La cuestión acerca de qué cláusulas quedan fuera de la posibilidad de cambios internos generalmente refleja las vicisitudes en el nacimiento de esa sociedad en particular.<sup>102</sup> Sea por medio de las numerosas protecciones a la esclavitud en la constitución original de los Estados Unidos, o del tormentoso reconocimiento del período Nazi en la constitución alemana de posguerra, esas cláusulas fijan los puntos débiles del orden social que no pueden tolerar un conflicto político directo. A su vez, muchos países prohíben la participación política de partidos que no comparten los objetivos fundamentales del orden constitucional. Así, no es sorprendente encontrar en la Constitución de Alemania Occidental los fundamentos de la prohibición de los descendientes de los partidos nazi y comunista,<sup>103</sup> o ver una prohibición temprana de los partidos comunistas en

---

99. Lawrence G. Sager, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*, páginas 81–82 (2004).

100. Véase, por ejemplo, la Constitución de Finlandia, art. 73 (dispone que una enmienda constitucional que se introduzca en una determinada sesión parlamentaria solo podrá ser aprobada luego de una elección parlamentaria); Constitución de Francia de 1958, art. 89 (requiere que las enmiendas sean aprobadas por dos asambleas sucesivas y un referendo).

101. Véase Jacobsohn, *supra* nota 71, página 138 (citando la Constitución italiana, art. 139; la Constitución de Noruega, art. 112). Para una discusión más completa de las constituciones como pactos de precompromiso frente a las preferencias mayoritarias actuales, véase Samuel Issacharoff, “The Enabling Role of Democratic Constitutionalism: Fixed Rules and Some Implications for Contested Presidential Elections”, 81 TEX. L. REV. 1985 (2003).

102. Esta observación no tiene nada de novedoso. La idea de Constitución como un documento dirigido a las realidades políticas de la sociedad en la que surge se remonta al menos hasta Aristóteles. Véase Aristóteles, *Política* § 1296b10, reimpresso en inglés como Aristotle, *The politics and the Constitution of Athens*, capítulo 9, página 109 (Stephen Everson ed. 1996) (afirma que las constituciones deben ser evaluadas de acuerdo con lo que es mejor para las condiciones reales).

103. Véase *Caso del Partido Socialista del Reich (Socialist Reich Party Case)*, Bundesverfassungsgericht BVerfG] Oct. 23, 1952, 2 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 1 (F.R.G.), traducido parcialmente por Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, página 218 (2d ed. 1997); *Caso del Partido Comunista (Communist Party Case)*, BVerfG Aug. 17, 1956, 5 BVerfGE 85, traducido en parte por Walter F. Murphy y Joseph Tanenhaus, *Comparative Constitutional Law*, página 621 (1977).

Ucrania<sup>104</sup> y otros ex países soviéticos. Como lo expresó la Corte Constitucional checoslovaca en una decisión de 1992 convalidando una ley de *lustration*,<sup>\*</sup> que había sido desafiada constitucionalmente, “[u]n Estado democrático no tiene sólo el derecho sino la obligación de hacer valer y proteger los principios sobre los que se basa.”<sup>105</sup>

Pero en muchos países la prohibición va significativamente más allá, definiendo los límites permitidos de deliberación democrática, y prohibiendo directamente los partidos que formulan demandas más allá de esos límites. Ejemplos comunes de esto son las prohibiciones de partidos que desafían la integridad territorial del país (lo que resulta en la prohibición en la participación electoral de los movimientos separatistas) o que buscan reconstituir la sociedad a lo largo de líneas religiosas. Los mejores casos aquí los encontramos en una serie de decisiones de la Corte Constitucional de Turquía, convalidando prohibiciones de partidos que abogaban por la independencia kurda o la fidelidad a la *sharia*, cuyas campañas fueron juzgadas como violatorias del compromiso constitucional con la integridad del país como un Estado secular orgánico.<sup>106</sup>

La mayoría de los países democráticos parecen trazar cierta forma de línea protectora en rededor del estatus legal de los partidos políticos. Esta protección significa que al definir constitucionalmente la extensión permitida a las políticas democráticas se define también el límite al derecho de organizar un partido político. Por ejemplo, el derecho constitucional de Alemania (anteriormente Alemania Occidental) brinda protecciones significativas de la capacidad de los partidos políticos de formarse y operar de manera eficiente en la arena electoral.<sup>107</sup> Sin embargo, esa protección es brindada sólo a los partidos que tienen el derecho de gozar de estatus legal como actores apropiados en una sociedad democrática. El artículo 21(2) de la Constitución alemana estipulaba: “Los partidos que, debido a sus objetivos o al comportamiento de sus adherentes, busquen deteriorar o abolir el orden democrático básico, o poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana, serán inconstitucionales. La Corte Constitucional Federal deberá decidir en torno a la cuestión de la inconstitucionalidad.”<sup>108</sup>

---

104. Véase *infra* texto principal que acompaña las notas 121-127.

• N. de la T.: el sentido del término es “purificar por medio de un sacrificio ritual”. Aplicado al ámbito político, alude a la exclusión o purga del gobierno de los agentes del sistema autoritario anterior. Sobre el tema, véase el artículo de Margarita Maxit, “El caso “Patti” y el desafío de asumimos como una sociedad democrática transicional”, publicado por la Revista Jurídica (Año 7, Número 2).

105. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes* vol. 3, páginas 346-350 (Neil J. Kritz ed., 1995) (presenta una traducción editada de la decisión de la Corte Constitucional checoslovaca sobre la ley de *lustration*, 26 de noviembre, 1992). Para un análisis del tratamiento dado en Hungría a las leyes de *lustration*, véase Gábor Halmai y Kim Lane Scheppele, “Living Well Is the Best Revenge: The Hungarian Approach to Judging the Past”, en *Transitional Justice and the Rule of Law in the new Democracies*, páginas 155 y 171-78 (A. James McAdams ed., 1997).

106. Véase Dicle Kogacioglu, “Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey: Judicial Delimitation of the Political Domain”, 18 INT’L SOC. 258 (2003).

107. Véase *Tercer Caso de Financiamiento de Partidos (Party Finance Case III)*, BVerfG, 19 de julio, 1966, 20 BVerfGE 56, parcialmente traducido en Kommers, *supra* nota 103, página 204; *Segundo Caso de Financiamiento de Partidos (Party Finance Case II)*, BVerfG, 24 de junio, 1958, 8 BVerfGE 51, traducido en forma parcial en Kommers, *supra* nota 103, página 201.

108. GRUNDGESETZ [GG] [Ley Fundamental] art. 21(2), traducido en forma parcial en Kommers, véase *supra* nota 103, páginas 507 y 511; también véase *id.* art. 9(2), traducido parcialmente en Kommers, *supra* nota 103, páginas 507 y 509 (prohibiendo “asociaciones cuyo propósito o actividades... son directamente contrarias al orden constitucional”); *id.* art. 5(3), traducido en forma parcial Kommers, véase nota 103, páginas 507 y 508 (declarando que la enseñanza “no exime (a una persona) de prestar lealtad a la Constitución”).



En los primeros días de la República Federal, la Corte ejerció dos veces su poder derivado del Artículo 21 de declarar inconstitucional un partido: en 1952, en el caso *Partido Socialista del Reich* [*Socialist Reich Party*],<sup>109</sup> ilegalizó un partido neo-nazi; y en 1956, en el caso *Partido Comunista*,<sup>110</sup> ilegalizó el *Partido Comunista de Alemania* (*KPD*, por sus siglas en alemán). En cada uno de estos casos, el límite constitucional del espacio de lo que podía ser puesto frente al electorado también definió los límites de la organización de un partido político legal.

Mientras existen distintos modos de implementación, el entendimiento básico en el que se basan estas prohibiciones a los partidos es que éstos están dentro o fuera del proceso democrático.<sup>111</sup> Si sus fines son lo suficientemente contrarios al núcleo de principios democráticos, pueden ser prohibidos. La mayor parte de las prohibiciones derivan su autoridad directamente de la Constitución; Francia es excepcional en este sentido, ya que se basa en una ley de 1936 que regula la existencia de milicias privadas.<sup>112</sup> Algunas prohibiciones constitucionales tienen una textura bastante abierta, como el artículo 49 de la Constitución italiana, que prohíbe a los partidos violar el “método democrático.”<sup>113</sup> La mayoría son más específicos, como el artículo 21 de la Ley Básica Alemana, que garantiza el derecho a la libre formación de partidos políticos pero estipula que “su organización interna debe ajustarse a los principios democráticos”, y prohíbe de plano a los partidos que “busquen deteriorar o abolir el orden democrático básico, o poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana.”<sup>114</sup> Sin embargo, la otra cara de esta cuestión es que, si no están prohibidos, los partidos disfrutan de derechos plenos a la libre expresión; de acuerdo con la Corte Constitucional alemana, “la Ley Básica tolera los peligros que son inherentes a las actividades de cada partido político, hasta que sea declarado inconstitucional.”<sup>115</sup>

Cada prohibición está respaldada por al menos una de tres argumentaciones, cada una de las cuales genera un conjunto distinto de preocupaciones. En primer lugar están las prohibiciones sobre partidos que parecen operar como un frente legal o de propaganda de grupos terroristas o insurreccionales que están independientemente sujetos a procesos penales u operaciones militares defensivas. En segundo lugar, existen prohibiciones sobre partidos que se alinean con fuerzas regionales independentistas, generalmente bajo premisas religiosas o distinciones étnicas, que adoptan una postura política en oposición a la

109. BVerfG, 23 de octubre, 1952, 2 BVerfGE 1, traducido en parte en Kommers, nota 103, página 218.

110. BVerfG, 17 de agosto, 1956, 5 BVerfGE 85, traducido en parte en Murphy & Tanenhaus, *supra* nota 103, página 621. Para una discusión general del caso, véase Kommers, *supra* nota 103, páginas 222–24.

111. Véase Paul Franz, “Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American comparison”, 5 B.C. INT’L & COMP. L. REV. 51, página 63 (1982) (señala que bajo la ley alemana los partidos políticos “no serán sujetos a discriminación e intervención por parte del gobierno, en la medida en que la Corte Constitucional no determine que el partido es inconstitucional”).

112. Véase Yigal Mersel, “The Dissolution of Political Parties: The Problem of Internal Democracy”, 4 INT’L J. CONST. L. 84, página 92 n. 41 (2006) (donde contrasta la autoridad otorgada por la ley en Francia con las previsiones constitucionales en Croacia, Italia, Alemania, Polonia y España).

113. Niesen, véase nota 15, sección 19 (citando la Constitución de Italia, art. 49).

114. GG [Ley Fundamental]art. 21(1), (2), traducido en Kommers, *supra* nota 103, páginas 507 y 511.

115. *Caso de los Grupos Radicales* (*Radical Groups Case*), BVerfG, 14 de febrero, 1978, 47 BVerfGE 198, traducido parcialmente en Kommers, nota 103, páginas 224 y 227.

continuidad de la integridad territorial del país. Finalmente, hay prohibiciones de partidos que buscan una plataforma para desafiar sustancialmente el núcleo de valores de la democracia liberal, tal como se los acepta en el orden constitucional preexistente, pero cuyo objetivo es (en mayor o menor medida) llegar al poder a través del mandato de la mayoría en la arena electoral.

Estas categorías no requieren ser excluyentes. Por ejemplo, podría decirse que la plataforma de *Hezbollah* en el Líbano contiene elementos de los tres. El gobierno de Turquía ha justificado la supresión de partidos que apoyaban el nacionalismo kurdo sobre la base de que éstos participaban de o brindaban apoyo a acciones guerrilleras contra el gobierno. Lo mismo puede decirse del partido *Batasuna* en España; aunque la organización está dedicada al tema de la independencia vasca, su prohibición se basó en sus relaciones con el grupo terrorista ETA.<sup>116</sup>

Aun cuando estas categorías no pueden ser herméticamente separadas una de la otra, ellas echan luz sobre la naturaleza cambiante de las organizaciones políticas antidemocráticas actuales. Las dos primeras categorías, los partidos con fines insurreccionales o de independencia regional, representan ataques minoritarios al sistema político. Ambas buscan usar la arena electoral con el fin de corroer la capacidad del cuerpo político más amplio de resistir ataques al núcleo de la estructura organizativa del estado. Cada una de ellas plantea diferentes problemas a las sociedades democráticas, particularmente desde que las plataformas políticas de los partidos que buscan la independencia regional probablemente contienen reclamos legítimos, concernientes al trato discriminatorio que reciben las minorías nacionales o étnicas dentro de la sociedad más amplia. Es la tercer categoría la que resulta más problemática y, como sostendré, la más peligrosa. La estrategia para ganar poder empleada por los partidos de esta categoría es la misma que usaron los nazis, tal como se refleja en la cita introductoria de Goebbells. Y es este aspecto de los partidos clericales islámicos, como *Hamas* y *Hezbollah*, el que ha resultado tan decepcionante para los defensores optimistas de la democracia en Medio Oriente.

1. Partidos Insurreccionales. Es mejor comenzar definiendo una categoría de partidos que pueden llegar a buscar participar en el proceso electoral a fin de realizar propaganda de sus puntos de vista, pero sin ningún propósito serio de competir por un cargo político. Esta categoría describe a muchos partidos minoritarios alrededor del mundo, incluyendo a terceros partidos en los Estados Unidos. A pesar de su ausencia de capital político, estos partidos pueden causar problemas al orden político si usan la arena electoral como un foro organizativo para ataques insurreccionales al Estado, o como un medio para defender actividades ilegales. Este peligroso subconjunto puede incluir tanto a los partidos fundados por empresas criminales, como los cárteles de droga,<sup>117</sup> como a los partidos que actúan al servicio de poderes extranjeros hostiles. Mientras ambos tipos de partido generan cuestiones

---

116. Comella, véase *supra* nota 20, páginas 134–35.

117. En un ejemplo extremo, el presidente colombiano Ernesto Samper fue acusado de aceptar \$6 millones del Cartel de Cali para financiar su campaña en 1994. Véase la entrevista de Charles Krause a Ernesto Samper, ex Presidente de Colombia (20 de marzo, 1996), disponible en [http://www.pbs.org/newshour/bb/latin\\_america/colombia\\_3-20.html](http://www.pbs.org/newshour/bb/latin_america/colombia_3-20.html).

en torno a los límites del sistema electoral, los mejores ejemplos, y los más problemáticos, no provienen de los esfuerzos electorales de los cárteles de drogas, sino de los partidos comunistas de varios sistemas democráticos.

Alemania nos brinda aquí el mejor ejemplo, uno incluso más claro que los casos de la *Smith Act* en los Estados Unidos. Al analizar los casos de exclusión de partidos en Alemania, existe una tendencia natural a poner juntos los casos de los partidos *Socialista del Reich* y *Comunista*; ambos partidos tienen lazos con ideologías totalitarias y surgieron en un momento de vulnerabilidad real para Alemania Occidental. Como explico más adelante, sin embargo, el *Partido Socialista del Reich* fue, a los fines prácticos, un vehículo para desestabilizar la democracia alemana en un intento por recrear el gobierno Nazi.<sup>118</sup> La Corte alemana decidió ese caso rápidamente y sin mucha vacilación, aunque enfrentó algunas dificultades analíticas. Pero en el caso del *Partido Comunista*, la Corte tardó seis años en tomar una complicada decisión, de 300 páginas, enfocada principalmente en la naturaleza de la ideología marxista-leninista. El objeto de esta ideología, según la Corte, era organizar las actividades partidarias bajo la democracia “como un estado de transición para la más fácil eliminación del orden democrático libre como tal”<sup>119</sup>:

En consecuencia, el *KPD* debe en realidad denegar a todos los demás partidos... cualquier derecho a existir en el sentido de una participación duradera con iguales derechos. Pero precisamente esa participación duradera es el prerequisite para el funcionamiento del principio multipartidario —y para la lucha de poder entre varios partidos— dentro de una democracia libre.

... Lo mismo es básicamente cierto respecto de la actividad parlamentaria del *KPD*. En el sistema parlamentario de la democracia liberal, cada partido que participa para formar la voluntad política tiene que gozar de la oportunidad de alcanzar lo más cerca posible sus propias metas a través de su actividad en el parlamento. Pero ningún partido puede perseguir metas materiales cuya consecución excluiría la existencia de los demás partidos para siempre... Y... ésta es precisamente la meta del *KPD*.<sup>120</sup>

La dificultad es que la pregunta que la Corte debía responder no era si la adopción del marxismo-leninismo por parte del *KPD* era contraria o inclusive hostil a los valores democráticos liberales; lo mismo podía decirse de los profesores universitarios marxistas o los activistas sociales. En lugar de esto, la pregunta que la Corte tenía enfrente residía en la legitimidad constitucional de prohibir un partido que promovía ideas que ciertamente formaban parte del legado intelectual alemán.

El *KPD* fue cuidadoso en presentar sus formulaciones electorales en términos de una crítica al trato de clase y otros temas sociales y políticos por parte de Alemania y sus aliados, sin promover una conquista militar por parte de una potencia extranjera. La opinión

118. Véase *infra* texto principal que acompaña las notas 228-231.

119. *Caso del Partido Comunista (Communist Party Case)*, BVerfG, 17 de agosto, 1956, 5 BVerfGE 85, traducido parcialmente en Murphy & Tanenhaus, *supra* nota 103, páginas 621 y 625.

120. *Id.*, traducido parcialmente en Murphy & Tanenhaus, *supra* nota 103, páginas 621 y 624 (primera y tercera omisión en el original).

de la Corte es insatisfactoria debido a su falla a la hora de vincular directamente al *Partido Comunista* con la amenaza real que se percibía contra la democracia alemana: las tropas del Pacto de Varsovia reunidas a distancia de tiro de la frontera de Alemania Occidental. La opinión vuelve repetitivamente a los esfuerzos del partido por menospreciar todas las instituciones de Alemania Occidental y de agitar contra los lazos del país con los Estados Unidos, dejando sin acreditar el apoyo implícito del *KPD* por parte del otro protagonista de la Guerra Fría.

Sin embargo, la opinión incluye trazos sobre la necesidad de tolerar *ideas* sobre el comunismo fuera del contexto inmediatamente peligroso. Por ejemplo, la Corte agregó que “prohibir al *KPD* no es legalmente incompatible con reautorizar a un partido comunista si las elecciones fueran a ser celebradas a lo largo de toda Alemania”,<sup>121</sup> una invitación clara a revisar el precedente de la Corte fuera del contexto de la Guerra Fría (un conflicto que no parecía muy distante ni particularmente “frío” en la Alemania de los años ’50). En efecto, la Corte trató al *KPD* como a una organización que estaba intentando usar el sistema electoral para desmoralizar y desestabilizar la política alemana, para promover los objetivos de un enemigo que acechaba en la frontera. Las privaciones que siguieron a la Segunda Guerra Mundial y la presencia de tropas extranjeras a lo largo de toda Alemania eran un recuerdo demasiado fuerte del período que siguió a la Primera Guerra Mundial, durante el cual la democracia alemana no pudo afianzarse. Bajo estas circunstancias, el *Partido Comunista* se convirtió en algo más que un actor electoral marginal y, en su lugar, asumió el rol de una alianza de fuerzas en procura de desarmar al Estado democrático alemán, no meramente a través de elecciones, sino en combinación con una amenaza externa real.

Durante los años en lo que el caso estuvo pendiente, y más aun en las décadas siguientes, el *Partido Comunista* perdió su poder residual de atracción derivado de su oposición a Hitler antes y durante la guerra. Esta agonizante sensación de inmediatez es probablemente una de las razones por las que la decisión no soporta una lectura exigente. Más todavía, durante el mismo período, la economía de Alemania Occidental floreció y la amenaza percibida desde el Este disminuyó. En 1968, cuando se creó una nueva organización conocida como el *Partido Comunista Alemán (DKP)*, el gobierno no adoptó ninguna medida para desmantelarla. Aunque es verdad que el nuevo partido había dejado de lado las invocaciones inflamatorias acerca de la dictadura del proletariado en su retórica oficial, la única diferencia genuina parecía consistir en la ausencia de una amenaza percibida —cualquier apariencia de peligro claro y actual— de un partido identificado con la Alemania Oriental y el bloque Soviético.

Tal vez, finalmente, sea también sobre esta atención a la amenaza percibida que los casos del *Smith Act* trataban. En cada caso, el gobierno afirmaba que el *Partido Comunista* era simplemente un medio para el reclutamiento, el financiamiento y la propaganda en nombre de un adversario militar poderoso. Aunque no fueron decididos exactamente en esos términos, los casos tendieron a formular preguntas consistentes con esta línea argumental. La Corte, en esencia, examinó el ámbito del peligro —definido en primer lugar en términos militares o insurreccionales— o la medida en la que el partido en cuestión estaba vinculado directamente con un orden adverso.

---

121. *Id.*, traducido parcialmente por Murphy & Tanenhaus, véase nota 103, páginas 621 y 626.

Encontramos otro buen ejemplo en Ucrania, donde apenas días luego de la declaración de independencia de la Unión Soviética en 1991, un comité especial de la nueva legislatura promulgó un par de decretos prohibiendo el *Partido Comunista de Ucrania* e incautando sus bienes.<sup>122</sup> En 1997, después de varios años de fallidos intentos legislativos por levantar la prohibición, el *Partido Comunista* desafió el decreto ante la Corte Constitucional de Ucrania. En 2001, diez años enteros luego de la derrota del orden soviético, la Corte finalmente anuló la prohibición sobre el *Partido Comunista*.<sup>123</sup> La Corte señaló que la carta orgánica del partido había cambiado y que ahora aspiraba a “seguir las leyes y la Constitución.”<sup>124</sup> Más importante, sin embargo, fue la conclusión de que el partido era una organización independiente, constituida de nuevo, y no una continuación del *Partido Comunista de la Unión Soviética (PCUS)*, que según la Corte no era un partido político regular porque “conservaba su liderazgo desde la era soviética.”<sup>125</sup> De hecho, la Corte Constitucional rusa aplicó virtualmente el mismo enfoque al convalidar la disolución del aparato de gobierno del *PCUS* y del *Partido Comunista Ruso*, mientras que permitía que los partidos comunistas regionales se reconstruyeran de manera independiente de cualquier apoyo material, u otro tipo de apoyo derivado directamente del antiguo régimen soviético.<sup>126</sup>

Entendido bajo esta luz, el test del peligro claro y actual tiene más sentido para tales partidos insurreccionales. Podía interpretarse que la Corte alemana intentaba buscar un principio que acomodara las necesidades de los primeros días de la Guerra Fría, pero que excluyera las prohibiciones generales sobre partidos comunistas, lo que implicaba una supresión ideológica demasiado amplia. El test del peligro claro y actual parece razonablemente adecuado para medir la extensión en la que un partido con una ideología afín a un poder hostil puede en efecto implicar una amenaza para la seguridad nacional. De hecho, poco distingue esta forma de organización partidaria de una conspiración para cometer delitos o traición.

Mientras el riesgo a la estabilidad democrática que aparece un partido surge de la amenaza de una conducta extralegal, el test del peligro claro y actual dirige debidamente la atención de una corte a la inminencia y probabilidad del daño.<sup>127</sup> El requisito de la inminencia sirve al mismo propósito que el requisito de que haya un acto manifiesto en el derecho que regula las conspiraciones criminales. Y así es como comenzaron los casos de la *Smith Act*: como investigaciones criminales. Sin embargo, volviendo al contexto estadounidense, es precisamente este aspecto de *Dennis* que continúa resultando perturbador. Lo que

122. Véase Alexei Trochev, “Ukraine: Constitutional Court Invalidates Ban on Communist Party”, *I INT’L J. CONST. L.* 534, página 535 (2003).

123. Véase *id.*, páginas 536–39 (analiza *Rishennia KSU (Konstyutsijnogo Sudu Ukrainy)* [Decisión de la Corte Constitucional de Ucrania], No. 20-RP/2001 del 27 de diciembre, 2001, *Visnyk Konstyutsijnogo Sudu Ukrainy* (bimestral), 2001, No. 6, páginas 39–45 [de aquí en más decisión No. 20-RP/2001]).

124. *Id.* at 538 (citando la decisión No. 20-RP/2001, ¶ 7) (citas omitidas).

125. *Id.*

126. Véase Yuri Feofanov, “The Establishment of the Constitutional Court in Russia and the Communist Party Case”, 19 *REV. CENT. & E. EUR. L.* 623 (1993).

127. Véase Shlomit Wallerstein, “Remote Harm and the case of Anti-democratic Activity”, (2007) 28(6) *Cardozo Law Review* (volume of symposium in Honour of George Fletcher) 2697-2737 (examina la aplicación de los principios del derecho penal a la incitación a actividad antidemocrática).

había comenzado como una investigación en el ámbito del espionaje soviético<sup>128</sup> se transformó, al momento de *Dennis*, en una persecución penal por conspiración para promover el derrocamiento del gobierno por medio de la fuerza y la violencia.<sup>129</sup> Debido al carácter poco claro de los cargos, *Dennis* no contribuye a determinar el nivel de amenaza que una democracia debe tolerar, antes de decidir que su compromiso central con la elección popular está en riesgo de ser subvertido (una pregunta necesariamente difícil de responder en abstracto). Pero la naturaleza de los cargos en *Dennis* le permitió a la Corte enfocarse sobre ideas en vez de analizar la medida en que el Partido Comunista era, a efectos prácticos, el caballo de batalla para un desafío militar contra los Estados Unidos.

2. Partidos separatistas. En una primera mirada, los partidos separatistas plantean básicamente los mismos problemas que los partidos insurreccionales. Ambos se alinean con movimientos que buscan alterar la forma preexistente del Estado; ambos descartan cualquier perspectiva real de ganar la adhesión de la mayoría de la ciudadanía en el cuerpo político general. A menudo, los movimientos separatistas tendrán componentes paramilitares que amenazarán la seguridad física del Estado democrático o de la ciudadanía. En tales casos, una sociedad democrática puede esgrimir un interés concluyente por la seguridad, para protegerse a sí misma contra la insurrección armada, y puede buscar prohibir al partido político no militar que promueva fines separatistas.

Sin embargo, a diferencia de un partido insurreccional que se alía con fuerzas extranjeras o se apoya en elementos criminales dentro del país, estos partidos separatistas parecen encontrar apoyo, invariablemente, por medio de oponerse a la opresión percibida por una región en particular o un subgrupo étnico de la población. Al defender la causa de grupos oprimidos dentro del cuerpo político general, estos partidos separatistas desarrollan frecuentemente una relación incómoda, y a menudo conflictiva, con los grupos armados que pelean por los mismos objetivos generales. Asimismo, y también a diferencia de los partidos insurreccionales, ellos típicamente no buscan tomar el control de todo el Estado a través de medios electorales, paramilitares u otros. En lugar de esto, estos partidos buscan desafiar la capacidad de la mayoría de continuar sosteniendo a una región en particular del país, y a menudo se promueven a sí mismos como encarnando el reclamo a la autodeterminación democrática de la mayoría de los ciudadanos del área disputada.<sup>130</sup> Su objetivo es típicamente la independencia, no la conquista de todo el estado. Los partidos separatistas se identifican con un reclamo general a favor de los derechos de una sección del país definida regionalmente y generalmente subordinada a aquél. Por ello, con facilidad invocan el lenguaje de la autodeterminación, para afirmar una

---

128. Véase Stone, *supra* nota 44, página 367.

129. *Id.* página 396.

130. Hay excepciones que complican el panorama. La proclamación por parte de la Ley Fundamental del carácter judío del Estado de Israel puede irritar a los árabes israelíes. La resistencia de los partidos árabes en Israel a aceptar esta caracterización ha ocasionado muchos intentos de prohibir esos partidos, que los tribunales han resistido sin una demostración de un vínculo con la OLP o el terrorismo. Para un relato abarcativo de las primeras prohibiciones a los partidos árabes, véase Ron Harris, "A Case Study in the Banning of Political Parties: The Pan-Arab Movement El Ard and the Israeli Supreme Court" (Aug. 22, 2004) (manuscrito sin publicar, en archivo de la Harvard Law School Library).

justificación democrática independiente para su derecho de abogar por la disolución del cuerpo político general.<sup>131</sup>

Los partidos separatistas son un blanco frecuente para la exclusión de la arena electoral como consecuencia de dos razones particulares. En primer lugar, y como los partidos insurreccionales, ellos pueden servir como una fachada legal para los ataques al Estado a través de la fuerza o la violencia. Ésta es, en efecto, la historia de *Batasuna* en España, al igual que la de su partido afiliado, el *Herritarren Zerrenda*, que buscaba presentar la misma plataforma para las elecciones parlamentarias europeas.<sup>132</sup> Varios partidos nacionalistas kurdos en Turquía, el *Sinn Fein* en Irlanda del Norte, y muchos otros ejemplos plantean las mismas cuestiones. En segundo lugar, cualquier país —Francia, Turquía, Irak, Israel y España son claros ejemplos— puede declarar que el tema de sus fronteras territoriales está más allá del ámbito propio del debate político.

Precisamente debido a que tales minorías regionales, en particular si están caracterizadas por diferencias lingüísticas, religiosas o étnicas, son propensas a ser discriminadas en muchas manifestaciones de la vida civil (sin mencionar la represión policial directa, inclusive en sociedades democráticas relativamente tolerantes), el riesgo de una conducta oficial inadecuada es alto. En términos del derecho constitucional estadounidense, aquí es donde esperaríamos ver el comportamiento judicial más celoso. Existe un riesgo extraordinario de que el debate se defina dejando fuera las expresiones políticas de los padecimientos de la minoría. Aquí, como en el caso de los partidos insurreccionales, podemos retornar al test del peligro claro y actual como un filtro alto de los esfuerzos gubernamentales por denegar una voz política a minorías bajo ataque.

El caso de Letonia luego de que lograra su independencia nacional de la Unión Soviética presenta un ejemplo extremo. Como parte de su libertad recientemente ganada, Letonia decretó que el letón sería el lenguaje oficial del cuerpo político, y que todos los candidatos a cargos nacionales debían demostrar buen manejo de él para, según el propósito declarado, ser capaces de conducir los negocios del país eficientemente.<sup>133</sup> El efecto fue reducir la capacidad de la minoría ruso-parlante (que constituía un cuarenta por ciento de la población) de participar en el gobierno. Esta cuestión era particularmente problemática, dado que la población rusa había arribado a Letonia principalmente durante la ocupación soviética, pero ahora estaba mayormente compuesta por personas que no conocían otra tierra como hogar. Al momento de revisar la exclusión de un candidato que no pudo probar un buen manejo del letón, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoció que exigir un “conocimiento suficiente de la lengua oficial persigue un fin legítimo”,<sup>134</sup> pero sin embargo invalidó la aplicación del requisito del lenguaje por presentar problemas básicos de justicia procedimental (*procedural fairness*).<sup>135</sup>

---

131. Para un análisis de la relación entre normas de derecho internacional y los reclamos de autodeterminación, véase Macklem, nota 21, páginas 504–10 (describiendo el debate en el derecho de la Unión Europea respecto de los reclamos de auto-determinación como derecho democrático central).

132. Véase Ayres, *supra* nota 91.

133. El marco legal se describe en *Podkolzina v. Latvia*, 2002-II Eur. Ct. H.R.443, 452–56.

134. *Id.* página 460.

135. *Id.* páginas 460 y 61.

Turquía provee el terreno más fértil para analizar el rango permisible de prohibiciones a partidos políticos, particularmente en lo atinente a los reclamos separatistas. La Constitución de Turquía es un documento extraordinario, que refleja sus orígenes en los poderosos esfuerzos de Kemal Atatürk para forzar una rápida occidentalización luego del colapso del Imperio Otomano. Como un principio guía, el preámbulo de la Constitución de Turquía consagra los principios de Atatürk, “el líder inmortal y el héroe sin rival” de la República de Turquía,<sup>136</sup> y provee un compromiso textual explícito con la integridad territorial del país: “[N]o se protegerá ninguna actividad que sea contraria a los intereses nacionales de Turquía... [o] al principio de indivisibilidad de la existencia de Turquía, con su Estado y territorio...”<sup>137</sup>

La Constitución turca, asimismo, prohíbe expresamente los desafíos a “la independencia del Estado, su integridad indivisible con su territorio y nación.”<sup>138</sup> Pero además de simplemente afirmar estos requisitos, la Constitución exige que la Corte Constitucional disuelva permanentemente cualquier partido político que amenace al Estado de cualquiera de las formas enumeradas.<sup>139</sup> La Ley Nro. 2820 brinda una pauta acerca de la regulación de los partidos políticos. Esta norma prohíbe a los partidos buscar “poner en riesgo la existencia del Estado y la República turcas, abolir derechos y libertades fundamentales, introducir discriminación en base a... la religión o la pertenencia a una secta religiosa, o establecer... un sistema de gobierno basado en cualquiera de esas nociones o conceptos.”<sup>140</sup> La ley fue empleada para convalidar una prohibición sobre el *Partido Comunista Turco* sobre la base de que su programa “en apoyo de lenguas y culturas no turcas [estaba] guiado a crear minorías, en perjuicio de la unidad de la nación turca”.<sup>141</sup> La prohibición fue luego invalidada por el TEDH.<sup>142</sup>

Una aplicación similar del principio de integridad territorial condujo a prohibiciones directas de varios partidos kurdos. Estos casos son difíciles, porque la supresión de la promoción política de la causa kurda se acerca mucho a una represión lisa y llana de una minoría nacional desaventajada. En 1992, el gobierno acusó al *Kurdish Halkin Emek Partisi* (el *Partido Laboral Popular*, o *HEP*) de promover el separatismo kurdo “con el objetivo de destruir la ‘unidad inseparable’” del Estado turco.<sup>143</sup> Al decidir disolver el partido, la Corte Constitucional de Turquía<sup>144</sup> intentó trazar una distinción entre la vida

---

136. Preámbulo de la Constitución de Turquía traducido en *18 Constitutions of the countries of the world: Turkey 1* (Gisbert H. Flanz ed., Ömer Faruk Genckaya trans., 2003) [de aquí en más *Constitutions of the world: Turkey*].

137. *Id.*, traducido en *18 Constitutions of the countries of the world: Turkey*, *supra* nota 136, página 1.

138. *Id.* art. 68, traducido en *18 Constitutions of the countries of the world: Turkey*, *supra* nota 136, página 22.

139. *Id.* art. 69, traducido en *18 Constitutions of the countries of the world: Turkey*, *supra* nota 136, páginas 22–23.

140. La ley No. 2820 no ha sido traducida del turco. El artículo relevante, § 78, esta traducido en *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, 35 Eur. H.R. Rep. 56, 74 (2002).

141. *United Communist Party of Turkey v. Turkey*, 1998-I Eur. Ct. H.R. 1, 10.

142. *Id.* página 39.

143. Kogacioglu, *supra* nota 106, página 263.

144. La decisión de la Corte Constitucional no ha sido traducida del turco. Es analizada de manera inteligente por Dicle Kogacioglu. Véase *id.*



cotidiana, en la que es legítimo seguir una tradición cultural divergente, y la política, en la que invocar la misma tradición se transforma en un reclamo político ilegítimo que amenaza la unidad del Estado y el orden público.<sup>145</sup> La Corte sostuvo que el uso del lenguaje kurdo en el ámbito de la política, como otras actividades del *HEP*, daba una pauta sobre un compromiso prohibido con el “separatismo”, que amenazaba dañar la unidad del Estado.<sup>146</sup>

Las decisiones de la Corte turca en el caso de *HEP* fueron más tarde invalidadas por el TEDH, el que sostuvo que la disolución del *HEP* era una violación del derecho de la libre asociación, y multó al gobierno turco.<sup>147</sup> Sin embargo, ésta no fue la última palabra en el tema. La Corte turca convalidó nuevamente la supresión de partidos kurdos sobre la base de que su apoyo a las demandas nacionalistas kurdas y su defensa de los padecimientos de este grupo violaban la integridad territorial del Estado turco, o representaban un rechazo de la democracia como tal. Estas decisiones fueron revocadas por el TEDH en 1999 y 2002.<sup>148</sup>

El caso *Yazar v. Turkey*,<sup>149</sup> de 2002, que involucró nuevamente al *HEP*, es particularmente instructivo. La Corte Constitucional turca había convalidado la prohibición del *HEP* sobre la base de que su plataforma partidaria minaba la integridad del Estado, al “buscar dividir la nación turca en dos, con turcos por un lado y kurdos por el otro, con la finalidad de establecer Estados separados.”<sup>150</sup> Un punto crítico de esta postura fue que el *HEP* rehusara denunciar los objetivos del *Partiya Karkerên Kurdistan (PKK)*, una fuerza insurreccional kurda con una historia de ataques terroristas sobre objetivos turcos.<sup>151</sup> De acuerdo con la Corte turca, el *HEP* se refirió al *PKK* como “combatientes por la libertad” y describió la lucha de la guerrilla como un conflicto “internacional” entre distintas fuerzas nacionales.<sup>152</sup>

El TEDH dejó sin efecto la prohibición al amparo del artículo 11 de la Convención Europea, que garantiza derechos básicos de asociación y asamblea, incluyendo el derecho a formar partidos políticos.<sup>153</sup> El artículo 11 niega a los Estados el poder de restringir el derecho de asociación, excepto en el supuesto de que estas medidas “sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o la seguridad pública... o para proteger los derechos y las libertades de otros.”<sup>154</sup> Al rechazar el reclamo turco en torno a que la propaganda política del *HEP* otorgaba un apoyo tácito al *PKK*, la Corte pareció particularmente preocupada por el derecho a representar a las minorías nacionales,

145. Véase *id.* página 265.

146. *Id.*

147. Véase *id.* página 271.

148. Véase *Yazar v. Turkey*, 2002-II Eur. Ct. H.R. 395; *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, 1999-VIII Eur. Ct. H.R. 293.

149. 2002-II Eur. Ct. H.R. 395.

150. *Yazar*, 2002-II Eur. Ct. H.R. at 402 (citas de la Corte Constitucional Turca) (omisión de las citas internas).

151. *Id.*

152. *Id.*

153. La aplicación del artículo 11 a los partidos políticos se originó en *United Communist Party of Turkey v. Turkey*, 1998-I Eur. Ct. H.R. 1.

154. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales art. 11, ¶ 2, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221, reimpresso en Francis G. Jacobs y Robin C.A. White, “*The European convention on human rights*”, páginas 422 y 426 (2da. ed. 1996).

en la medida en que no haya un apoyo directo al uso de la fuerza o violencia, y que el partido político mantenga su fidelidad a los principios democráticos.<sup>155</sup> “En ausencia de cualquier apelación al uso de la violencia o cualquier otro método ilegal”, decretó la Corte, en su interpretación del test del peligro claro y actual:

[S]i pudiera determinarse que un grupo político apoya actos de terrorismo sólo por el hecho de promover estos principios [sobre la autodeterminación nacional], ello reduciría la posibilidad de tratar asuntos relacionados en el contexto de un debate democrático, y permitiría a los movimientos armados monopolizar el apoyo de los principios en cuestión. ...

Más aun, la Corte considera que, incluso cuando las propuestas inspiradas en esa clase de principios probablemente choquen con las líneas principales de la política gubernamental o las convicciones de la mayoría del pueblo, es necesario para el funcionamiento apropiado de la democracia que los grupos políticos puedan ser capaces de introducirlas en el debate público, para ayudar a encontrar soluciones a problemas generales que involucran a políticos con todo tipo de perspectivas...<sup>156</sup>

El resultado es que bajo el derecho europeo emergente, los partidos separatistas, como los partidos insurreccionales, gozan de una amplia protección en la medida en que no se involucren en incitaciones reales o actos violentos contra el régimen democrático. En el caso de los partidos separatistas, la coexistencia con el reclamo de una minoría desaventajada debería aumentar el nivel de escrutinio judicial a favor de estos partidos, y restringir el ámbito de la supresión estatal permitida.

3. Partidos mayoritarios antidemocráticos. En última instancia, el mayor desafío para una democracia, al menos en términos conceptuales, proviene de la amenaza de ser asaltada no desde afuera sino desde adentro. Ni los partidos insurreccionales ni los separatistas tienen una esperanza realista de alcanzar el poder desde dentro del cuerpo electoral nacional. Así, por ejemplo, los partidos kurdos en Turquía nunca han intentado seriamente lograr una mayoría nacional para desestabilizar la democracia liberal o la integridad territorial de Turquía. Puede que sea necesario suprimir tales partidos, si es que apelan a medios ilegales. Pero en esos casos su prohibición debe mantenerse o ser derribada en función de su nivel de compromiso con formas pacíficas —y no paramilitares— de lucha para la separación nacional. No puede decirse lo mismo de los partidos que buscan usar los procesos democráticos mayoritarios para dismantelar a la democracia liberal, como en el caso de los partidos islámicos que buscan un estatus mayoritario con el propósito de imponer un derecho clerical.

Turquía ofrece la confrontación más dramática y difícil en este campo. Una vuelta a los principios básicos del constitucionalismo turco nos conduce a la prohibición de todas

---

155. *Yazar*, 2002-II Eur. Ct. H.R. at 413–14; véase también *id.*, página 413 (“El HEP no dio apoyo explícito o aprobación al uso de la violencia con fines políticos. Más aun, la incitación al odio étnico y la incitación a la insurrección son ofensas criminales en Turquía. Sin embargo, ninguno de los líderes del HEP ha sido condenado por ofensas de este tipo.”).

156. *Id.* páginas 413–14.

las expresiones religiosas en la arena cívica, una prohibición que el preámbulo de la Constitución identifica como uno de los principios básicos heredados de Atatürk.<sup>157</sup> El preámbulo ofrece un compromiso textual explícito con una cultura política secular, incluso al costo de una limitación de la libertad de expresión, y de excluir explícitamente la protección a las opiniones contrarias:

[N]inguna actividad contraria a... [l]as reformas y la modernización de Atatürk puede ser protegida, y..., tal como lo exige el principio [del secularismo], no puede permitirse que los sentimientos religiosos sagrados interfieran en modo alguno en los asuntos y políticas de estado.<sup>158</sup>

Basándose en la visión kemalista de Turquía como “un estado... democrático [secular]”,<sup>159</sup> la Constitución prohíbe a los partidos políticos interferir con “los principios de la república democrática [y secular]”; también ordena que ellos “no pueden tener por objeto apoyar o establecer una dictadura de clases, grupos o de cualquier tipo, y tampoco pueden alentar la comisión de ofensas.”<sup>160</sup>

La historia del secularismo impuesto bajo la Constitución turca es —como mínimo— compleja. Cuando el Estado ha sido amenazado por el ascenso de políticos islámicos carismáticos o partidos islámicos de masas, la Corte y los militares han surgido como las dos instituciones más proclives a prevenir cualquier tipo de movilización política islámica. Esta historia incluye intervenciones militares, tanto cubiertas como descubiertas, el encarcelamiento de líderes opositores, y una serie de medidas más allá del ámbito de lo tolerable en términos democráticos.<sup>161</sup> Pero recientemente, en particular desde que Turquía buscó su integración a la Unión Europea, la resistencia de ese país a los partidos islámicos ha adoptado formas principalmente legales.

El principal caso en Turquía se refiere al *Refah Partisi* (*Partido del Bienestar*), una organización islámica de masas que no sólo se convirtió en el mayor partido individual en el parlamento turco, sino que en 1996 formó una coalición gubernamental de la que fue el jugador principal.<sup>162</sup> A pesar del apoyo popular del que gozaba *Refah*, y en la expectativa de que se alzaría con una mayoría categórica en el parlamento en la siguiente elección, el partido fue acusado de “actividades contrarias al principio del secularismo.”<sup>163</sup> El Tribunal Constitucional turco ordenó la disolución del partido, la confiscación de sus bienes y su

157. Preámbulo de la Constitución de Turquía, traducido en *Constitutions of the countries of the world: Turkey*, véase nota 136, página 1 (“no puede permitirse que los sentimientos religiosos interfieran en forma alguna con los asuntos estatales y la política.”).

158. *Id.*, traducido en *Constitutions of the countries of the world: Turkey*, *supra* nota 136, página 1. Existen disposiciones similares y más específicas en el cuerpo de la Constitución. Véase por ejemplo, *id.* art. 14, traducido en *Constitutions of the countries of the world: Turkey*, *supra* nota 136, página 4 (“Ninguno de los derechos y libertades plasmados en la Constitución pueden ser ejercidos con la finalidad de... poner en peligro la existencia de la democracia (secular) de la República...”).

159. *Id.* art. 2, traducido en *Constitutions of the countries of the world: Turkey*, *supra* nota 136, página 2.

160. *Id.* art. 68, traducido en *Constitutions of the countries of the world: Turkey*, *supra* nota 136, página 22.

161. Para una buena descripción general de la perspectiva de la defensa de los derechos democráticos de los partidos islámicos, véase Noah Feldman, *After Jihad: America and the Struggle for Islamic Democracy*, páginas 105–11 (2003).

162. Véase *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, 2003-II Eur. Ct. H.R. 267, 269.

163. *Id.*, págs. 275–76.

reversión al Estado y la remoción del parlamento de cuatro miembros pertenecientes al *Refah*, y prohibió que sus líderes ocuparan cargos electivos por cinco años.<sup>164</sup>

Para el momento en que la cuestión del *Partido del Bienestar* llegó al TEDH, sin embargo, las reivindicaciones políticas islámicas habían llegado ya a dominar la política turca. La historia actual comenzó en 1970, cuando el profesor Necmettin Erbakan fundó el *Milli Nizam Partisi* (*Partido del Orden Nacional* o *PON*), el primero de una secuencia de partidos políticos que promovían en mayor o menor medida la imposición de la ley islámica en Turquía. Principalmente en cuanto a las vidas de los musulmanes en el país, pero con una extensión a todas las facetas de la vida pública. En el núcleo de la plataforma del *PON* había un plan para lo que denominaba la reparación de la vida espiritual doméstica, lo que incluía permitir el ejercicio público de la religión y el cierre de lugares de entretenimiento secular.<sup>165</sup> La Corte Constitucional encontró que este conjunto de medidas promovían una “Religión Revolucionaria”, en violación a la Constitución, y por ello disolvió el partido.<sup>166</sup> Un partido sucesor, el *Milli Selamet Partisi* (*Partido de Salvación Nacional*), también fundado por el profesor Erbakan,<sup>167</sup> encontró un destino similar, sólo que esta vez de manos del régimen militar que tomó el poder en 1980, disolvió todos los partidos políticos, y ordenó que se someta a juicio a los líderes políticos islámicos.<sup>168</sup>

Con el restablecimiento del gobierno civil continuó la misma danza. El profesor Erbakan fundó el *Partido del Bienestar*, un partido con pocos cambios respecto de sus encarnaciones anteriores. El *Partido del Bienestar* surgió como la principal fuerza en el Parlamento, y formó gobierno con dos partidos más pequeños y centristas. Cuando llegó el momento de que el *Partido del Bienestar* asumiera el control del gobierno bajo su pacto de coalición, sus socios se echaron atrás y la Corte Constitucional disolvió el partido, sosteniendo que era un “‘centro’... de actividades contrarias a los principios del secularismo.”<sup>169</sup> Aunque la Corte Constitucional turca encontró alguna evidencia de que el *Partido del Bienestar* presentaba cierta amenaza al orden público debido a su invocación de la *jihād* en sus mensajes públicos,<sup>170</sup> el único tema presentado en la apelación al TEDH era si las visiones sustantivas del *Partido del Bienestar* eran compatibles con la democracia liberal. La primera posición verdaderamente controversial asumida por el *Partido del Bienestar* fue la propuesta de que cada comunidad religiosa en Turquía fuera gobernada

---

164. Los hechos se exponen más acabadamente en una opinión anterior de un panel del TEDH. Véase *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, 35 Eur. H.R. Rep. 56, 63–73 (2002).

165. Véase Susanna Dokupil, “The Separation of Mosque and State: Islam and Democracy in Modern Turkey”, 105 W. VA. L. REV. 53, página 83 (2002).

166. *Id.* página 84.

167. Véase *id.*

168. Véase Talip Kucukcan, “State, Islam, and Religious Liberty in Modern Turkey: Reconfiguration of Religion in the Public Sphere”, 2003 BYU L. REV. 475, página 492.

169. Lance S. Lehnhof, Nota, “Freedom of Religious Association: The Right of Religious Organizations To Obtain Legal Entity Status Under the European Convention”, 2002 BYU L. REV. 561, 578 (citando a *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, 2003-II Eur. Ct. H.R. 267, 276) (citas internas omitidas).

170. Véase *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, 35 Eur. H.R. Rep. 56, 68 (2002) (cita el siguiente fragmento del discurso de Erbakan, en el cual se basó la corte de Turquía como evidencia de las actividades anti-seculares del *Partido del Bienestar* [*Welfare Party*]: “Refah llegará al poder y un orden [social] justo será establecido. La pregunta que debemos formularnos es si este cambio será violento o pacífico; si conllevará un derramamiento de sangre” (modificación en el original)).

de acuerdo con las leyes religiosas de su fe, un regreso a la práctica otomana de permitir amplia autonomía sobre la vida cívica a cada uno de los pueblos subsumidos al imperio. Más controversial aun fue el compromiso expresado por el partido a la *sharia* como fuente de toda ley básica. Esto presentaba de manera directa al TEDH el problema de si un partido podía ser prohibido debido a su compromiso con la *sharia*, y si el compromiso estatal con el secularismo podía servir de justificación para tal prohibición. Aunque la pregunta de si las imputaciones eran ciertas o meros pretextos sigue siendo motivo de disputa en Turquía, la cuestión aquí gira en torno del tratamiento que el TEDH dio a la existencia de un supuesto interés nacional por suprimir la política islámica excesiva.

El TEDH comenzó con un apoyo sorprendentemente fuerte al secularismo como “uno de los principios fundamentales del Estado [turco], que está en armonía con el estado de derecho (*rule of law*) y el respeto por los derechos humanos y la democracia.”<sup>171</sup> Por contraste, “una pluralidad de sistemas legales, como propone *Refah*, no pueden ser considerados como compatibles con el sistema de la Convención [Europea]”.<sup>172</sup> Fue inclusive más categórica su conclusión general de que “la *sharia* es incompatible con los principios fundamentales de la democracia, de la manera en que están reconocidos en la Convención.”<sup>173</sup> Esto llevó a la reafirmación crítica por parte del TEDH del poder inherente a los estados democráticos de adoptar una acción preventiva contra las amenazas al gobierno democrático y pluralista:

[U]n Estado no puede ser obligado a esperar, antes de intervenir, hasta que un partido político haya alcanzado el poder, y comenzado a tomar pasos concretos para implementar una política incompatible con los estándares democráticos de la Convención y la democracia, incluso cuando el peligro que esas políticas aparezcan para la democracia está lo suficientemente establecido y es inminente... [C]uando la presencia de un daño semejante ha quedado establecida por los tribunales nacionales, después de un detallado análisis sujeto a la rigurosa supervisión europea, un Estado puede “razonablemente impedir la ejecución de tal política... antes de que se haga un intento de implementarla mediante pasos concretos que puedan perjudicar la paz civil y el régimen político democrático del país”...<sup>174</sup>

El TEDH en ningún momento exigió prueba acerca de la inminencia de la desaparición de la democracia. El Tribunal sostuvo que “*Refah* tenía el potencial real de alzarse con el poder político”; sin embargo, esto no constituía evidencia de la inmediatez de la amenaza que sus principios aparejaban, sino simplemente del hecho de que la amenaza podía concretarse.<sup>175</sup> No había indicios de que el programa de *Refah* fuera suficientemente “claro y actual” como para constituir una amenaza directa del tipo que presenta un partido insurreccional. Pero yendo más al punto, lo que se hizo en Turquía no fue enjuiciar

---

171. *Refah Partisi*, 2003-II Eur. Ct. H.R. at 302.

172. *Id.* página 310.

173. *Id.* página 312.

174. *Id.* página 305 (citando a *Refah Partisi*, 35 Eur. H.R. Rep. at 91).

175. *Id.* página 307.

criminalmente a los miembros o líderes de *Refah*, sino impedir que la organización de un partido político con una base electoral persiguiera fines que los tribunales percibían como intolerantes.

A primera vista, esta opinión ofende muchas sensibilidades democráticas, particularmente aquellas nacidas en el ambiente de la libertad de expresión de los Estados Unidos. La condena de todo tipo de *sharia* fue, probablemente, demasiado indiscriminada, y casi con seguridad aplicó un estándar diferente a las creencias religiosas islámicas del que hubiera aplicado a cualquier fe cristiana. Asimismo, el uso de un estándar de “razonabilidad” deferente para la exclusión política de un partido con amplio apoyo popular deja mucha libertad a medidas nacionales que son necesariamente problemáticas. Sin embargo, el efecto de la sentencia de la Corte fue el mejor que cualquiera podía haber deseado. Bajo la presión de las prohibiciones debido a su fin proclamado de imponer un gobierno clerical, el *Partido del Bienestar* se fracturó.

A diferencia de las prohibiciones anteriores, que simplemente declararon ilegales las distintas encarnaciones del movimiento del profesor Erdogan sea a través de una intervención judicial o una militar, la decisión de la Corte Constitucional turca convalidada por el TEDH estuvo dirigida más quirúrgicamente a ciertos objetivos electorales. La decisión dejó en su lugar un bloque considerable del antiguo *Partido Refah* en el Parlamento, todavía con una enorme influencia sobre la política nacional. Bajo estas circunstancias, tal como con el *PBJ* en India, la perspectiva de reintegración a la política de Turquía permanecía como una posibilidad sujeta a una moderación de las amenazas percibidas a la continuidad del orden democrático.

El resultado fue que un ala moderada dirigida por el ex-alcalde de Estambul, Recep Tayyip Erdogan, él mismo un ex-protégido del profesor Erdogan, irrumpió para formar el *Partido Justicia y Desarrollo*, un partido islámico mucho más moderado. En 2002, Erdogan se convirtió en Primer Ministro cuando *Justicia y Desarrollo* emergió como el bloque más importante en el Parlamento. Bajo su tutela, Turquía ha dedicado esfuerzos a la integración a la Unión Europea y se conserva como un bastión de moderación en Medio Oriente.<sup>176</sup> Lejos de crear una barrera insuperable a la voz islámica en la política de Turquía, la disolución del *Partido del Bienestar* pareció disparar una realineación, en la que voces democráticas comprometidas con las autoproclamadas comunidades islámicas encontraron un modo de integración dentro de la vida política cotidiana de Turquía. Las aspiraciones políticas de los partidos islámicos como fuerzas electorales presentan, como lo plantea la profesora Nancy Rosenblum, una oportunidad para la integración democrática en tanto “los políticos concluyen que sus ambiciones son mejor satisfechas por medio de mostrar una moderación efectiva que manteniendo una pose de oposición para preservar el apoyo de ‘base’; y tal vez, sobre todo, por medio de la reiteración de elecciones y aprendizaje político.”<sup>177</sup> Sin duda, esto no representa la última palabra en la lucha entre el compromiso constitucional con el secularismo y un apoyo popular significativo a la política islámica. Pero bajo estas circunstancias, es difícil imaginar un mejor resultado.

---

176. Véase Thomas Patrick Carroll, “Turkey’s Justice and Development Party: A Model for Democratic Islam?”, 6 MIDDLE E. INTELLIGENCE BULL. No. 6–7 (2004), [http://www.meib.org/articles/0407\\_t1.htm](http://www.meib.org/articles/0407_t1.htm).

177. Nancy Rosenblum, “Banning Parties”, 1 Law & Ethics Hum. RTS. 17, página 74 (2007).

### C. Exclusión de partidos de la arena electoral

En muchos países, la arena electoral parece tener mejores credenciales a la hora de recibir mayor protección constitucional que los partidos políticos en sí mismos. Por ejemplo, la Corte Constitucional Federal en Alemania, en el caso *Radical Groups*,<sup>178</sup> invalidó la denegación de tiempo de propaganda política en radio y televisión a partidos de izquierda sobre la base de que, en tanto la propaganda política estaba vinculada con la elección, “las estaciones de radio y televisión no tienen derecho a negar [tiempo de emisión a un partido] simplemente porque sus avisos contienen ideas inconstitucionales.”<sup>179</sup> La idea principal —que resulta familiar para el derecho estadounidense— es que las democracias requieren debates políticos abiertos y robustos, y que el derecho de expresión no es en ningún lado más importante que en cuestiones vinculadas con el autogobierno.<sup>180</sup> Este principio se deriva del enfoque básico de regular el estatus legal de los partidos políticos, al tiempo que se garantiza un amplio ámbito de protección de la interferencia estatal a las entidades que están autorizadas legalmente a formar un partido político.

Como lo demuestra el ejemplo de la India, sin embargo, es posible tratar la conducta en la arena electoral de manera separada de la cuestión del estatus legal de un partido político. De hecho, al escoger medios menos restrictivos para proteger el proceso democrático, es posible imaginar un código de administración electoral que no sólo sea más flexible que los estándares penales en discusión en *Dennis*, sino que también establezca estándares para la participación electoral (como algo opuesto a la formación partidaria).

Una variante interesante de este enfoque proviene de Israel. El evento que la precipitó fue el esfuerzo por prohibir el movimiento *Kach*, cuyo fundador, el rabino Meir Kahane, había sido antes el líder de la *Liga de Defensa Judía* en los Estados Unidos. No hay duda de que *Kach* promovía la hostilidad racial, y que había llegado a un extremo lo suficientemente lejos como para ser catalogado de movimiento “cuasi-fascista.”<sup>181</sup> Kahane promovía una política de “*Terror Neged Terror*” (“*Terror Contra Terror*”) de acuerdo con la cual los grupos de vigilancia judíos podrían contar con el apoyo activo del gobierno de Israel.<sup>182</sup> Mientras *Kach* se presentaba como dedicado sólo a la organización política, era poco discutido que sus seguidores participaban en ataques anti-árabes ocasionales.<sup>183</sup>

---

178. BVerfG Feb. 14, 1978, 47 BverfGE 198, traducido parcialmente en Kommers, véase nota 103, página 224.

179. *Id.*, traducido parcialmente en Kommers, véase nota 103, páginas 224 y 226 (segunda alteración en el original).

180. Una vuelta de tuerca interesante a este argumento la da el entonces profesor Bork, quien argumenta en contra de la aplicación de la protección de la Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos a expresiones que no impliquen cuestiones fundamentales de auto-gobierno. Véase Bork, *supra* nota 39, página 20.

181. Ehud Sprinzak, “Kach and Meir Kahane: The Emergence of Jewish Quasi-Fascism I: Origins and Development, Patterns of Prejudice”, julio de 1985, páginas 15 y 16, disponible en [http://www.geocities.com/alabasters\\_archive/kach\\_and\\_kahane.html](http://www.geocities.com/alabasters_archive/kach_and_kahane.html); véase también Ehud Sprinzak, *The Ascendance of Israel’s Radical Right*, páginas 80–87 (1991).

182. Ehud Sprinzak, “Kach and Meir Kahane: The Emergence of Jewish Quasi-Fascism II: Ideology and Politics, Patterns of Prejudice”, julio de 1985, páginas 3, 8, disponible en [http://www.geocities.com/alabasters\\_archive/kach\\_and\\_kahane.html](http://www.geocities.com/alabasters_archive/kach_and_kahane.html).

183. Véase Sprinzak, *supra* nota 181, páginas 18–19.

Asimismo, *Kach* no sólo elogió actos específicos de violencia anti-árabe cometidos por israelíes no pertenecientes al movimiento, sino que también hizo a los perpetradores de esa violencia miembros honorarios de *Kach*, y proveyó fondos para su defensa legal.<sup>184</sup>

El primer esfuerzo por prohibir al partido *Kach* provino de la iniciativa unilateral del Comité Central de Elecciones (CCE), un órgano administrativo encargado de la organización de elecciones en Israel, incluyendo la verificación de la elegibilidad de las listas de candidatos de los partidos políticos para su inclusión en las boletas. El CCE descalificó al partido *Kach* —junto con un partido árabe minoritario, la Lista Progresista por la Paz— sobre la base de que su plataforma era antidemocrática y bregaba por el racismo. En el caso *Neiman v. Chairman of the Central Elections Committee for the Eleventh Knesset*,<sup>185</sup> la Corte Suprema de Israel invalidó estas acciones independientes del CCE sobre la base de que el mandato legal del CCE estaba limitado al control mecánico de las firmas y otros requisitos técnicos de los partidos, y no incluía ninguna valoración política de la plataforma de un partido. La Corte rechazó el punto de vista de su juez Aharon Barak, expresado en su voto concurrente, acerca de que el CCE podía prohibir a un partido político por su cuenta, siempre que hubiera una revisión judicial apropiada después del hecho.<sup>186</sup> Sin embargo, la Corte coincidió en que un partido que rechazara la existencia del Estado de Israel o su carácter democrático podía ser prohibido, aunque luego estuvo dividida en torno a la cuestión de si la amenaza que el partido implica tenía que ser de una probabilidad sustancial, de acuerdo con el primer voto del Presidente de la Corte Shamgar,<sup>187</sup> o si sólo tenía que existir una probabilidad razonable, como hubiese deseado el juez Barak.<sup>188</sup>

Luego de *Neiman*, Israel modificó tanto su Ley Básica en torno a la elegibilidad para la *Knesset* [parlamento] como las exigencias legales para el registro de un partido político. El objetivo inmediato de las reformas fue brindar una base legal fuerte para la prohibición de partidos, lo que luego resultó en la prohibición del partido *Kach* en 1988 y 1992 y en la prohibición de su partido relacionado, *Kahane Is Alive*, en 1992.<sup>189</sup> Lo que resulta particularmente intrigante no es tanto la aplicación de las nuevas leyes a los militantes del *Kach* como los esfuerzos aparentes de los reformistas por crear una desfase entre las condiciones para postularse para el Parlamento y las condiciones para crear un partido político. Bajo la reformada sección 7a de la Ley Básica, sobre la *Knesset*, ninguna lista partidaria puede presentarse para un cargo si reúne una de tres condiciones en sus “objetivos o actos.”<sup>190</sup>

---

184. Véase Ehud Sprinzak, “Extremism and Violence in Israel: The Crisis of Messianic Politics”, 555 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 114, página 121 (1998).

185. *EA 2/84, 3/84 [1985] IsrSC 39(2) 225.*

186. Véase *id.* páginas 304–05 (Barak, J., en concurrencia).

187. Véase *id.* página 275 (opinión de Shamgar, C.J.).

188. Véase *id.* página 315–16 (Barak, J., en concurrencia). El debate acerca del estándar de prueba invocaba —y al mismo tiempo recordaba— la formulación del test del peligro claro y actual por parte del juez Learned Hand, en la opinión de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en *Dennis*: “En cada caso [los tribunales] deben preguntarse si la gravedad del ‘mal,’ descontada su improbabilidad, justifica la invasión de la libertad de expresión necesaria para evitar el peligro.” *United States v. Dennis*, 183 F.2d 201, 212 (2d Cir. 1950).

189. Véase Raphael Cohen-Almagor, “Disqualification of Political Parties in Israel: 1988–1996”, 11 EMORY INT’L L. REV. 67, página 67 (1997).

190. Basic Law: The Knesset § 7A, traducida en *Israel’s Written Constitution* (5ta. ed. 2006).



De acuerdo con la reforma más reciente, de 2002, estas tres condiciones son: primero, “la negación de la existencia del Estado de Israel como un Estado democrático y judío”; segundo, “la incitación al racismo”; y tercero, “el apoyo a la lucha armada —por parte de un Estado enemigo o una organización terrorista— contra el Estado de Israel.”<sup>191</sup> El lenguaje de la ley para la registración de partidos es bastante similar, pero agrega otra condición necesaria: si “cualquiera de sus propósitos u acciones, implícita o explícitamente, provee... una base razonable para deducir que el partido servirá como una fachada para acciones ilegales.”<sup>192</sup> Al menos en teoría, una prohibición de una candidatura para la Knesset es menos draconiana que una prohibición lisa y llana de todo el partido. En consecuencia, el foco en el carácter explícito o implícito del vínculo directo con la conducta ilegal en las normas sobre prohibición de partidos puede ser visto como una invitación a los tribunales para aplicar estándares más rigurosos antes de que un partido sea prohibido por completo, y un estándar menos riguroso cuando meramente se prohíbe al partido postular a sus miembros para la Knesset. Tanto los analistas como la Corte Suprema israelí tratan estas diferencias sutiles en el modo de formulación —específicamente, la introducción en la Ley de Partidos del test de razonabilidad para que un partido pueda ser vinculado con una actividad ilegal— como creando un espacio político en el cual es posible organizar un partido alrededor de ideas, incluso cuando sean reprochables, al mismo tiempo que se deniega a tal partido su derecho de representación en la Knesset. Aunque aún no ha habido un caso desafiando la distinción entre organización política y candidatura parlamentaria, la opinión del Presidente de la Corte Barak en *Yassin & Rochley v. Registrar of the Political Parties & Yemin Israel*<sup>193</sup> brindó el fundamento para tratar en forma diferente estas dos formas de actividad política. Como resume el profesor Cohen-Almagor:

En su voto, el Presidente Barak explicó que la base de... la Ley de Partidos es la idea de balance. Necesitamos dar con un balance entre dos tendencias conflictivas. Por un lado, necesitamos autorizar a cada individuo a formar una asociación con otro individuos, a través de la cual puedan alcanzar fines políticos y sociales. Por otro lado, debemos proteger el carácter de Israel como un Estado democrático judío que aborrece del racismo. El presidente Barak enfatizó que el derecho a elegir y ser elegido era fundamental, y remarcó que la democracia tiene derecho a defenderse contra aquellos que intenten socavar su existencia. Esta es la esencia del derecho a la auto-defensa democrática.<sup>194</sup>

La perspectiva de contar con partidos autorizados a existir y reclutar miembros, pero excluidos de la arena electoral y por extensión de los cargos políticos, conduce directamente a la pregunta de si la democracia puede regular la arena política sobre una base distinta de aquella que subyace a la regulación del derecho al discurso, asociación, y reunión en

191. *Id.* Estoy agradecido con el profesor Barak Medina por guiarme a través de las enmiendas de las leyes israelíes, y por la traducción de las disposiciones de 2002.

192. Cohen-Almagor, *supra* nota 189, página 92 (traducción de la Ley de Partidos, 1992, S.H. 190).

193. PCA 7504/95, 7793/95 [1996] IsrSC 50(2) 45.

194. PCA 7504/95, 7793/95 [1996] IsrSC 50(2) 45. Cohen-Almagor, véase nota 189, página 96 (notas al pie omitidas). No existen traducciones disponibles al inglés de Yassin y Rochley.

general. ¿Debemos preocuparnos menos por la restricción a la expresión —por ejemplo, bajo la Enmienda Primera de los Estados Unidos— cuando un gobierno impone una sanción civil a un orador, denegándole el acceso a cargos electivos, que cuando le impone una sanción penal? ¿Debemos pensar diferente de una sociedad que, pese a no encarcelar a las fuerzas antidemocráticas, les deniega de todos modos el acceso a la arena electoral como una plataforma para la agitación antidemocrática?<sup>195</sup>

Sin una guía clara fundada en la experiencia real de un país, estamos obligados a hablar en términos hipotéticos acerca de lo que significaría permitir que un partido exista pero con una participación electoral limitada. Éste, probablemente, no será un arreglo estable. Pero la experiencia del *Partido del Bienestar* turco y del *PBJ* indio sugiere que incluso partidos fuertemente religiosos o nacionalistas se forman a partir de coaliciones, y que sus miembros más moderados (o líderes más ambiciosos en términos electorales) pueden moderar sus ideales para adecuarlos a los requerimientos de la vida democrática.<sup>196</sup>

Por supuesto, es poco probable que una prohibición en la participación electoral pueda prevenir un fervor antidemocrático masivo a largo término. Como lo demuestra el ejemplo de Argelia, es escasa la esperanza que queda cuando la política electoral es secuestrada por partidos que tienen un compromiso expreso por abolir las libertades civiles y cancelar elecciones.<sup>197</sup> Una democracia que no cuente con un compromiso democrático coincidente en la sociedad en general no sobrevivirá. Al mismo tiempo, el caso de Argelia nos advierte que cuando hay ausencia de integridad democrática dentro del gobierno en ejercicio, cualquier represión, incluso de elementos abiertamente antidemocráticos, será simplemente vista como otro esfuerzo corrupto por preservar a una elite gobernante deficiente.<sup>198</sup> Pero

---

195. Sobre la importancia de la distinción entre perseguir penalmente a los partidos y prohibirles su participación electoral, véase Comella, *supra* nota 20, páginas 138–39, en la cual el autor argumenta que, dado que no se encuentra en juego la encarcelación de miembros individuales del partido, los estándares para prohibir administrativamente a los partidos pueden ser más flexibles que aquellos que se utilizan en el derecho penal.

196. Véase Michael S. Kang, “The Hydraulics and Politics of Party Regulation”, 91 IOWA L. REV.131 (2005) (explora cómo las diferentes formas de regulación legal fortalecen electorados particulares dentro de los partidos políticos).

197. En junio de 1990, el recientemente formado partido *Front Islamique du Salut (FIS)* ganó la mayoría de los votos en las elecciones locales en Argelia. El *FIS* era un partido islámico que obtuvo un tremendo apoyo popular como una alternativa al corrupto y débil partido que gobernó en el período post- independencia, el *Front de Libération Nationale (FLN)*. Pero la relación entre el *FIS* y la democracia puede caracterizarse como –al menos– tensa: su segundo funcionario en importancia, Ali Belhadj, era bien conocido por su fuerte retórica y sus abiertas denuncias contra la democracia multipartidista, en tanto una traición a la *sharia*. El partido ganó 188 bancas de las 430 en la primera ronda de las elecciones nacionales. Aunque la Constitución requería una segunda vuelta, los líderes militares de Argelia hicieron un golpe de estado y cancelaron las elecciones. Los líderes del *FIS* fueron encarcelados y el partido fue formalmente disuelto. Mientras algunos de los líderes más moderados del *FIS* trataron de ajustarse al gobierno, la mayor parte del partido se separó y se enfocó en la resistencia armada, lo que culminó en una guerra civil en la que murieron más de 100.000 personas. Véase, en general, Michael Willis, *The Islamist Challenge in Algeria*, páginas 107–392 (1996); Lise Garon, “The Press and Democratic Transition in Arab Societies: The Argelian Case”, en *Political Liberalization and Democratization in the Arab World* (Rex Brynen et al. eds., 1995), página 149.

198. Para un análisis del argumento de que un control de constitucionalidad extendido tiene una función similar, permitiendo a elites económicas y políticas controlar a mayorías anti-liberales, véase Ran Hirschl, *Towards Juristocracy* (2004), página 214.

estas deficiencias de regímenes malignos no constituyen evidencia de que democracias relativamente sanas no puedan limitar el temple antidemocrático de sus partidos por medio de frustrar las ambiciones electorales de algunos, fortaleciendo tal vez en el proceso a elementos más moderados y previniendo el uso de la arena electoral para los peores fines antidemocráticos.

### III. Las salvaguardias de la democracia

Los grupos extremistas amenazan a la democracia tanto por lo que intentan hacer a través de elecciones y cargos gubernamentales, como por la reacción que intentan provocar de la sociedad para detener el peligro percibido. La amenaza es real, en ambas direcciones. El hecho de que existan grupos antidemocráticos intentando filtrarse en posiciones gubernamentales para minar así a sociedades democráticas pluralistas y tolerantes no constituye un desarrollo nuevo. Lo que tal vez sea nuevo es la creciente probabilidad de que estos grupos sean inspirados por la religión, en vez de ser conducidos por las visiones sociales mesiánicas del comunismo o el fascismo. Pero existe la amenaza correlativa de que, como resultado, el ámbito de la deliberación democrática sea diseñado de manera muy estrecha y la amenaza a la paz social sea crecientemente usada para excluir las voces incómodas del disenso.

En la mayoría de las circunstancias, los esfuerzos por silenciar a los partidos por medio de prohibiciones probablemente sean un mal consejo. Por más que el movimiento por la independencia de Quebec haya sido molesto para Canadá, la habilidad del gobierno nacional para canalizar las disputas sobre el estatus de Quebec a través del proceso político e inclusive la Corte Suprema es mucho más preferible a cualquier intento por meter al partido bajo tierra.<sup>199</sup> Pero Canadá no es el mundo, y el debate relativamente civilizado y tolerante que allí existe no es, desafortunadamente, la norma. De manera que la pregunta es sobre qué precondiciones deben existir para la prohibición de partidos, o para otras restricciones a la expresión política en la arena electoral. Aquí quiero dejar de lado los partidos que, según se sostiene, están aliados a fuerzas militares regionales o insurreccionales. Con respecto a esos partidos, la relación directa entre el vínculo organizacional, la actividad ilegal y la inmediatez del daño probable constituye una respuesta factible a los problemas planteados, al menos en teoría. Por ende, el punto de partida de cualquier discusión sobre la prohibición de partidos políticos, la participación o el discurso político, debería ser, como se expone en la *Guía sobre la Prohibición y Disolución de Partidos Políticos y Medidas Análogas*, publicada por la Comisión Europea para la Democracia a través de la Ley, que la presunción es en favor de la libertad de expresión y asociación política:

La prohibición o disolución de un partido político constituye una medida de excepción en una sociedad democrática. Si órganos estatales relevantes toman la decisión de reemplazar al poder judicial en el tema de la prohibición de un partido político, deben tener evidencia suficiente de que existe una amenaza real

---

199. Véase *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

al orden constitucional o a los derechos fundamentales o libertades de los ciudadanos.<sup>200</sup>

El punto más difícil es el de los partidos que genuinamente compiten por cargos gubernamentales, o incluso por alcanzar la mayoría, en un esfuerzo por minar la democracia liberal. Es fácil imaginar qué puede ir mal con la prohibición de partidos. El poder de cercar ciertas áreas de la deliberación democrática para protegerlas de tipos particulares de discurso invita a la censura o a la supresión de oposición política, una movida que puede ser utilizada para aislar a los gobiernos en funciones del desafío electoral, o como pretexto para imponer la forma de ortodoxia sobre el intercambio político propia de la mayoría gobernante. Pero si la historia sirve de guía, la tolerancia excesiva también es peligrosa. Podemos comenzar a analizar el tipo de respuesta estatal que es permisible para lidiar con movimientos de masas antidemocráticos, a través de las categorías familiares de los límites procedimentales y las definiciones sustantivas sobre conductas prohibidas.

Quisiera dejar de lado dos objeciones técnicas a este ejercicio. La primera es que la supresión democrática no servirá: que finalmente inducirá a una mayor movilización antidemocrática que la libre expresión de todos los puntos de vista. Veo esto como una postura empírica acerca de cómo funcionan realmente las cosas. En el marco estable de los Estados Unidos, bien podría ser que las reacciones para suprimir la participación política hayan sido demasiado exaltadas y en buena medida innecesarias. Pero —como cuestión empírica— tengo mucha menos confianza de que esto sea universalmente cierto. La decisión de la India, un país forjado por conflictos religiosos fratricidas, buscando suprimir incitaciones en el día de las elecciones que pudieran probablemente engendrar violencia comunal, no es una movida que deba ser rápidamente descartada. La supresión en Turquía del islamismo extremista, que condujo a la oposición islámica a madurar y desarrollar un apetito por formas de gobierno competentes, tampoco debería ser rápidamente desechada por poco inteligente o ineficaz.<sup>201</sup> Incluso los casos más extremos, como la intervención militar argelina para evitar que se constituyera un parlamento alrededor de una plataforma para eliminar la democracia, no pueden ser realmente descartados como ejercicios simplemente contraproducentes, a pesar de la confrontación militar resultante.

La segunda objeción es que las prohibiciones electorales tienden a ser inválidas debido a su vaguedad o a su inaceptable amplitud. Este peligro está siempre presente en la práctica.

---

200. Comisión Europea para la Democracia a través de la Ley (Comisión de Venecia), "Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures", art. III, § V, ¶ 14 (Jan. 10, 2000) [de aquí en más denominadas "Democracy Through Law Guidelines"], disponible en: [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)001-e.asp).

201. Aunque el tema es demasiado amplio para este artículo, es importante destacar que la naturaleza compleja de los partidos políticos es un factor que interactúa con la imposición de restricciones legales a ciertos tipos de actividades o expresiones. Los partidos políticos invariablemente reflejan profundas tensiones entre las masas que constituyen su base, los representantes electos, y su estructura interna. Éste es el análisis básico del desarrollo de los partidos políticos en los Estados Unidos, inicialmente en V.O. Key, Jr., *Politics, parties & pressure groups* (5ta. ed. 1964). Véase, también, Nathaniel Persily & Bruce E. Cain, "The Legal Status of Political Parties: A Reassessment of Competing Paradigms", 100 COLUM. L. REV. 775 (2000). Para una teoría más amplia sobre cómo los partidos responden a los incentivos creados por la regulación legal, Véase Kang, *supra* nota 196.

Pero si la postura es que todos los esfuerzos por prohibir puntos de vista no permitidos son vagos o demasiado amplios, eso no significa que todos los esfuerzos por suprimir la oposición antidemocrática *deban*, por necesidad, ir más allá de los parámetros aceptables. Así, esta crítica a las prohibiciones electorales debe ser apoyada en la teoría, y no en un ataque individual a una ley en particular o decisión judicial por su efecto antidemocrático.

#### A. Protecciones procedimentales

Tres formas de cuestiones procedimentales atraviesan los casos en los que regímenes democráticos buscan prevenir que elementos antidemocráticos se aseguren las ventajas de la arena electoral. Aun cuando no existe una discusión judicial (que sea de mi conocimiento) analizando estas consideraciones de manera comprensiva, tomadas juntas iluminan algunas de las protecciones principales contra el potencial mal uso de la supresión de la actividad política basada en los puntos de vista.

La primera y sin dudas más significativa salvaguarda es colocar el poder de supresión lejos de actores políticos auto-interesados. En todos estos casos, la justicia actúa basándose en un pedido del gobierno o en reacción a los cargos impulsados por el fiscal,<sup>202</sup> pero obra como un árbitro independiente sobre la legitimidad de la necesidad alegada por parte del gobierno de suprimir la amenaza antidemocrática.

La revisión judicial independiente adquiere un significado particular en los sistemas parlamentarios. Existe un riesgo siempre presente en sistemas democráticos de que las circunstancias que, según se alega, requieren del uso de poderes de emergencias, incluyendo el poder de suprimir el discurso político antagonista, se conviertan en la regla que termine tragándose a la excepción. Demasiados regímenes tomados como democráticos, particularmente durante el mundo inmediatamente post-colonial, han sucumbido al gobierno de un sólo partido bajo la alegada necesidad de emergencias domésticas como para que cualquier teoría prescriptiva ignore esta amenaza. El rasgo común de las democracias emergentes que se convierten en regímenes de líderes autoritarios es la concentración de poder unilateral en el ejecutivo, un riesgo inherente toda vez que existe una amenaza alegada a la seguridad nacional.

En los Estados Unidos, la separación entre elecciones presidenciales y legislativas permite que el Congreso juegue un rol controlando las demandas de autoridad presidencial unilateral, inclusive respecto de la respuesta nacional frente a amenazas militares. De hecho, el rol de los tribunales en los casos sobre seguridad nacional de los Estados Unidos ha sido en gran medida asegurar que el ejecutivo no actuara más allá del ámbito de la autorización legislativa.<sup>203</sup> Dado que los sistemas parlamentarios otorgan el poder ejecutivo

---

202. "El rol del Poder Judicial es fundamental en la prohibición o disolución de los partidos políticos... [P]uede haber diferentes estructuras judiciales con competencia para actuar en este campo. En algunos estados es de exclusiva competencia de las cortes constitucionales, mientras que en otros corresponde a la esfera de actuación de los tribunales ordinarios". "Democracy Through Law Guidelines", nota 200, art. III, § VI, ¶ 18.

203. Véase, por ejemplo, *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006). Para una reseña histórica del rol de la Corte Suprema en el control de los impulsos hacia el unilateralismo del Poder Ejecutivo, véase Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes, "Between Civil Libertarianism and Executive Unilateralism: An Institutional Process Approach to Rights During Wartime", 5 THEORETICAL INQUIRIES L. 1 (2004), disponible en <http://www.bepress.com/til/default/vol5/iss1/art1>.

a representantes de la mayoría legislativa, es poco probable que una separación de poderes semejante tenga la misma fuerza. Pero la separación de poderes sigue siendo una protección crítica para prevenir el uso de poderes extraordinarios para obtener una ganancia política cotidiana.

Exigir que exista una fuente independiente de autoridad legislativa para la prohibición de un partido político, y que haya una instancia de revisión independiente del ejecutivo brinda una instancia de control sobre el mal uso de este peligroso poder. Tal vez el ejemplo más claro sea el uso de tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para revisar las prohibiciones partidarias. Estos órganos supranacionales están eximidos de la necesidad de rendir cuentas en forma inmediata a procesos políticos domésticos, y es poco probable que respondan a intereses partidarios o sectarios. Incluso a nivel doméstico, el requisito de revisión independiente de decisiones tan cargadas como la prohibición de un partido político puede ser pensado como una forma de “parlamentarismo limitado” que protege la integridad democrática al “aislar funciones sensibles del control político”.<sup>204</sup>

Alemania brinda el mejor ejemplo sobre el rol de la revisión judicial independiente dentro de un contexto nacional, comenzando con los casos clave posteriores a la Segunda Guerra Mundial. La Ley Básica alemana acepta tanto la importancia de los partidos políticos en un orden democrático como la necesidad de prohibir a aquellos que busquen destruir la democracia desde dentro, una línea necesariamente peligrosa de trazar. Bajo la Constitución alemana, sin embargo, una protección procedimental importante para los partidos políticos es que sólo la Corte Constitucional puede declarar inconstitucional a un partido.<sup>205</sup> La Corte analizó este punto en el caso del *Partido Socialista del Reich*, sosteniendo que los redactores de la Constitución alemana, al decidir limitar la libertad de los partidos “que buscan abolir la democracia empleando medios formales democráticos”, tuvieron que considerar “el peligro de que el gobierno pueda ser tentado a eliminar partidos de oposición molestos”.<sup>206</sup> Por consiguiente, los redactores dejaron la decisión sobre la inconstitucionalidad en manos de la Corte Constitucional Federal. La Corte distinguió el tema del Artículo 9(2), que permite al ejecutivo prohibir “asociaciones cuyos fines o actividades... estén dirigidos contra el orden constitucional”.<sup>207</sup> Precisamente “[d]ada la importancia de los partidos en un Estado democrático”, ellos no podían ser prohibidos bajo los poderes generales del ejecutivo otorgados por el Artículo 9(2), y sólo podían ser declarados inconstitucionales por parte de la Corte Constitucional Federal.<sup>208</sup>

Casos posteriores confirmaron la jurisdicción exclusiva de la Corte para determinar la constitucionalidad de la actividad política. El razonamiento de la Corte Constitucional

---

204. Bruce Ackerman & Susan Rose-Ackerman, editorial, “Britain Needs a New Agency To Fight Corruption”, *Financial Times*, Feb. 2, 2007, página 13.

205. Véase Ley Fundamental art. 21(2), traducido en Kommers, *supra* nota 103, páginas 507 y 511 (“La Corte Constitucional Federal deberá decidir sobre las cuestiones de inconstitucionalidad”).

206. *Caso del Partido Socialista del Reich (Socialist Reich Party Case)*, BVerfG Oct. 23, 1952, 2 BVerfGE 1, traducido parcialmente en Kommers, *supra* nota 103, páginas 218 y 219.

207. Ley Fundamental art. 9(2), traducida en Kommers, *supra* nota 103, página 509.

208. *Caso del Partido Socialista del Reich (Socialist Reich Party Case)*, 2 BVerfGE 1, traducido parcialmente en Kommers, *supra* nota 103, página 218 y 220.

alemana en el *Caso de los Grupos Radicales*, que invalidó una decisión tomada por estaciones de radio y televisión estatales consistente en negar tiempo de emisión a partidos de extrema izquierda, es instructivo.<sup>209</sup> La Corte sostuvo que en la medida en que una publicidad estuviera relacionada con la elección, y que el partido no hubiese sido declarado ilegal por parte de la Corte, interferir basándose en el contenido de una expresión estaba más allá del poder de los medios de comunicación o del gobierno. Una organización adquiere derechos de expresión como partido político, y sólo la Corte tiene autoridad para decidir sobre la constitucionalidad de un partido: “El monopolio jurisdiccional de la Corte Constitucional Federal excluye categóricamente la acción administrativa en contra de la existencia de un partido político, sin importar cuán inconstitucional sea el programa del partido.”<sup>210</sup>

Una forma similar de protección procedimental surgió en Francia luego de la Segunda Guerra Mundial, durante la Quinta República. A diferencia de la concentración de poder en la legislatura bajo la Cuarta República, el orden constitucional francés posterior a 1958 está mucho más cerca de una separación de poderes formal en la que la revisión judicial surgió como una fuente adicional de poder<sup>211</sup> (un desarrollo sorprendentemente tardío en la tierra de Montesquieu<sup>212</sup>). Tal vez la decisión más importante del Consejo Constitucional en cuanto a establecer el principio de revisión judicial independiente vino en 1971, precisamente en el área de la prohibición de partidos políticos.<sup>213</sup> El Consejo declaró inconstitucional una ley que hubiera puesto en el poder ejecutivo el poder de prohibir la formación de un partido político, un poder que previamente había denegado a la legislatura actuando en nombre propio.<sup>214</sup>

Rusia provee un contraste interesante. En las postrimerías del golpe militar infructuoso de 1991, el presidente ruso adoptó una serie de decretos prohibiendo al *Partido Comunista* y confiscando su propiedad,<sup>215</sup> lo que a su turno generó un planteo frente a la recién creada Corte Constitucional rusa.<sup>216</sup> Luego de un proceso judicial políticamente cargado, la Corte sostuvo, en el caso *Partido Comunista*,<sup>217</sup> que el decreto prohibiendo el partido era válido constitucionalmente, incluso en ausencia de un estado de emergencia, dado que

209. Véase *Caso de los Grupos Radicales (Radical Groups Case)*, BVerfG, 14 de febrero, 1978, 47 BVerfGE 198, traducido parcialmente en Kommers, véase nota 103, página 224.

210. *Id.*, traducido parcialmente en Kommers, *supra* nota 103, páginas 224 y 227.

211. Para un análisis sobre el desarrollo de la revisión judicial del *Conseil Constitutionnel*, véase John Ferejohn & Pasquale Pasquino, “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, 82 TEX. L. REV. 1671 (2004), que describe la aparición de la revisión judicial en Francia como un “instrumento de un gobierno “moderado” o limitado; un mecanismo de la tradición liberal, que resguarda de mayorías potencialmente tiránicas”. *Id.* página 1685 (nota al pie omitida); véase también Burt Neuborne, “Judicial Review and Separation of Powers in France and the United States”, 57 N.Y.U. L. REV. 363, páginas 377–410 (1982).

212. Sobre la difícil relación entre el argumento de Montesquieu a favor de la separación de poderes, los códigos civiles y la revisión constitucional, véase Olivier Moréteau, “Codes as Straight-Jackets, Safeguards, and Alibis: The Experience of the French Civil Code”, 20 N.C. J. INT’L L. & COM. REG. 273 (1995).

213. Decisión del *Conseil Constitutionnel* no. 71-44DC, Jul. 16, 1971, Rec. 29.

214. Los casos de Francia se discuten en profundidad en Neuborne, *supra* nota 211, páginas 390–93.

215. Véase *Transitional Justice*, Vol. 3, *supra* nota 105, páginas 432–35 (donde se traducen los decretos presidenciales).

216. Para mayores detalles sobre la formación y el surgimiento del Tribunal Constitucional de Rusia, y del contexto que rodeó al caso del *Partido Comunista*, véase Feofanov, *supra* nota 126.

217. *Transitional Justice*, Vol. 3, *supra* nota 105, páginas 436–55 (traducido en parte en la decisión del Tribunal Constitucional ruso del 30 de noviembre de 1992).

estaba sustentado en una cláusula constitucional que “prohíbe la actividad de partidos, organizaciones y movimientos que tengan por fin o método de acción, en particular, cambiar por la fuerza el orden constitucional y socavar la seguridad estatal”.<sup>218</sup> La dificultad era que la prohibición había sido impuesta a través de una acción presidencial unilateral y en ausencia de cualquier procedimiento previsto. Aun así, la Corte encontró que la existencia de un derecho a apelar antes de la ejecución de la medida era suficiente protección de los derechos del partido,<sup>219</sup> y por consiguiente convalidó la prohibición en cuanto a su contenido.<sup>220</sup>

La segunda protección procedimental deriva de la forma de acción gubernamental a ser tomada. En ninguno de los casos que hemos discutido, con excepción de los casos estadounidenses de la *Smith Act*, el partido enfrentaba sanciones criminales. Las sanciones típicas incluían la remoción de los miembros de los partidos prohibidos de sus oficinas legislativas, el desmembramiento forzado de los partidos, y la confiscación de sus bienes. Como analicé antes, el mero carácter de las sanciones disponibles reducía por sí sólo la prueba de la amenaza inmediata exigida por el test estadounidense del peligro claro y actual. Incluso bajo el derecho constitucional estadounidense, los requisitos de evidencia necesarios para que el partido satisfaga su carga probatoria están directamente vinculados con los intereses en juego y la severidad potencial del castigo.<sup>221</sup>

Finalmente, en las discusiones sobre la capacidad de frustrar elementos antidemocráticos está presente la noción de que los gobiernos democráticos deben emplear los medios menos restrictivos para alcanzar ese objetivo. En el tratamiento que el TEDH dispensó al candidato ruso-parlante en Letonia y su análisis de la prohibición del partido *Refah* en Turquía, por ejemplo, estaba la consideración implícita de si la conducta del gobierno era excesiva a la luz de la amenaza percibida. Por ende, en Letonia, en donde el interés alegado por el gobierno era la necesidad de que el parlamento funcionara en el idioma letón, la prohibición de un candidato cuyo examen en este idioma se convirtió en un estudio de sus perspectivas políticas fue considerada como una amenaza a la habilidad de la minoría ruso-parlante de tener una voz en el parlamento nacional.<sup>222</sup> En Turquía, por otro lado, el hecho de que una mayoría abrumadora de representantes de *Refah* continuara prestando funciones en el Parlamento pareció proveer una representación amplia al mismo tiempo que desarmó el compromiso del partido con la imposición de la ley clerical.<sup>223</sup>

La exigencia de recurrir a los medios menos restrictivos brinda un apoyo considerable a las perspectivas india e israelí, que se enfocan en remover ciertos tipos de agitación de la arena electoral, al tiempo que se permite que los partidos políticos que están detrás de esos puntos de vista puedan seguir existiendo como entidades organizadas. Ambas perspectivas tienen reglas especiales para la conducta en la arena electoral, sea

---

218. *Id.* página 442.

219. *Id.* página 443.

220. *Id.* página 454.

221. Esta es la lección principal de *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976), y su progenie.

222. Véase *Podkolzina v. Latvia*, 2002-II Eur. Ct. H.R. 443.

223. *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, 2003-II Eur. Ct. H.R. 267, 315 (cita *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*, 35 Eur. H.R. Rep. 56, 91 (2002)).



regulando el discurso y la agitación a la manera india, o reservando el derecho de excluir incluso a partidos legales de la participación electoral, como bajo la ley israelí. Esto deja sin definir “qué es lo que una democracia debe hacer cuando se enfrenta a un partido que dice que es democrático pero que de hecho luce sospechosamente antidemocrático”.<sup>224</sup> Pero el foco en la conducta y en las proclamas públicas de hecho facilita el control del proceso político sobre una base distinta al discurso y la organización política fuera de la arena electoral. Vale la pena enfatizar que el corolario de la prohibición de partidos es la disposición a usar la autoridad policial para prevenir que individuos con puntos de vista similares se reúnan, agiten a favor de esos puntos o incluso protesten contra la conducta del gobierno, que encuentran reprochable. Si, en efecto, existe algo especial acerca de la arena electoral que amplifica los peligros que presentan los grupos extremistas, es tal vez mejor reservar el uso de la autoridad estatal para controlar la integridad del sistema electoral, sin meterse más profundamente con la organización partidaria.

En conjunto, las tres formas de protección procedimental sugieren un concepto que hasta ahora ha estado ausente, al menos como una cuestión formal, del derecho estadounidense: una arena electoral especial, en cuyo ámbito se relajen las restricciones al poder regulatorio del Estado en cuestiones centrales atinentes al discurso político, el derecho de reunión y la organización. El derecho estadounidense se ha resistido en general a tratar la actividad electoral como una categoría separada, dejando que las prohibiciones generales de la Enmienda Primera sobre discriminación en base al contenido y los puntos de vista modelen el control legal de las campañas y los partidos políticos. Al mismo tiempo, inclusive sin una amenaza profunda a la democracia de ese país, existen ciertas insinuaciones sobre el comienzo de un período administrativo especial para las elecciones en el derecho estadounidense. Al sancionar la Ley Bipartidista de Reforma de Campañas [*Bipartisan Campaign Reform Act*, o BCRA] de 2002,<sup>225</sup> generalmente denominada ‘ley McCain-Feingold’, el Congreso por primera vez introdujo el concepto de un período electoral particular para las restricciones sobre lo que se denominan ‘comunicaciones eleccionarias’ [*electioneering communications*].<sup>226</sup> De la manera en que fue convalidada por la Corte Suprema en *McConnell v. FEC*,<sup>227</sup> la BCRA crea limitaciones sobre el financiamiento de campaña y requisitos de publicidad de gastos específicos para los períodos inmediatamente previos a las primarias y las elecciones generales. Los poderes administrativos asignados a una entidad como la Comisión Electoral india, sin embargo, son un paso mucho más allá de cualquier poder reconocido por el derecho estadounidense. De todos modos, cabe destacar que también en los Estados Unidos se están comenzando a sentir presiones hacia un derecho administrativo de las elecciones.

---

224. Feldman, *supra* nota 161, página 111.

225. Pub. L. No. 107-155, 116 Stat. 81 (codificada principalmente en las secciones 2 y 47 U.S.C.).

226. 2 U.S.C. § 434(f)(3) (Supp. III 2003). La definición de “*electioneering communication*” bajo la BCRA, que, si se cumple, genera la aplicación de reglas especiales en cuanto a la publicidad y donaciones, se limita al período de sesenta días previo a la realización de una elección general o treinta días previo a una elección primaria. *Id.* § 434(f)(3)(A)(i).

227. 540 U.S. 93 (2003).

## B. La sustancia de la anti-democracia

Más desafiante que una reforma en el ámbito procedimental es el esfuerzo por definir en términos sustantivos los tipos de amenazas al orden democrático que pueden justificar la supresión de un partido, una empresa que requerirá necesariamente un vasto análisis caso por caso. Son relativamente pocos los partidos que anuncian abiertamente sus objetivos antidemocráticos. Es más común, especialmente en los casos de partidos que persiguen una audiencia de masas, que la naturaleza antidemocrática del partido deba inferirse a partir de indicios contextuales sutiles, como la invocación a las imágenes de templos enterrados debajo de mezquitas en la India, o las afirmaciones insistentes del *Partido Comunista* alemán de postguerra de que el nuevo gobierno era un lacayo corrupto de las potencias de Occidente. En ausencia de un fuerte anclaje al contexto de la vida doméstica, es extraordinariamente difícil formular principios sustantivos amplios que cubran el vasto alcance de las amenazas antidemocráticas potenciales dentro de tal contexto.

El caso alemán del *Partido Socialista del Reich* ofrece una ilustración útil sobre la dificultad de definir con alguna precisión la naturaleza de un partido antidemocrático que no debe ser permitido. El *Partido Socialista del Reich* (*PSR*) planteaba una amenaza tan grande al orden democrático como cualquier otro partido. Miraba con indiscutible ardor el pasado nazi reciente del país.<sup>228</sup> Había reclutado a sus líderes de puestos jerárquicos de las SS y de otras fuerzas notorias del Tercer *Reich*, y fueron caracterizados para propósitos de reclutamiento como “viejos guerreros... 100 por ciento confiables”.<sup>229</sup> Contra el telón de fondo del desorden y la privación de la Alemania derrotada, buscaba abreviar de las mismas fuentes de descontento y odio que su precursor, el *Partido Nacional-Socialista* bajo Weimar.<sup>230</sup>

A pesar del claro vínculo del *PSR* con los nazis, para prohibir el partido la Corte debía encontrar, si no una probabilidad inmediata de un derrocamiento del gobierno democrático, al menos una intención concreta de lograr ese objetivo. Se enunció una serie de consideraciones, algunas menos convincentes que otras. Por ejemplo, la Corte examinó la plataforma partidaria y encontró que “incurría en lugares comunes, expresaba demandas generales que eran propiedad común de todos los partidos o que ya se habían convertido en realidad, y formulaba promesas utópicas y con frecuencia vagas que eran apenas compatibles entre sí.”<sup>231</sup> Uno sólo puede imaginar cómo podría haber interpretado la Corte eslóganes como “Pon a los Estados Unidos Primero”, “Construye un Puente al Siglo Veintiuno”, o cualquiera de las otras frases vacías que dominan actualmente las campañas en los Estados Unidos.

Un enfoque más interesante se basa en los requerimientos constitucionales alemanes de que los partidos reflejen su compromiso democrático en su estructura interna.<sup>232</sup> La

---

228. *Caso del Partido Socialista del Reich (Socialist Reich Party Case)*, BVerfG Oct. 23, 1952, 2 BVerfGE 1, traducido parcialmente en Murphy y Tanenhaus, *supra* nota 103, página 602 y 604-05.

229. *Id.*, traducido parcialmente en Murphy y Tanenhaus, *supra* nota 103, página 602 y 604.

230. *Id.*, traducido parcialmente en Murphy & Tanenhaus, *supra* nota 103, páginas 602 y 605-06.

231. *Id.*, traducido parcialmente en Murphy & Tanenhaus, *supra* nota 103, páginas 602 y 604.

232. Ley Fundamental art. 21(1), traducido en Kommers, véase *supra* nota 103, páginas 507 y 511.

Corte tradujo esta cláusula en la regla de que un partido político “debe ser estructurado desde abajo hacia arriba; es decir, que sus miembros no puedan ser excluidos del proceso de toma de decisiones, y que la igualdad básica de sus miembros y su libertad para unirse o irse se garantice”.<sup>233</sup> Aunque este principio está basado en la Constitución alemana, es difícil identificar el interés estatal en controlar tan fuertemente el gobierno interno de un partido político.

El intento por imponer una estructura interna especial a los partidos políticos presenta cuestiones paradójicas sobre las relaciones entre los partidos políticos y el Estado. Como observó la Corte alemana en el caso del *Partido Socialista del Reich*, uno de los signos reveladores del *PSR* era su deseo de imponer su propia estructura organizativa sobre el Estado.<sup>234</sup> De hecho, esta ambición es característica de los regímenes totalitarios e incluso autoritarios durante el siglo veinte. Casi invariablemente, estos regímenes opresivos emplean una estructura partidaria disciplinada como base del modo de gobierno, y buscan destruir cualquier muro que exista entre el partido y el Estado. Así, por ejemplo, muchos analistas han estudiado el rol que tienen los partidos al formar un orden político, encontrando que los propios partidos deben reflejar un compromiso justamente hacia esa política democrática, algo que los partidos autoritarios rechazan consistentemente.<sup>235</sup> Yigal Mersel lleva este argumento un paso más allá, sosteniendo que debido a que los partidos políticos son indispensables para una democracia moderna, debe exigírsele que ellos mismos respeten las condiciones esenciales de la democracia.<sup>236</sup>

Basar el derecho a participar en la arena electoral en la organización partidaria interna, sin embargo, coloca la fuerza de la autoridad estatal en el corazón mismo de todas las organizaciones políticas. Una de las razones por las que la prohibición de los partidos políticos es tan problemática para el pensamiento democrático liberal es precisamente que los partidos son organizaciones de mediación fundamentales, que permiten una movilización popular significativa fuera de la autoridad Estado, y contra ella. Es por esta razón que el derecho a organizar y mantener partidos políticos es central para el constitucionalismo moderno.<sup>237</sup> Sin embargo, imponer los valores pluralistas de una sociedad democrática en

---

233. *Caso del Partido Socialista del Reich (Socialist Reich Party Case)*, 2 BVerfGE 1, traducido parcialmente en Murphy & Tanenhaus, véase *supra* nota 103, páginas 602 y 604.

234. *Id.*, traducido parcialmente en Murphy & Tanenhaus, *supra* nota 103, página 602 y 604.

235. Véase Mersel, *supra* nota 112, página 97 (sostiene que “[l]a falta de democracia interna puede ser vista como evidencia de falta de democracia externa”); véase también James A. Gardner, “Can Party Politics Be Virtuous?”, 100 COLUM. L. REV. 667, páginas 683–85 (2000) (argumenta que unos “procedimientos internos muy inclusivos” pueden aliviar las preocupaciones que surgen del control por parte de los líderes partidarios de las posiciones dentro del partido y la selección de candidatos).

236. Véase Mersel, *supra* nota 112, páginas 96–98 (sostiene, como una de varias justificaciones para exigir democracia partidaria interna, que dado que los individuos en un estado democrático gozan de derechos a la igualdad y a la libertad, y dado que los partidos políticos son componentes importantes de un régimen democrático, los individuos deberían poseer los mismos derechos dentro de ellos).

237. Para un argumento que indica que la desatención a los partidos políticos por parte de la Constitución de los Estados Unidos demuestra su antigüedad, véase Issacharoff y Pildes, *supra* nota 40, páginas 712–16. De hecho, la Constitución supuestamente tenía como objetivo crear una estructura política sin partidos, véase *id.* páginas 713–14, una idea que se vino abajo con las elecciones de 1800. Véase John Ferling, *Adams vs. Jefferson* (2004); véase también Daryl J. Levinson & Richard H. Pildes, “Separation of Parties, Not Powers”, 119 HARV. L. REV. 2311 (2006).

la vida interna de todos los partidos políticos amenaza con vulnerar la integridad política de los partidos y su independencia organizativa respecto del Estado. Bajo el derecho constitucional estadounidense, por ejemplo, el Estado debe respetar un estándar de neutralidad en materia de religión, como también sucede en muchas, aunque no todas las democracias.<sup>238</sup> ¿Significa esto que un partido Demócrata-Cristiano tendría que ser prohibido por violar la obligación estatal de neutralidad? Claramente no, pero el ejemplo ilustra la importancia de aplicar estándares diferentes al Estado que a los partidos políticos, incluso a partidos que están pugnando por un puesto en el gobierno.

El problema va más allá de las restricciones de los compromisos ideológicos de un Estado democrático. Los partidos políticos juegan un rol clave al proveer un mecanismo para la participación popular informada en una democracia, precisamente porque son independientes en términos organizacionales del Estado. La mayoría de las constituciones modernas brinda derechos de autonomía significativos a los partidos políticos.<sup>239</sup> Pero además, incluso en los Estados Unidos una buena parte del cuerpo del derecho constitucional ha surgido para proteger la independencia de los partidos políticos respecto del Estado, a pesar de la ausencia de cualquier compromiso textual con tal principio. Así, por ejemplo, la Corte Suprema invalidó en tanto violación del derecho a la libertad de asociación de la Enmienda Primera una exigencia de que todos los votantes sean libres de seleccionar a los candidatos de un partido sin importar la fidelidad previa hacia el partido o su programa.<sup>240</sup> Asimismo, la justificación empleada para invalidar tales requisitos sugiere preguntas sobre la validez constitucional de intentos incluso más modestos por imponer el principio general de una rendición de cuentas total a la estructura partidaria interna. Entre estos intentos, por ejemplo, está el requisito de que los partidos seleccionen a sus candidatos para la elección general a través de primarias en vez de comités ejecutivos.<sup>241</sup>

Cualquier exigencia de que los partidos tengan estructuras internas abiertas y democráticas pondría en riesgo a los partidos ideológicos y religiosos que puedan estar organizados alrededor de ciertos principios fijos, no susceptibles de cambio interno mayoritario. También estarían en riesgo los partidos formados alrededor de líderes populares, los que podrían o no evolucionar hacia verdaderos partidos de masas. Ejemplos históricos de esto son el *Partido Peronista* en Argentina y la creación

---

238. Para una comparación entre democracias con y sin iglesias oficiales, veáse Richard Albert, "American Separationism and Liberal Democracy: The Establishment Clause in Historical and Comparative Perspective", 88 MARQ. L. REV. 867, páginas 901–23 (2005).

239. Véase Issacharoff, Karlan, & Pildes, *supra* nota 23, página 346 nota a; Issacharoff & Pildes, *supra* nota 40, página 691; Richard H. Pildes, *The Supreme Court, 2003 Term—Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 HARV. L. REV. 28, 31–34 (2004).

240. Véase *Cal. Democratic Party v. Jones*, 530 U.S. 567 (2000). La cuestión en *Jones* era el uso de una "primaria global", en la que el electorado podía votar optando entre los candidatos republicanos o demócratas línea por línea —eligiendo, por ejemplo, entre los candidatos demócratas para gobernador y entre los candidatos republicanos para senadores—, sin importar la existencia o no de identificación o afiliación previa de los votantes a algún partido. *Id.* página 570. El efecto fue amortiguar la identidad particular de cada partido, permitiendo a la masa de votantes elegir a aquel que se convertiría en el abanderado de cada uno de los partidos. *Id.* páginas 581–82.

241. Este argumento está desarrollado en profundidad en Samuel Issacharoff, "Private Parties With Public Purposes: Political Parties, Associational Freedoms, and Partisan Competition", 101 COLUM. L. REV. 274 (2001).

de *Kadima* en Israel, en buena medida alrededor de la autoridad personal del entonces Primer Ministro Ariel Sharon. Precisamente debido a que los partidos no son el Estado, la salida del partido o la derrota electoral son respuestas perfectamente apropiadas a la acumulación de poder por parte de una dirigencia central no representativa.<sup>242</sup> También dado que los partidos no son el Estado, la necesidad de competición pluralista en una sociedad democrática no requiere necesariamente la misma competición pluralista dentro de todos los partidos en pugna. Por analogía, podemos encontrar un conjunto de menús perfectamente diverso y competitivo a lo largo de una serie de restaurantes, incluso cuando cada uno de ellos se limita a un tipo de cocina solamente. Parece no existir una razón concluyente para exigir que todos los partidos adhieran a la misma estructura interna, en la medida en que su objetivo final sea la voz significativa del votante y la capacidad de sacar a los políticos de sus cargos mediante el voto, un punto al que me referiré en breve.

Volviendo por el momento a la decisión judicial más famosa sobre la prohibición de un partido, el caso *del Partido Socialista del Reich* en Alemania: en definitiva, lo que determinó el resultado en el caso no fue la falta de democracia interna del *PSR* ni la propensión a los lugares comunes de su retórica. El elemento clave, en cambio, fue el más obvio: los vínculos directos entre el *PSR* y el pasado nazi del país. La Corte encontró que el partido diseñaba sus uniformes basándose en los de las *Juventudes Hitlerianas*, y que “[e]x nazis [ocupaban] posiciones clave en el partido a un nivel tal que determinaban su imagen política e intelectual, y ninguna decisión [podía] tomarse en contra de su voluntad.”<sup>243</sup> La conclusión lógica fue que la disolución era apropiada, dado el fin del partido “de trasplantar su estructura organizacional a la nación tan pronto como se hiciera con el poder, eliminando así el orden básico democrático y libre.”<sup>244</sup> Al final del día, el hecho simple y concluyente fue que éste era un partido de nazis, con una veneración heroica del “*Reich*”, elementos serios de anti-semitismo, y una negativa conspicua a rechazar cualquier vínculo con el gobierno de Hitler.<sup>245</sup> Fueron estas cuestiones específicas, en el contexto de la Alemania de postguerra, las que pusieron al *PSR* fuera de las fronteras de la tolerancia democrática.

Si existiera un modelo de partido a ser prohibido, estaría representado por una movilización política de combatientes nazis no arrepentidos, buscando desestabilizar y derrocar la democracia alemana emergente luego de la Segunda Guerra Mundial. Con su veneración del “Führer” y el “Reich”, el desafío a la democracia generado por el *PSR* no podría haber sido más claro. Sin embargo, las dificultades que tuvo la Corte alemana en diseñar principios de aplicación general incluso en este contexto deberían servir como señal de cautela, en relación con las dificultades de definir con precisión los requisitos sustantivos para la inclusión en la arena electoral democrática.

---

242. El argumento básico fue tomado de Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty*, (1970).

243. *Socialist Reich Party Case (Caso del Partido Socialista del Reich)*, BVerfG Oct. 23, 1952, 2 BVerfGE 1, traducido parcialmente en Murphy y Tanenhaus, *supra* nota 103, páginas 602 y 604.

244. *Id.*, traducido parcialmente en Murphy & Tanenhaus, *supra* nota 103, páginas 602 y 604.

245. *Id.*, traducido parcialmente en Murphy & Tanenhaus, *supra* nota 103, páginas 602 y 605–06.

### C. Preservación de la competencia pluralista

A diferencia de la situación que enfrentó la Corte alemana medio siglo atrás, ahora existen muchos ejemplos de gobiernos democráticos que actúan con el fin de proteger la viabilidad de democracias amenazadas. Los contornos generales sobre cómo pueden ser implementadas las prohibiciones vienen sugeridos a partir de la experiencia de los países democráticos que prohíben partidos extremistas. Pero esos ejemplos también indican el alto nivel de abstracción que es necesario para describir el criterio exacto que justifica una prohibición. Es instructivo que los esfuerzos de la Comisión Europea produzcan órdenes amplias enfocadas en el nivel en que los partidos están organizados alrededor de un compromiso para derrocar a la democracia constitucional, con algún sentido secundario de la inmediatez del peligro percibido:

[L]os órganos competentes deben tener suficiente evidencia de que el partido político en cuestión está abogando por la violencia (incluyendo demostraciones específicas de ello como... el racismo, la xenofobia y la intolerancia), o está claramente involucrado en actividades terroristas o subversivas. Las autoridades estatales deben también evaluar el nivel de amenaza al orden democrático en el país y si otras medidas, como multas, otras acciones administrativas o enjuiciar a miembros individuales del partido político que estén involucrados en esas actividades, pueden remediar la situación.<sup>246</sup>

Obviamente, la situación general del país es un factor importante en esa evaluación.

Típicamente, las leyes nacionales que implementan prohibiciones partidarias siguen los lineamientos generales sugeridos por la Comisión Europea. Estas leyes combinan una preocupación sobre la violencia potencial, lo que toma en cuenta la inmediatez de la amenaza percibida, con una hostilidad amplia hacia aquellos que puedan fomentar el odio en términos religiosos o étnicos.<sup>247</sup> Casi todas estas prohibiciones tienen una alta dosis del principio “lo sé cuando lo veo”,<sup>248</sup> que es comprensiblemente perturbador para sensibilidades de la Enmienda Primera. En definitiva, debo matizar la definición de democracia del comienzo. El tema no es realmente la aptitud de una mayoría definida temporalmente para elegir a sus

---

246. “Democracy Through Law Guidelines”, *supra* nota 200, art. III, § V, ¶ 15.

247. Como se relata en el reporte de la Comisión de Venecia de 1998:

En Francia, los partidos políticos pueden ser prohibidos por fomentar la discriminación, el odio o la violencia hacia personas o grupos de personas por sus orígenes, por el hecho de no pertenecer a un grupo étnico, nación, raza o religión determinados, o por divulgar ideas o teorías que justifiquen o alienen ese tipo de discriminación, odio o violencia. La situación en España es similar, pero, además de raza y creencias, también se toma en consideración el sexo, la orientación sexual y situación familiar, las enfermedades y la discapacidad. Los partidos políticos que fomenten el odio racial también están prohibidos, por ejemplo, por la constitución de Ucrania y Bielorrusia, mientras que en Azerbaiyán la legislación destaca como motivos el odio racial y nacional, y los conflictos religiosos. Bajo la ley de partidos políticos búlgara, pueden prohibirse aquellos partidos políticos que desarrollen ideas fascistas o fomenten conflictos relacionados con la nacionalidad, la raza, la etnicidad o las creencias religiosas. La Constitución rusa prohíbe la creación y las actividades de las asociaciones cuyos fines o acciones promuevan discordias sociales, raciales, étnicas o religiosas.

*Id.*, I, § I.B.b, ¶ 5.

248. *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., concurriendo).

gobernantes. La definición real de democracia debe volcarse sobre la capacidad de las mayorías para formarse y volverse a formar a través del tiempo, y para sacar de sus cargos a quienes ejercitan el poder gubernamental.<sup>249</sup> Muchos grupos profundamente antidemocráticos están dispuestos a competir por el poder a través de la arena electoral; pocos, si es que alguno, están dispuestos a ceder el poder de esa manera. La definición de los grupos que son tolerantes dentro del orden democrático debe girar, como mínimo, alrededor de la voluntad de esos grupos de abandonar el poder ante una votación adversa si es que alguna vez llegaran a él. La decisión de la Corte de la India, por ejemplo, giró no sobre los antecedentes del partido PBJ en cuanto a su promoción de limpieza étnica, sino sobre si éste se había convertido en un partido político maduro que pudiera ser echado del gobierno, como de hecho había sucedido. El mismo tipo de análisis guió a Ucrania en su evaluación del reconstituido *Partido Comunista*, a Turquía en su examen del *Partido por la Justicia y el Desarrollo*, y así sucesivamente.

Desde este punto de vista, las elecciones juegan un papel central en la teoría democrática no porque garanticen resultados sustantivos predeterminados sino porque prueban ser el mejor mecanismo (y probablemente el único) para asegurar el consentimiento de los gobernados. Para que las elecciones cumplan esta función, sin embargo, debe existir la posibilidad de renovar el consentimiento,<sup>250</sup> lo que requiere elecciones periódicas en las que los gobernantes pongan la continuidad de sus cargos en manos de los gobernados. Los eventos recientes en Irak y Afghanistan, por ejemplo, han demostrado que organizar una elección no es lo mismo que crear un sistema duradero de gobierno democrático. Nuestra experiencia colectiva con la noción de “un hombre, un voto, una vez” en los regímenes postcoloniales sugiere ser muy cautos a la hora de presuponer que elecciones y gobiernos democráticos estables son términos necesariamente co-extensivos.<sup>251</sup>

Enfatizar la posibilidad de renovación del consentimiento ilumina también los límites sustantivos que guían a los tribunales a través de las complicadas disputas sobre las fronteras de la participación democrática. Para que el consentimiento sea renovado

249. Esta idea basa la legitimidad democrática en la competencia entre grupos que se disputan el apoyo de los gobernados. Está asociada a los argumentos de Joseph Schumpeter, que define el núcleo de la democracia como “ese arreglo institucional para llegar a decisiones políticas en el cual los individuos adquieren el poder de decidir a través de la competencia por el voto popular.” Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, socialism and democracy*, página 269 (3d ed. 1950). El concepto de competencia es inherente a la mayoría de las definiciones de legitimidad democrática, incluso aquellas que están imbuidas de fuerte contenido sustantivo. Véase, por ejemplo, Robert A. Dahl, “Polyarchy, Pluralism, and Scale”, 7 SCANDINAVIAN POL. STUD., 225, página 230 (1984) (sugiere que la democracia puede ser entendida como un “sistema de control mediante la competencia”). Citado en Michael P. McDonald y John Samples, “The marketplace of democracy: normative and empirical issues”, en *The marketplace of democracy vol. 1*, página 1 (Michael P. McDonald y John Samples eds., 2006).

250. Agradezco a Bernard Manin por sugerirme esta formulación.

251. La frase “un hombre, un voto, una vez” fue acuñada por Edward Djerejian, ex Secretario de Estado Asistente [*Assistant Secretary of State*] y Embajador de los Estados Unidos en Siria y Egipto. Véase Ali Khan, “A Theory of Universal Democracy”, 16 WIS. INT’L L.J. 61, página 106 n.130 (1997). La frase se refiere a los numerosos países cuya primera elección luego del régimen colonial fue de hecho un referendo sobre quién adquiriría la autoridad estatal para ajustar cuentas con grupos religiosos o tribales rivales. En esos casos, la primera elección multipartidaria era generalmente la última. Véase Donald L. Horowitz, *A democratic South Africa?*, páginas 239–40 (1991) (señala que en África el poder no ha cambiado de manos en forma pacífica entre los años 1967 y 1991).

significativamente, las decisiones de un gobierno apoyado por la mayoría, con influencia sobre la estructura del proceso político, deben poder ser dejadas sin efecto por parte de mayorías subsiguientes. Por ende, una decisión de expandir el rol de la religión en el espacio público (como el apoyo estatal a escuelas religiosas) permanece en el ámbito de las decisiones políticamente revisables, mientras que no es así en el caso de la exclusión de los no creyentes del proceso político. En este sentido, la justificación más fuerte de la decisión en el caso *Refah Partisi* giró en torno a los esfuerzos del partido por restaurar una versión del sistema confesional otomano, en el que cada comunidad religiosa se encargaría de sus propios asuntos mientras que la mayoría sunita dominante se encargaría sola de atender los asuntos del Estado. Que el poder político esté exento de la necesidad de rendir cuentas a segmentos amplios de la población es justamente el tipo de impedimento a la necesidad de reversión que amenaza al gobierno democrático.

Otro resultado de enfocarse en la necesidad de que pueda renovarse el consentimiento es alentar la consideración de una gama más amplia de arreglos constitucionales iniciales, particularmente en sociedades profundamente divididas. Ver a las constituciones como documentos que facilitan la toma de decisiones democráticas revisables, más que como listas fijas de derechos, permite mayor flexibilidad en el diseño constitucional. Por más que la empresa sea difícil, una preocupación procedimental por la posibilidad de que se renueve el consentimiento permite que las democracias frágiles presten mayor atención a los arreglos institucionales que controlen de mejor forma las fronteras de la participación democrática, que al terreno no menos controversial de qué derechos deben estar disponibles en una sociedad democrática.

Al sopesar las amenazas potenciales a la rendición de cuentas subsiguiente, sin embargo, los países democráticos necesitan amplitud para vigilar la arena electoral de una manera distinta de, por un lado, las prohibiciones a partidos particulares y, por el otro, de la imposición de sanciones penales. Como mínimo, tal enfoque exige un derecho administrativo electoral, un órgano independiente capaz de responder a las quejas de que grupos desfavorecidos están siendo castigados políticamente,<sup>252</sup> y medios de expresión alternativos suficientes para evitar un debate político excesivamente reducido. En muchos países, incluyendo a la India, este proceso de revisión administrativa independiente seguido de un control judicial parece haber arraigado de manera exitosa. Inclusive en México, un país que recién emerge de un prolongado período reglado por un partido único, el cuerpo administrativo que revisó una elección presidencial muy controvertida ha logrado mantener un aura de independencia y legitimidad.<sup>253</sup> Una de las razones por las cuales este enfoque parece contradecir la tradición de los Estados Unidos es que en este país ha habido poca –o nula– experiencia con la administración neutral de las elecciones; una falta completa

---

252. Para un interesante relato sobre las diferentes formas de control administrativo de elecciones y su eficacia, véase Christopher S. Elmendorf, "Representation Reinforcement Through Advisory Commissions: The Case of Election Law", 80 N.Y.U. L. REV. 1366 (2005).

253. Véase Julia Preston y Samuel Dillon, *Opening Mexico*, páginas 496–99 (2004); también véase Jamin Raskin, "A Right-To-Vote Amendment for the U.S. Constitution: Confronting America's Structural Democracy Deficit", 3 ELECTION L.J. 559, página 564 (2004) (donde describe el rol clave que pueden jugar las comisiones electorales independientes para hacer posible el cambio político, y cita el caso de la comisión de México como un ejemplo exitoso).



de revisión administrativa, con excepción de la lamentablemente ineficaz Comisión Electoral Federal [*Federal Electoral Commission*]; y virtualmente ninguna experiencia con el hecho de que las agitaciones políticas puedan constituir una amenaza seria al orden doméstico.<sup>254</sup> Lejos de ser universal, esta experiencia parece ser marginal en el escenario mundial.

## Conclusión

Al día de hoy está ya bien establecido que todos los órdenes constitucionales conservan poderes de emergencia, ya sea formal o informalmente. La advertencia del juez de la Corte Suprema Jackson en cuanto a que la constitución no es “un pacto suicida”<sup>255</sup> resume bien la sensación de que incluso una sociedad democrática tolerante debe poder controlar sus frágiles límites. El análisis del artículo descansa en varias premisas que son, hasta ahora, ampliamente desconocidas para la experiencia estadounidense, o al menos para sus últimos cien años. El artículo comienza sosteniendo que algunas sociedades democráticas son más frágiles, y tienen estructuras políticas más porosas a elementos antidemocráticos, que los Estados Unidos. Esa porosidad requiere de la existencia de un poder para evitar que la autoridad gubernamental sea capturada por quienes subvertirían por completo la democracia. El próximo paso es concebir un ámbito de política electoral con reglas de conducta diferenciadas de las reglas que se aplican a los derechos constitucionales más amplios de asamblea, petición y discurso. Para hacer frente a amenazas peculiares que surgen en ese ámbito político diferenciado, las democracias frágiles deben contar con la capacidad de disciplinar la actividad electoral, sin necesidad de analizar la inminencia de conducta criminal o insurreccional, los estándares aceptados para la criminalización del discurso político. Finalmente, para evitar que los poderes peligrosos aquí analizados se ejecuten como un modo simple de preservar el poder del gobierno, se necesita una supervisión independiente del proceso político.

Como cuestión empírica, es enteramente posible que la democracia enfrente mayores riesgos provenientes del mal uso de los poderes de policía que de enemigos domésticos. Respecto de democracias más estables, estoy dispuesto a conceder que esto probablemente sea así, y que la función principal de la supervisión legal debería ser la preservación de libertades civiles. Pero esta realidad no logra ocuparse de los problemas que enfrentan las sociedades que están ocasionalmente más amenazadas por el surgimiento indiscutible de movimientos de masas que buscan destruir la vida democrática.

La experiencia internacional también nos sugiere cautela antes de presuponer que cualquier límite en el proceso político necesariamente llevará al colapso de los derechos democráticos, o a socavar de manera fundamental la legitimidad democrática. Virtualmente todas las sociedades democráticas determinan que ciertos elementos extremistas están más allá de los límites de la tolerancia democrática. A pesar de la existencia de errores de extralimitación, probablemente inevitables en los asuntos humanos, este poder parece ser

---

254. Para una excepción, véase *Ex parte McCordle*, 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1869), en el cual la Corte rechazó un recurso de hábeas corpus al autor de artículos de naturaleza incendiaria, argumentando falta de jurisdicción.

255. *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 37 (1949) (Jackson, J., en disidencia).

usado –en la mayoría de los casos— en forma restringida y con cautela. Con el beneficio de la retrospectión, en consecuencia, la pregunta que debemos formular es si la Alemania de Weimar podría haber reunido las herramientas necesarias para hacer frente al desafío hitleriano desde dentro de los límites de la legitimidad democrática. Uno, ciertamente, debe confiar en que la respuesta sea afirmativa.