

PRINCIPIOS JURÍDICOS Y DEMOCRACIA. DE VUELTAS A LA “DEMOCRACIA MILITANTE”*

PRINCIPLE OF LAW AND DEMOCRACY. RETURN TO THE “MILITANT DEMOCRACY”

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA**

Profesor de Derecho Constitucional.
Facultad de Derecho Universidad de Chile
Fzuniga zdmcabogados.cl

RESUMEN: El artículo analiza la cláusula de protección de la democracia constitucional y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que sepulta la noción de “democracia militante” y favorece la participación de las minorías políticas en una democracia plural.

ABSTRACT: The article analyze the clause of the constitutional protection and recent case law of the Constitutional Court, that bury the notion of “militant democracy” and favor the participation of the politics minority in an plural democracy.

PALABRAS CLAVE: Protección constitucional de la democracia, minorías, democracia militante, derechos fundamentales y principios.

KEY WORDS: Constitutional protection of the democracy, minority, militant democracy, fundamental rights and principles.

I. PRESENTACIÓN

En el pasado al menos en tres ocasiones (1988, 1994 y 1996) he podido abordar la cuestión espinosa de la “democracia militante” en conexión con el antiguo artículo 8° de la Constitución de 1980 y a la cláusula de protección de la democracia constitucional del inciso sexto del N° 15 del artículo 19 adicionado por la primera reforma constitucional de 1989 a la Carta autoritaria y neoliberal, desde un acusado relativismo ético persistente hasta hoy día frente a los valores-principios constitucionales, que en cuanto normas se caracterizan por su “textura abierta” (Hart) o simplemente indeterminación

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

** Versión corregida y ampliada de documento preparado para los Anales del Instituto de Chile. Artículo recibido 5 de enero de 2012 y aprobado el 7 de septiembre de 2012

normativa (propriadamente normativa, lingüística, semántica, sintáctica) y su traducción normativa iusfundamental en normas de conducta y normas de organización, por una parte y su justiciabilidad por un Tribunal Constitucional, con todo los peligros que para una república importan el activismo judicial y una jurisprudencia de valores. Luego, en este campo, como en general en el de las “normas de principios” (Crisafulli), y sí es de recibo pacífico la novísima distinción entre principios y reglas acuñada por Alexy, se plantea con renovada fuerza el desafío de fijar límites a la justiciabilidad de éstos.¹ La fijación de estos necesarios límites a la justiciabilidad se hace evidente tratándose de la cláusula de protección de la democracia constitucional, y en la jurisprudencia que examinaremos esta finalidad está a lo menos parcialmente lograda a pesar del notorio escoramiento neoiusnaturalista-originalista de las pautas hermenéuticas en uso por la jurisprudencia del tribunal Constitucional.

En particular me interesa abordar el lugar de las “minorías” en el sistema político, las que en democracias constitucionales crecientemente son marginalizadas o criminalizadas, en ocasiones como terroristas (conductas punibles objeto de disvalor constitucional en el artículo 9º por su contradictoriedad con los derechos humanos), como ocurre por ejemplo con el empleo de legislación penal especial como la Ley Nº 18.314 sobre Conductas Terroristas y su Penalidad, a “okupas” y grupos radicales indígenas. A ello se agrega una tradicional criminalización política de la “protesta social” a través de la Ley Nº 12.927 sobre Seguridad del Estado, que vino a reemplazar a la Ley de defensa permanente de la democracia (artículo 39). Es decir, la persecución penal estatal y la exposición mediática de imputados en la comisión de estos delitos, arrastra a tales minorías a ser encuadradas como enemigos u “hostis”, en razón de la comisión de delitos que responden a una forma de criminalidad organizada con una “finalidad política”, surgiendo así una respuesta contemporánea, el denominado “derecho penal del enemigo”, caracterizado por tres elementos: adelantamiento de la punibilidad, incremento desproporcionado de las penas y disminución de las garantías procesales.

De la manera expuesta, el “derecho penal del enemigo” surge cuando el legislador no considera sólo hechos sino también la peligrosidad futura, lo que

¹ HART (1977) pp. 155-169. Del notable jurista italiano de posguerra CRISAFULLI (1967) de la escuela de Panunzio al igual que Mortati, y que pasó del fascismo inicial a la izquierda itálica, se publicó un trabajo pionero, injustamente olvidado, en nuestra lengua en la *Revista de Derecho Público* Nº 7, pp. 11-56. Del mismo autor italiano la voz: “Disposizione e norma”, pp. 165 y ss. También una dura crítica al neoconstitucionalismo en la obra de GARCÍA AMADO (1996) y (2007), pp. 237-264.

expresa *verbi gratia* en el instituto jurídico-penal de la “custodia de seguridad” (“Sicherungsverwahrung”) medida asegurativa adicional a las penas cuando el sujeto es peligroso; peligrosidad futura para la colectividad. De este “derecho penal del enemigo”, ámbito en el cual no todas las legislaciones, jueces, juristas se reconocen cómodamente, aunque en la práctica acepten sus consecuencias, emerge una distinción brutal entre una ley penal para ciudadanos y una ley penal para “enemigos”, una legislación penal permanente-general, más que centenaria y una legislación penal *ad hoc*, normalizadora de la emergencia, que responde a la idea de la “guerra”.

En rigor en el derecho penal del ciudadano impera la idea de un proceso penal adecuado a la idea de legalidad-legitimidad propia de un Estado de Derecho. Para los defensores del “derecho penal del enemigo”, éste tiene cabida en el Estado social y democrático de derecho, siendo emparentado con la tradición ilustrada para conferirle cierta respetabilidad y su compatibilización con los derechos humanos se hace por la vía banalizarlos como “producto de la cultura” y no de la “naturaleza”, por una parte y definiendo a su titular formal: la persona, por otra². En este contexto, el delincuente terrorista pierde su condición socio jurídica de persona, la que es una mera atribución social normativa, que expone al individuo-no persona a la técnica penal y las organizaciones terroristas, que pretenden destruir o desestabilizar con recurso a la violencia el status quo político, quedan excluidas de la comunidad política, y sus miembros de sus derechos políticos.

El maniqueísmo político-penal, político-constitucional también, posterior a atentados de “torres gemelas” (11/S) en América del Norte o en Europa (Londres, Madrid), han precipitado el resurgir de la “guerra injusta” y del uso de la fuerza con infracción del Derecho Internacional contra los demonizados enemigos provenientes del Islam, en el plano exterior y asimismo, la guerra interna contra el “enemigo”, *verbi gratia* crimen organizado, terrorismo o simples minorías en el plano interior; y con todo ello de la mano se instala una legislación penal ad hoc (por la vía ejemplar las *Patriot Act I-II* de 2001 y 2003 en América del Norte, la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* de 2004, y leyes de 2005-2006), legislación que tiene en común el instituir un estatuto punitivo que causa un severo detrimento de las libertades públicas³. Como es obvio, en las visiones apocalípticas acerca de una “amenaza” o “peligro” inminente, siempre

² Para el tema un texto básico es JAKOBS y CANCIO MELIÁ (2006).

³ Consultar un excelente trabajo del jurista español TORRES DEL MORAL (2010), pp. 95-160.

habrán juristas lacayos o temerosos del poder político o del orden establecido, dispuesto a justificar un “derecho penal del enemigo”, siempre habrán “Jakobs” que desde la academia justificarán la “guerra” interna-externa, la aniquilación del enemigo, el triunfo de la política-fuerza sobre la política –compromiso, de política sobre el derecho (Fukuyama); como en el caso de los Estados Unidos ocurre bajo el gobierno de G.W. Bush y la guerra en oriente, así como la guerra con Al Qaeda.⁴

En esta ocasión invitados a escribir sobre “las minorías en la política”, decidimos visitar la cláusula de protección de la democracia constitucional del N° 15 del artículo 19 de la Constitución, y como dijimos hacer un repaso sobre su espurio origen, la conexión con la cláusula germana de “democracia militante” y finalmente recoger un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional acerca de una de esas minorías denominadas genérica y peyorativamente de “neonazis”.

La imposición de una cláusula de “democracia militante” es en definitiva un arma del arsenal de la justicia política y de la defensa extraordinaria de la Constitución, para sancionar personas y organizaciones o movimientos de minorías, arma oxidada y relativamente inútil o de utilería, pero que designa esa grave patología de una democracia constitucional anclada en una profesión de fe en un sistema material de valores, que pretende defenderse de sus minorías transformándolas en enemigos, imponiendo en un sentido schmittiano la lógica de la pura política (política-fuerza), en un juego político institucional democrático que debe ser plural y con apego a derechos fundamentales, que son precisamente componentes contramayoritarios del sistema político.

En el contexto de la “democracia militante” se configura, merced un juego de palabras, un “derecho constitucional del enemigo”, fuertemente contradictorio con la democracia misma.

Nuestro planteamiento, coincidente con la doctrina jurisprudencial asentada en la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 567/2006, de 2 de junio de 2010, es que la cláusula del N° 15 del artículo 19 de la Constitución, incorporada por la reforma constitucional de 1989 promulgada mediante Ley N° 18.825, es un mandato de protección de la democracia constitucional, que apoyado en el pluralismo político e ideológico, y en el sistema de derechos fundamentales, en particular derechos políticos, integrados a la decisión iusfundamental acerca de

⁴ Sobre este punto es útil el libro de un autodescalificado neoconservador norteamericano de origen nipón FUKUYAMA, Francis (2007), en especial pp. 77-122.

la forma de Estado: la república democrática, aleja la posibilidad de encuadrar esta cláusula en la denominada “democracia militante”. Con ello también se aleja la formación un “derecho constitucional del enemigo” Por ende, se trata de un arma de “justicia política”, pero racionalizada con estándares mínimos acerca de la definición del ilícito y el enjuiciamiento, que el propio Tribunal designa; arma en desuso y que integra el arsenal de la defensa extraordinaria de la Constitución.

La limitación o detrimento de derechos fundamentales que puede causar el “derecho penal del enemigo” en sus concreciones referidas a minorías o que puede causar la cláusula de “democracia militante”, excede el derecho de excepción tradicional del constitucionalismo liberal para hacer frente a la guerra, a la conmoción interna, grave alteración del orden público o calamidades públicas; es la fuente a su vez de un nuevo “estado de tensión” (Rosenfeld) y a una sorprendente propuesta de racionalización de la excepción como es la “Constitución de Emergencia” (Ackerman) concebida para enfrentar un “peligro difuso” engendrador de inseguridad, habilitando la suspensión temporal de derechos y garantías procesales, con la injerencia de mayorías cualificadas del Congreso para adopción de tales medidas⁵.

En suma, asistimos en el umbral del nuevo siglo a sobre-reacciones colectivas, que incluso comprometen a eminentes juristas y politólogos contemporáneos en un “imaginario” de enemigos de la civilización occidental y su acerbo cultural, como ocurrió con el macartismo de la segunda post guerra contra un “enemigo”, pero esta vez un enemigo externo-interno global; en la época de la “guerra fría”. En este mismo orden de ideas resulta notorio como el constitucionalismo contemporáneo y algunas de sus más visibles figuras en las viejas democracias occidentales no logran escapar a la lógica de un enemigo interno-externo, lo que es reforzado por un evidente etnocentrismo-eurocentrismo cultural, arropado como crítica al relativismo cultural en materia de derechos.

Por ello estimamos valiosa la nueva doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en relación a la cláusula de protección de la democracia constitucional, pues nos aleja del horror *vacui* e histeria-miedo colectivo frente a enemigos reales, en acto o potencia, estereotipados o hipotéticos, o simplemente espantapájaros.

⁵ ROSENFELD (2005) y (2006). DE ACKERMAN (2004) y (2007).

II. “DEMOCRACIA MILITANTE” Y CONTENCIOSO SANCIONATORIO POR INFRACCIÓN AL INCISO SEXTO DEL N° 15 DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN

1. Control Jurisdiccional de Atentados a Normas de Principio del Estado Constitucional de Derecho

La Constitución de 1980 contenía en su artículo 8° una cláusula de defensa de la Constitución que en el marco de un régimen político -tipo de gobierno autoritario englobaba la defensa del Estado, y sólo de manera nominal se funda en dispositivos de defensa de la Constitución y en particular de “democracia militante” consagrados en las Constituciones de posguerra (Italia y República Federal de Alemania), en especial la Ley Fundamental germana de 1949⁶. La reforma constitucional de 1989 a la Constitución derogó dicho artículo 8°, y adicionó nuevos preceptos o disposiciones al artículo 19 N° 15 (incisos sexto, séptimo y final); consagrando una cláusula de protección de la constitucional, bajo la apariencia de conservar o reformular la antigua cláusula de “democracia militante” para partidos políticos, todo en la sistemática del derecho de asociación política; cláusula nueva que por contenido y alcance es diversa al primitivo artículo 8° de la Carta.

Con carácter preliminar al examen teórico constitucional y comparado de las cláusulas de defensa de la Constitución, y de “democracia militante”, cabe señalar:

a) Nuestro país no tiene precedentes en materia de control jurisdiccional de atentados a principios torales del Estado de Derecho; sin perjuicio de la defensa del Estado, concepto ligado a la cláusula de orden público, no parangonable a la defensa de un “núcleo” de valores, principios e instituciones cubiertas bajo el concepto de “orden constitucional”. De esta suerte, todo parangón o equivalencia entre conceptos: defensa de la Constitución y Defensa del Estado no resultan teóricamente ajustados, yerro en que incurre Guzmán Brito al comparar el artículo 8° con la Ley de Defensa Permanente de la Democracia de 1947⁷.

b) El contencioso-sancionatorio del artículo 93 N° 10, que asigna competencia al Tribunal Constitucional para resolver los atentados al “ordenamiento institucional” (artículo 19 N° 15 incisos sexto y siguientes Constitución Po-

⁶ Sobre el origen o su historia fidedigna del artículo 8° de la Constitución de 1980, consultar el libro de LARRAÍN CRUZ, Rafael y NÚÑEZ TOMÉ, Leopoldo (1984).

⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro (1988), pp. 1-8.

lítica de la República), no es en propiedad jurisdiccional constitucional sino “justicia política”, y entraña invariablemente el peligro de politización del juez constitucional (Kirchheimer).

c) En el camino de la defensa de la Constitución, en particular de la “democracia militante” están los derechos fundamentales, al igual que en el campo de la defensa del Estado (Loewenstein). En cuanto a la defensa del Estado, la legislación “restrictiva y represiva se refiere a la totalidad del proceso político: la formación de la opinión pública y la propaganda, organización de grupos y asociaciones, reuniones públicas y demostraciones, la participación en el proceso electoral, el acceso a los cargos públicos y hasta la nacionalidad”⁸. Además, en el camino de la defensa de la Constitución en particular de la “democracia militante” está la democracia misma como método-principio de organización estatal; puesto que exige adscribir a una concepción normativa o axiológica de democracia.

En este punto, parece atinente citar al propio autor del término “democracia militante”, el jurista Karl Loewenstein quien se plantea lúcidamente crítico con las soluciones dadas a la defensa del Estado y de la Constitución: “el circuito del poder ha dejado de estar abierto para aquellos credos políticos que contradicen a los credos de la mayoría dominante. Aquel que toma en serio su credo democrático, y se mantiene firme en él, tendrá que dejarse acusar de ser un pedante legalista o un visionario utópico cuando defienda la concepción de que la democracia es más que el simple dominio de una mayoría alcanzada por elecciones libres y honestas. La verdadera democracia es al mismo tiempo protección de las minorías que defienden opiniones políticas impopulares. Según los principios democráticos, la proscripción de cualquier opinión pública, cualquiera que pueda ser su objetivo político encubierto o declarado, es ilícita. Una sociedad estatal que declara ilegales opiniones políticas como tales, no puede seguir siendo considerada plenamente democrática. Se trata aquí, ni más ni menos, de un principio cuya renuncia significa renunciar a la democracia misma”⁹.

La defensa del Estado y de la Constitución en la posguerra está marcado por la división del mundo en dos bloques y la “guerra fría”, de suerte que

⁸ LOEWENSTEIN, Karl (1983, pp. 405-408 y 1937). El término “democracia militante” se atribuye al jurista y politólogo germano K. Loewenstein. En nuestro medio el breve y muy acertado artículo en mimeo de ALDUNATE L., Eduardo, “Militant democracy in Chile”, que hemos consultado con provecho.

⁹ *Idem. Op. Cit.*, p. 407.

Europa y Occidente conocen distintas formas de “represión de grupos hostiles” (Kirchheimer), sea represión por mandato de una “minoría” (Sudáfrica durante la segregación racial y proscripción de C.N.A) o bajo “gobiernos mayoritarios”, a partir de la paradigmática represión de la Comuna de París de 1871, en que la estrategia para enfrentar “grupos hostiles” difiere (República Federal Alemana por una parte y Francia e Italia por otra con importantes partidos comunistas) en sus métodos y grados de racionalización; represión que en Estados Unidos de América llega a niveles impensados en una democracia liberal, de lo que el macarthismo fue sólo un síntoma, en que el grupo hostil-enemigo era tan insignificante: el partido comunista americano, que parecía un fantasma (en rigor un espantapájaros), proyección interna del fantasma de la guerra fría.

De alguna manera, los dispositivos de defensa de la Constitución y de “democracia militante” que en la República Federal de Alemania llegan a ser paradigmáticos (artículos 21 y 18 Ley Fundamental de 1949), están influenciados por la crisis de la República de Weimar, la experiencia nacional socialista y la guerra, último factor que también incide en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 (artículo 30).

Con el término “defensa de la Constitución” se designan “variopintas instituciones” (I. de Otto Pardo); que nos remiten a una dialéctica “amigo - enemigo”, que en la definición de Schmitt significa que el derecho (Constitución incluida) es devorada por la política. Por ello toda precaución teórico-práctica frente a la noción misma de “defensa de la Constitución” me parece insuficiente.

Con todo, aceptando provisionalmente el empleo del concepto de “defensa de la Constitución”, se trataría de conferir estabilidad e inmutabilidad no a normas constitucionales, sino a principios y valores constitutivos del “orden constitucional”; por lo que se trata de un concepto de fuerte carga política y axiológica. Con acierto el malogrado jurista Ignacio de Otto nos recuerda: “Enemigos y no simplemente infractores, porque la defensa de la Constitución no presupone necesariamente infracción de la norma constitucional: no toda infracción del Derecho Constitucional positivo... supone un ataque al orden constitucional (...). La defensa de la Constitución; dicho de otro modo, pretende garantizar el orden constitucional frente a sus enemigos también cuando éstos no son delincuentes, ni siquiera infractores del orden constitucional”¹⁰.

Lo anterior exige excluir de la “defensa de la Constitución”: el estado de necesidad constitucional, los mecanismos de reacción y prevención frente a

¹⁰ OTTO PARDO, Ignacio de (1985), p. 14.

la infracción de normas constitucionales, los delitos contra el orden público estatal (seguridad del Estado y terrorismo) contemplados en Ley N° 12.397 y Ley N° 18.314.

En consecuencia, el polémico concepto “defensa de la Constitución” (*Verfassungsschutz*) designa una “técnica constitucional específicamente moderna que consiste en declarar ilegales actividades que no suponen infracción de normas constitucionales ni constituyen ilícito penal, pero que tiene por finalidad atacar el orden constitucional. Se trata de ilegalizar fines aun cuando los medios sean en sí mismos correctos”. De esta forma, “defensa de la Constitución” es un concepto más estricto que el concepto de “defensa del Estado”. Luego, podemos entender con Faller “defensa de la Constitución” como la suma de “instituciones y medidas” mediante las cuales el Estado resguarda su “existencia y su ordenamiento fundamental frente a los peligros que lo amenazan desde dentro”¹¹.

El tratadista K. Stern¹² en el contexto de la Ley Fundamental germana de 1949 distingue una acepción amplia y otra estricta de “defensa de la Constitución”¹³. La “defensa de la Constitución” en una acepción amplia está referida a su carácter o fuerza normativa, que ex defnitoria, postula respeto y vinculación. En síntesis la Constitución dotada de medidas de protección, a saber:

a) Trabas de la reforma de la Constitución y las inviolabilidades constitucionales, cautelares de las “violaciones constitucionales desde arriba”, es decir frente a ataques que puedan provenir de los propios órganos estatales. V.g. garantías en estados de excepción constitucional (artículo 81.4 L.F.).

b) Justicia constitucional de “amplia jurisdicción” en la Federación y Länder; que hace justiciable todo el Derecho Constitucional.

c) Garantía institucional de generación de actos estatales originados en órganos colegiados con controles intra e interórganos y responsabilidad de los agentes: “En términos generales –dice Stern– la construcción estructurada de la organización estatal con responsabilidad mutua (artículos 58, 61, 65 y 68 L.F.B.) y del sistema de controles inter e intraorgánicos son factores importantes de defensa de la Constitución”.

d) La organización estatal sobre la base de un principio de colegialidad que arranca del derecho romano.

¹¹ FALLER, Hans J. (1990), p. 47. Faller habla de tres tipos de defensa: defensa constitucional normativa, defensa constitucional ejecutiva y defensa constitucional jurisdiccional.

¹² STERN, Klaus (1987), pp. 366-393. DENNINGER, E. (1997), pp. 453 y ss.

¹³ STEIN, E. (1974), pp. 164-165.

e) La estructura federal del Estado (separación vertical de poderes), por una relación dialéctica Federación -Länder, con un vínculo de “fidelidad federal”, y solución de sus conflictos por el Tribunal Constitucional Federal.

f) Un factor de protección institucional-personal de la Constitución es la función pública, es decir, “los funcionarios de carrera como sustentadores de los cargos públicos, así como el deber de éstos de observar determinados principios con garantía de sus funciones”. La función pública importa un verdadero estatuto de sujeción inspirado en principios técnicos como: relación de servicio a la colectividad, neutralidad y fidelidad a la Constitución.

g) Estado de necesidad constitucional, como categoría explicativa de los estados de excepción.

h) El principio de publicidad de los actos del poder estatal y de la actividad de los órganos del Estado es un instrumento de garantía o protección de la Constitución; sin perjuicio de los derechos de libertad de información y de prensa.

i) Finalmente, fuera de la organización estatal el “medio más potente” de protección de la Constitución son derechos de la persona frente a una actuación inconstitucional de órganos estatales; en especial derechos fundamentales como el derecho a la jurisdicción (artículo 19.4 L.F.B.), derecho de petición (artículo 17), derecho electoral activo (artículos 38.1 y 38.2 L.F.B.), libertad de expresión (artículo 5.1.1 L.F.B.), y garantías como la reserva de ley (artículo 19.1 L.F.B.), contenido esencial (artículo 19.2 L.F.B.) y la garantía procesal del recurso constitucional o de amparo (artículo 93.1.4a L.F.B.).

Por otra parte, la “defensa de la Constitución” en su acepción estricta está referida a la protección del orden fundamental liberal –democrático, de la existencia y seguridad de la Federación o de la de un Land (artículo 73.10 b. L.F.B.); definición dada por Ley de Reforma de la Ley Fundamental de 1972. El bien protegido: “orden fundamental liberal– democrático”, definido por el Tribunal de Karlsruhe” cuando, “con exclusión de cualquier poder arbitrario, existe un orden jurídico estatal fundado en la autodeterminación del pueblo, según la voluntad de la mayoría, y en la libertad e igualdad”.

Entre los principios que sustentan este orden se cuentan, al menos, los siguientes: el respeto a los derechos humanos concretados en la Ley Fundamental, sobre todo el derecho de las personas a su vida y a su libertad; la soberanía del pueblo, la división de poderes, la responsabilidad del gobierno, el sometimiento de la Administración a la ley, la independencia de los Tribunales, el principio de pluralidad de partidos, la igualdad de oportunidades de todos los partidos y su

derecho a intervenir, por medio constitucional, en la formación y actuación de una oposición” (Sentencia T.C.F. sobre el S.R.P.). El tratadista K. Stern sintetiza el contenido del “orden fundamental liberal-democrático” en principios: Estado de Derecho, democracia en libertad, agregando a la disposición del Tribunal de Karlsruhe el principio del Estado social y del Estado federal, (artículo 79 III, artículos 1 y 20 L.F.B.)¹⁴.

Ciertamente, las violaciones al “orden fundamental liberal-democrático” pueden ser producidas “desde arriba” o “desde abajo”. Para nuestro análisis tiene importancia las violaciones “desde abajo” al “orden fundamental liberal - democrático”, es decir, la “defensa de la Constitución” importa en este punto un conjunto de medidas que limitan ciertos derechos fundamentales para impedir que se haga un uso contrario al orden constitucional sustancial, a saber: artículo 5.3., dado que la libertad de cátedra no dispensa de la fidelidad a la Constitución, la prohibición de uso abusivo de los derechos fundamentales (artículo 18 L.F.B.), las asociaciones contrarias al orden constitucional (artículo 9º L.F.B.) y los partidos contrarios al “orden fundamental liberal-democrático” (artículo 21.2 L.F.B.).

En cuanto a la “pérdida de derechos fundamentales”, el artículo 18 L.F.B. es una novedad en el derecho constitucional alemán, si bien aparece consagrado en el artículo 11 de la Declaración francesa de 1789 y en las constituciones de estados alemanes del siglo XIX, como prohibición de abuso de tales derechos. En la República Federal de Alemania el Tribunal de Karlsruhe “monopoliza la decisión de la pérdida” (Stern) “El art. 18 L.F.B. –dice Stern– fue concebido por los poderes de la Constitución como una espada afilada. Sobre la eficacia del instituto de la pérdida de derechos fundamentales no cabe decir nada, porque ninguno de los procesos iniciados llegó o terminó o concluyó con éxito (...)”. El art. 18 LBF surgió como reacción frente a Weimar y Hitler, como prueban las deliberaciones del Consejo Parlamentario (...). La Ley Fundamental sólo permite las manifestaciones de opinión dirigidas contra el orden fundamental liberal-democrático en tanto en cuanto este último no se vea él mismo puesto en peligro. Con ello, el art. 18 deviene expresión de la democracia consciente de los valores y preparada para su propia defensa. Es una disposición preventiva de protección de la Constitución, que combate la habilidad a la Constitución en la fase misma de su formación. De aquí que resulte justificado que el Tribunal Constitucional Federal exija una determinada

¹⁴ STERN (1987), pp. 394-395.

cantidad de peligrosidad”¹⁵. El artículo 18 LFB es una medida de defensa de la Constitución frente a una actuación individual encomendándose la sanción al Tribunal de Karlsruhe, a través de un procedimiento con garantías (parágrafos 36 y siguientes Ley del Tribunal Constitucional) y su fallo requiere de una mayoría de dos tercios de la Sala.

Con todo, para el análisis de nuestro ordenamiento constitucional reviste interés una reseña teórica sumaria a la “democracia militante” y a la prohibición de partidos políticos. La “democracia militante” (*streitbare Demokratie*) se alimenta de un sofisma básico: no puede haber libertad para enemigos de la libertad, siendo empleada por el Tribunal de Karlsruhe en la sentencia K.P.D. de 1956 (B Verf GE 5, 85) en un sentido descriptivo: “el art. 21.2 de la Ley Fundamental expresa una consciente voluntad constitucional de resolver un problema límite del orden estatal liberal-democrático, es resultado de las experiencias de un poder constituyente que en una determinada situación histórica creyó no poder permitir ya que se realizará de forma pura el principio de neutralidad del Estado, reconocimiento de una democracia militante en este sentido”. De esta manera, la “democracia militante” es una categoría descriptiva acerca del origen del art. 21.1 de Ley Fundamental o para caracterizar su función (I. de Otto). En la sentencia de 27 de julio de 1961 (B Verf GE 13, 46) se denota un cambio en el uso del concepto, introduciéndose una nueva función: vincular a los partidos y asociaciones a determinados principios del “orden fundamental liberal-democrático”. V.g. comentando I. de Otto la sentencia de 14 de enero de 1969 (B Verf GE, 25, 44), señala que el punto de partida “no es, o no es solamente, un principio de libertad que abarca el crítico y del que sólo queda excluido el enemigo, sino que la libertad aparece como restricción al principio de la democracia militante, que adquiere así un carácter como omnicompreensivo y agresivo, precisamente ese carácter que explica la traducción que aquí se ha elegido para los términos alemanes”.

La categoría de “democracia militante” ha generado una importante discusión teórica y crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (Loewenstein, Heisse, Lameyer, Stern, Denninger, Abendroth) con sus respectivos matices. En nuestra lengua, en el contexto del derecho constitucional español Ignacio de Otto formula un conjunto de críticas¹⁶ a la categoría de “democracia militante”, que podríamos resumir en los acápites siguientes:

¹⁵ OTTO PARDO, I. (1985), pp. 38 y ss.

¹⁶ OTTO PARDO, I. (1985), pp. 37 y ss.

a) La “democracia militante” está expuesta a una objeción metodológica relativa a valores e interpretación. “La tesis de la democracia militante –dice I. de Otto– sólo puede tener fundamento en una teoría de la democracia vinculada a valores, no en una teoría relativista, valorativamente neutral”. La “democracia militante” plantea la cuestión de elegir o indicar que valores juridificados (“orden constitucional”) son los englobados en la categoría y su definición; generándose un grueso problema hermenéutico. “La verdadera militancia –agrega I. de Otto– por la democracia y por los valores subyacentes al sistema exige la posibilidad de discutir abiertamente que la prohibición de defender ciertos puntos de vista; porque posiblemente no hay más verdad que la argumental”.

b) La “democracia militante” es rechazable por atentar contra las exigencias del Estado de Derecho al relativizar y aun destruir la legalidad en beneficio de la legitimidad pura y simple; puesto que conductas inocuas devienen en ilegítimas por sus fines; cuestión que ni siquiera se produce con la prohibición de partido. “En otras palabras –señala I. de Otto– el equilibrio entre el poder público y los ciudadanos en cuanto a sujeción a la Constitución se conserva en las instituciones de ésta en la medida en que la habilitación al poder público para restringir el derecho no sólo viene establecida en una norma, sino que, además, se radica de procedimientos que vienen garantizar su correcto uso para la finalidad a que la defensa sirve. Nada de esto ocurre en el principio de democracia militante, que como primer e inevitable efecto, extiende la limitación defensiva también a derechos y relaciones jurídicas para las cuales no está prevista por la norma constitucional”. V.g. sentencias de 15 de enero de 1969 (B. Verf. GE 25,88) y de 31 de marzo de 1976 (B. Verf. GE, 39, 334) del Tribunal de Karlsruhe que quiebran los elementos garantistas de la defensa de la Constitución y de seguridad jurídica cuando se imponen prohibiciones profesionales o prohibiciones de ingreso a la función pública.

c) La “democracia militante” conduce a la relativización de las normas constitucionales: de derechos frente a los poderes públicos; deterioro de derechos y garantías, que antes Loewenstein observaba agudamente frente a instituto de “defensa del Estado” y de “defensa de la Constitución”.

En relación a la prohibición de partidos está constituido un grado o matiz en la respuesta dada por el ordenamiento jurídico a organizaciones hostiles en el marco de la “defensa del Estado” o de la “defensa de la Constitución”; pudiendo haber soluciones como la “igualdad completa otorgada a grupos hostiles” y la “igualdad formal con varios modos de limitación de la participación de esos

grupos en la vida política” (Kirchheimer)¹⁷. La cuestión no está exenta de paradojas en la medida que conflicto e integración, tienen su dialéctica específica en las sociedades políticas y civiles, y el pluralismo político está asociado a un pluralismo ético, religioso y cultural, por lo que la existencia de grupos hostiles al “orden constitucional” resulta inevitable. Así la ley penal en el marco de la “defensa del Estado” da una respuesta a la hostilidad agresiva o delictiva, especificada en bienes jurídicos tutelados (legalidad) y encomendando la aplicación de las sanciones a tribunales de justicia; pero la decisión acerca del grado de hostilidad punible es siempre una cuestión de política legislativa, de política en suma. Otra paradoja específicamente germana es que ni el Partido Comunista en el Partido Socialista del Reich constituyan un gran peligro para el orden político de la República Federal de Alemania, los motivos de su prohibición debían “buscarse en las reacciones psicológicas ante la experiencia del pasado y las consideraciones más remotas de estrategia política” (Kirchheimer).

Nuevamente, en el caso germano las “rupturas” de Weimar (1918-1919), el régimen hitleriano de la *Gewaltherrschaft* y la derrota militar (1939-1945) marcan de manera tan decisiva, como la guerra fría, a la República Federal de Alemania. En el derecho constitucional germano el citado art. 18 de LF se dirige a las agresiones individuales contra la Constitución, pero en el caso de los artículos 21.2 y 9.2 de LF es la “hostilidad organizada contra la Constitución lo que se sitúa en un primer plano” (Stern). “En ninguno de los dos procesos de prohibición de partidos (S.R.P. y K.P.D.) ha interpretado el Tribunal Constitucional Federal de modo extensivo los presupuestos de una prohibición. La demanda de un proceso de prohibición de partidos por parte de la Dieta Federal, del Consejo Federal o del Gobierno Federal es encomendado al criterio político de los demandantes. La temida contracción de la vida política en el sector de los partidos no se produce. Más bien cabría preguntarse si no ha sido tratada de forma excesivamente laxa la cuestión del examen de una demanda. Los instrumentos de los arts. 21.2 (y art. 9.2 LFB) se están convirtiendo cada vez más en una espada oxidada (Stern). Por cierto más escépticos se muestran K. Hesse, y críticos como W. Abendroth y J. Lameyer.

Ahora bien, la Ley Fundamental germana tiene el instrumento más perfecto de defensa de la Constitución como se ha reseñado, de suerte que, el artículo 21.2 relativo a prohibición de partidos que por sus “fines” o por “actitud” de sus adherentes tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y

¹⁷ KIRCHHEIMER, Otto (1968), pp. 145 y ss.

democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania son inconstitucionales”, y de manera análoga el art. 9.2. que prohíbe asociaciones de manera más laxa; son preceptos específicos del instrumentario.

De interés para nuestro estudio es la prohibición de partidos, cuyo presupuesto material es el ataque al orden fundamental liberal-democrático o existencia de la República Federal de Alemania (art. 21.2 LF). En cuanto al presupuesto de hecho la sentencia del Tribunal de Karlsruhe “tiene siempre efecto decorativo” (Stern), puesto que las consecuencias jurídicas para el ámbito organizativo se derivan de la sentencia de prohibición sentencia de efectos constitutivos emanada del Tribunal Constitucional Federal que tiene el “monopolio de la decisión”, encontrándose regulado los efectos en el precepto 46.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal.

El artículo 21.2 LF no tiene graduación sancionatoria, de suerte que verificada la prohibición operan las consecuencias jurídicas del precepto 46.3 de la Ley del Tribunal y en conexión las consecuencias de preceptos 32 y 33 de la Ley de Partidos, las que dirán relación con las funciones estatales y sociales de los partidos. Aclara Stern que el “privilegio de los partidos” aducido para justificar la exigencia de medidas “específicamente dirigidas a los partidos” se refiere “sólo a la competencia de pronunciamiento de la prohibición, pero no a la consecuencia jurídica de la prohibición, que, de forma consonante a la naturaleza de un partido como asociación, estriba consecuentemente, en su disolución”¹⁸. La disolución de partidos inconstitucionales, implica la prohibición de creación de organizaciones sucedáneas del mismo (precepto 46.3.1 de la Ley del Tribunal y precepto 33.1 de la Ley de Partidos); no siendo necesaria la prohibición de las organizaciones anteriores a la prohibición del partido o que se hallan representados en la Dieta Federal o en el Parlamento de un Land, caso en que se requiere decisión del Tribunal Constitucional Federal.

La jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe en las prohibiciones de SRP y KPD ha decretado la pérdida de mandato de diputados de partidos inconstitucionales “sin base legal expresa” (Stern); empleando una interpretación extensiva de la declaración de inconstitucional; lo que en el campo sancionatorio, es más que dudoso; lo que obligó a modificar la Ley Electoral Federal (preceptos 46 y 47) y de Länder. Finalmente, otra medida ejecutiva facultativa es la incautación de patrimonio (precepto 46.3.2. de la Ley del Tribunal de Karlsruhe) recogidas en sentencias de S.R.P. de 1952 y K.P.D. de 1956. Para cerrar este punto cabe

¹⁸ STERN, K. (1987), pp. 408-409.

agregar que gran importancia adquiere en las décadas de 1960 y de 1970 lo relativo a militancia en partidos de ciudadanos hostiles a la Constitución y la incorporación o permanencia de éstos en la función pública.

En este punto es menester hacer referencia al reduccionismo simplista de identificar como factor de la crisis de la República de Weimar la existencia de una Constitución y democracia neutral (de la que un Schmitt repugna); el fracaso de la república germana en sus empeños es multicausal y probablemente la neutralidad valorativa de su Constitución es un factor casi irrelevante. Los empeños de la República de Weimar fueron: “a) la substitución del régimen autoritario guillermiano, del *Obrigkeitsstaat* (fundamentado en el predominio prusiano, la irresponsabilidad del gobierno y el sistema electoral de tres clases) por una república democrático-liberal y parlamentaria; b) la reconstrucción nacional a raíz de la derrota en la primera guerra mundial y la solución al problema planteado por las gigantescas deudas suscritas por Alemania en el Tratado de Versalles como pago por daños de guerra, problema que si era difícil en los comienzos del régimen, resuelto de imposible solución a medida que pasaban los años y llegó a un punto sin salida con la crisis de 1929” (García Cotarelo)¹⁹. Este “doble empeño” de la República de Weimar fracasa y condiciona su evolución posterior hacia el régimen totalitario (F. Neumann).

De esta manera, argumentar que la República de Weimar fue suicida en su neutralidad valorativa al no establecer instrumentos de defensa de la Constitución, es propia de la “ilusión de los juristas” o del quehacer de los ideólogos, olvidando que en 1922 se dispone de una legislación de defensa del Estado y que el mentado artículo 48 fue un “sepulturero” de la República, pues a su amparo se dictó el famoso “Decreto sobre Protección del Pueblo y del Estado” de 29 de febrero de 1933, que anuncia el desmantelamiento de las instituciones de Weimar (K.D. Bracher); y más aún toda la teorización de Schmitt gira en torno al artículo 48 para asignarle la custodia de la Constitución al Presidente del Reich (Hinderburg) primero y la Canciller del Reich (Hitler) después.

En razón de lo expuesto una demostración palmaria de la “ilusión de los juristas” (I. de Otto) es culpar al positivismo de Kelsen de la crisis de Weimar,

¹⁹ GARCÍA COTARELO, Ramón (1984), p. 187. Para la crisis de Weimar y sus causas un texto básico de historia de BADIA (1964), en especial pp. 141-142. Para el régimen de Hitler dos clásicos, con perspectivas distintas, uno de NEUMANN, F. (1983), en especial sobre las contradicciones de Weimar, pp. 19-53, y de BRACHER, K. (1973), en especial la influencia del pasado alemán y el tratado de Versalles, pp. 30-37.

argumento falaz que olvida que los sepultureros de la República de Weimar fueron insignes iusnaturalistas (Koellreuter, Larenz) y decisionistas (Schmitt), “enemigos” declarados o confesos de Hans Kelsen y su Escuela vienesa-judaica. (Garzón Valdés, Scheun). A los sepultureros de Weimar se suman los juristas germanos liberales y conservadores, que asumen el rol de observadores distantes o cómplices del proceso, anhelantes de la restauración imperial de Alemania. Los “enemigos” de la democracia no hacen una “marcha a través de las instituciones” para quebrar la democracia, un orden político en el que no creen o desprecian. En este contexto me parece acertada la tesis de Ignacio de Otto: “el orden constitucional no se defiende mediante la ilegalización de sus enemigos, sino con su propio funcionamiento correcto sobre una base social, económica y política adecuada, con el desarrollo de la primacía del derecho, con la creación de una conciencia constitucional, tareas todas ellas más arduas y esforzadas que la “defensa de la Constitución”, pero más acordes con el orden constitucional de cuya garantía se trata, el orden constitucional se defiende existiendo”²⁰.

2. De la “democracia militante” a la cláusula de protección de la democracia constitucional en la Constitución vigente

En nuestro ordenamiento constitucional el estudio del derogado artículo 8º ha sido objeto de completos estudios (Ribera, Cumplido, Zapata), al igual que los incisos sexto y siguientes del N° 15 del artículo 19 de la Carta (Luksic)²¹; pero resulta obligado recoger y sistematizar algunos comentarios en relación al artículo 19 N° 15 inciso sexto y siguientes y artículo 93 N° 10 de la Constitución de 1980:

²⁰ OTTO, I. (1985), pp. 57-58.

Un buen ejemplo es la mentada conversión de G. Radbruch del relativismo ético a formas de absolutismo, que para algunos autores implicaría el reconocimiento de los “positivistas” de sus culpas en el régimen de Hitler.

Consultar a BRECHT, Arnold (1963), pp. 369-374. También es útil la recopilación de trabajos del iusfilósofo GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1993), pp. 235-264, para quien la asignación de “culpa” al positivismo en la autocracia hitleriana es “histórica y conceptualmente falsa”, en una cultura constitucional del régimen autocráticas alimentadas por el derecho natural y el decisionismo, y tal “culpa” voceada impudicamente por insignes iusnaturalistas convertidos a la fe democrática en la posguerra.

²¹ RIBERA N., Teodoro (1984) y (1987).

- También CUMPLIDO, GUZMÁN Y DIETZE (1989).

- ZAPATA L., Patricio (1990), pp. 89-102.

- LUKSIC S., Zarko (1990), pp. 19-34.

a) La Constitución le asigna al Tribunal Constitucional una competencia contencioso sancionatoria por infracción del artículo 19 N° 15, inciso sexto, tipo de competencia estudiada en sus aspectos sustantivos y procedimentales por nosotros hace casi una década.

b) El artículo 19 N° 15, inciso sexto de la Constitución vigente difiere radicalmente del derogado artículo 8° de la Carta en los aspectos que se reseñan:

b.1) Consagración de un principio de pluralismo político, congruente con el pluralismo social (art. 1°, 19 N° 15 y 19 Constitución Política de la República) y con el pluralismo ideológico (art. 19 N° 6 Constitución Política de la República).

b.2) Supresión de la retroactividad del ilícito constitucional, supresión de personas como sujeto activo del ilícito y del verbo rector propagar”, que pasa a múltiples verbos rectores: “no respeten”, “procuren”, “hagan uso”, “la propugnen o inciten a ella...”; todos verbos que significan “hechos concretos que deben realizar los sujetos susceptibles de ser sancionados constitucionalmente” (Luksic).

c) La derogación del artículo 8° de la Constitución cuyo *loci* es el Capítulo I de “Bases de la Institucionalidad” (dado el alcance de la preceptiva: personas y grupos que “procuren”), importa la supresión de una cláusula de “defensa de la Constitución” frente a personas y grupos hostiles con el orden político autocrático, en rigor una paradójica “democracia militante” gestada desde una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal en su origen. De suerte que la cláusula del artículo 19 N° 15 inciso sexto de la Carta entraña una limitada cláusula de “defensa de la Constitución”, que para partidos, movimientos u otras formas de organización significa un deber de fidelidad con los “principios básicos del régimen democrático y constitucional”, y la proscripción de actos, objetivos o conductas que procuren el establecimiento de un “sistema totalitario”, hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. De esta manera, congruente con el principio de pluralismo político se requiere de “partidos, movimientos u otras formas de organización”; de objetivos, actos o conductas, es decir acciones positivas que den cuenta de una hostilidad profunda y combativa con “principios básicos del régimen democrático y constitucional”, campo en que el totalitarismo o la violencia como método de acción política están dirigidos a destruir ese “orden constitucional”.

d) El “orden constitucional” o “principios básicos del régimen democrático y constitucional”, no es un concepto metajurídico o metaconstitucional, sino

involucra el plexo de principios torales del Estado de Derecho relativos al estado del poder y arreglo institucional que cuaja en un régimen político.

e) La cláusula de “defensa de la Constitución” frente a “partidos, movimientos u otras, formas de organización” hostiles de forma profunda y combativa, significa que mediando “privilegio jurisdiccional”, el Tribunal Constitucional al declarar inconstitucionales a las citadas entidades aplicará sanciones, a saber: a partidos políticos su disolución (arts. 42, 43 y 44 de Ley N° 18.603 Orgánica Constitucional de Partidos Políticos) y efectos patrimoniales conexos; y a personas naturales un bloque de sanciones de suspensión de derechos políticos por cinco años (derecho de sufragio conforme al art. 16 N° 3; derecho de asociación política, *ius honorum*, todo de conformidad al art. 19 N° 15 inciso séptimo Constitución Política de la República) o inhabilidades temporales por cinco años para desempeñar cargos públicos de los indicados en los N°s. 1 a 6 de artículo 54 (art. 19 N° 15 inciso séptimo Constitución Política de la República); todo sin perjuicio que sanciones de suspensión de derechos o inhabilidades se eleven al doble en caso de reincidencia y sin posibilidad de obtenerse rehabilitación (art. 19, N° 15, inciso final, Constitución Política de la República).

f) El artículo 19 N° 15 inciso sexto de la Constitución al configurar el ilícito constitucional no establece un principio de proporcionalidad o graduación de sanciones a partidos inconstitucionales y personas responsables que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad. Consigna como sujetos del ilícito a “movimientos u otras formas de organización”, que de suyo deberá entenderse que son “grupos políticos” que carecen de entidad jurídica, ya que nuestro ordenamiento constitucional sólo admite a los partidos políticos como asociaciones políticas (art. 19 N° 15 inciso quinto Constitución Política de la República, art. 18 Constitución Política de la República y art. 2° Ley N° 18.603 Orgánica Constitucional de Partidos Políticos); y sólo estos partidos podrían ser objeto de sanciones eficaces por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, los demás “movimientos u otras formas de organización”, sólo podrían ser sujetos de ilícitos penales congruentes con la prohibición de asociaciones contrarias “a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado”. Las personas naturales responsables que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, igualmente podrán ser objeto de sanciones, lo que redundará en una ruda ausencia de proporcionalidad y consistencia.

g) La comentada competencia contencioso sancionatoria del Tribunal Constitucional dada en razón de una inconsistente cláusula de “defensa de la Cons-

titución” (art. 19 N° 15 inciso sexto Constitución Política de la República), jalona al órgano jurisdicтор al campo de la justicia política. Ciertamente, la Jurisdicción Constitucional conoce de conflictos políticos por regla general juridificados, resolviendo los conflictos con “criterios y métodos jurídicos” (García de Enterría, García Pelayo, Kelsen); pero el ilícito constitucional comentado (y a mayor fuerza el derogado art. 8° de la Constitución) introduce al Tribunal Constitucional al campo de la valoración política pura y dura sin parámetro constitucional real, y a la aplicación de sanciones a grupos hostiles. En este punto no olvidamos que la “justicia política” tiene por objetivo “incrementar la esfera de la acción política, reclutando para tal fin los servicios de los tribunales en apoyo de las metas políticas y se caracteriza por la sumisión al escrutinio de la Corte de todo acto individual o colectivo” (Kirchheimer). La represión de grupos hostiles no sólo debilita la legitimidad del Tribunal Constitucional como producto de la racionalización del Estado moderno, sino que permite de seguro que la política devore a la jurisdicción. En la justicia política no existen garantías procesales penales, propias de la represión de grupos hostiles por la ley penal en el marco de la “defensa del Estado”. Cierro este punto citando a Kirchheimer: “la justicia política está destinada a seguir siendo un eterno atajo, necesario y grotesco, benéfico y monstruoso pero de todos modos un atajo. Es necesaria y benéfica, porque sin la intervención del instrumento jurídico la lucha por el poder político continuará siendo igualmente implacable pero mucho más desordenada”²².

III. EL CASO “MOVIMIENTO PATRIA NUEVA SOCIEDAD” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A continuación en este capítulo abordaremos, a título de pretexto, para revisar el tema de la democracia militante, la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 567/2006, de 2 de junio de 2010, desestimatoria de la acción impetrada, que como lo dijimos es la primera decisión judicial expedida bajo el imperio de la cláusula de protección de la democracia constitucional con posterioridad a la reforma de 1989, fijando, como era de esperar más de veinte años después, una lectura distinta de esta cláusula y esbozando tibiamente algunos estándares garantistas a la hora de efectuar esta Judicatura este tipo de enjuiciamiento.

²² KIRCHHEIMER, O. (1968), pp. 472-473.

La sentencia a título de proemio, necesario por ser la primera bajo el texto de la cláusula de protección constitucional desde 1989, analiza primero las normas constitucionales concernidas en el ilícito constitucional y en el contencioso sancionatorio; puntualizando lo siguiente:

“*CUARTO*. Que la Constitución obliga tanto a los titulares e integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo, y es deber de todos ellos respetarla. El principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 6° de la Constitución tiene un alcance universal. En los conceptos de ‘institución o grupo’ están comprendidos los movimientos y las organizaciones a que se refiere el artículo 19 N° 15° de la Constitución. La vulneración de la Constitución, en consecuencia, puede provenir de cualquiera de los integrantes de la sociedad política (SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago, 1997, p. 135). Por tanto, las organizaciones políticas deben también atenerse a la Constitución como norma suprema y a las leyes, tanto en su organización interna como en su actuar en la vida pública;

QUINTO. Que, al amparo de su artículo 6°, la propia Constitución establece en su artículo 19 N° 15°, inciso sexto, un ilícito constitucional específico referido a organizaciones políticas que “no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política”, ilícito cuya sanción corresponde aplicar a esta Magistratura. La sanción establecida por la Constitución consiste en la disolución del partido, organización o movimiento y la imposibilidad de que pueda seguir funcionando o se reorganice bajo pautas similares; estableciéndose además, en el inciso séptimo de la norma citada, sanciones específicas para las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad, consistentes en la prohibición de participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política, y de optar a cargos públicos de elección popular o desempeñar los cargos mencionados en los números 1) a 6) del artículo 57 de la Constitución, por el término de cinco años, contado desde la resolución del Tribunal;

SEXTO. Que el mismo artículo 19 N° 15° distingue las asociaciones en general de aquellas que asumen propósitos políticos. Respecto de las primeras prescribe, en su inciso cuarto, una prohibición para todas aquellas que sean contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado; mientras que para las de carácter político contempla, en su inciso sexto, un ilícito constitucional específico y, en su inciso quinto, remite a una ley orgánica constitucional la reglamentación de diversas materias concernientes a los partidos políticos; entre ellas están las sanciones a las infracciones de la ley de partidos políticos, siendo la más grave la disolución, una de cuyas causales se produce por efecto de la sentencia dictada por este Tribunal

Constitucional acogiendo un requerimiento de inconstitucionalidad (artículo 42 N° 7 de la Ley N° 18.603, Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos);

SÉPTIMO. Que, en consecuencia, cuando el Tribunal Constitucional debe decidir, en razón del artículo 93 N° 10° de la Constitución, sobre la aplicación de la sanción establecida en el artículo 19 N° 15°, inciso sexto, del mismo cuerpo normativo, ésta pasa a ser una norma decisoria litis orientada a asegurar que las organizaciones políticas se ajusten a la supremacía constitucional.

Respecto a las demás normas constitucionales invocadas por los requirentes –artículo 1° y artículo 19 N°s. 1°, 2° y 12°–, cabe hacer presente que en esta causa ellos sólo serán considerados en cuanto dan forma a “los principios básicos del régimen democrático y constitucional” a que se refiere el artículo 19 N° 15°, inciso sexto, al definir el ilícito constitucional que se imputa en autos; [...]”.

Consecuencialmente la sentencia comentada y reproducida fragmentariamente precisa el conflicto a heterocomponer y los alcances de la reforma constitucional de 1989, citando jurisprudencia extranjera como ya es usual en la redacción de las decisiones de esta Judicatura; en los términos siguientes:

“NOVENO. Que, en virtud de la norma citada y de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 10° de la Constitución, este Tribunal debe resolver un conflicto constitucional de especial trascendencia, derivado del requerimiento para sancionar a una organización política. La aplicación del artículo 19 N° 15° debe hacerse apreciando cómo juegan en cada caso diversos valores jurídicos según una visión unitaria y finalista de la Constitución. Sobre esta materia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al conocer dos reclamos presentados contra Turquía por haber declarado inconstitucionales al ‘Partido Comunista Unificado’ y al ‘Partido de la Prosperidad Refah’, de inspiración islámica, ha sostenido que al resolver este tipo de materias el Tribunal debe procurar ‘una cierta forma de conciliación entre las exigencias de defensa de la sociedad democrática y la salvaguardia de los derechos individuales’. (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 32); [...]”.

“DECIMOCUARTO. Que la reforma constitucional del año 1989 introdujo importantes cambios en materia de protección de la Constitución, como veremos a continuación. El principal de ellos consistió en la derogación del artículo 8° como base de la institucionalidad y el traslado de la norma al Capítulo de los Derechos y Deberes Constitucionales, en lo referido al derecho de asociación política. El renovado inciso sexto del N° 15° del artículo 19 se inicia garantizando el pluralismo político. Así, pese a los debates doctrinarios en torno a si el antiguo artículo 8° facultaba o no la persecución de ideologías, lo cierto es que con la reforma se puso término a toda posibilidad de fiscalizar y prohibir la difusión de ideas, al eliminar de la norma expresiones tales como ‘destinado

a propagar doctrinas que’ y ‘que propugnen la violencia o una concepción de la sociedad’, con lo que se restringió el objeto de control: se pasó de un campo de persecución de la propagación de las doctrinas o ideologías a la sanción de actos o conductas en determinadas hipótesis;

DECIMOQUINTO. Que también se precisaron de mejor manera los bienes jurídicos protegidos con el fin de establecer un mecanismo especial de defensa de la Constitución que no afectara los principios democráticos que se procuraba resguardar. Se eliminó, en consecuencia, la mención a la familia y a la lucha de clases y tal como se ha señalado con anterioridad se omitió toda referencia a la propagación de doctrinas, ideologías o ideas, poniendo atención únicamente en las actuaciones y los objetivos de las organizaciones políticas. Y, por último, se estableció la rebaja de diez años a cinco años de la duración de las sanciones a aplicar por el Tribunal Constitucional. (GEISSE, FRANCISCO, y RAMÍREZ, JOSÉ ANTONIO. *La Reforma Constitucional*. CESOC Ediciones Chile América, Santiago, 1989, p. 42); [...].”

“DECIMOCTAVO. Que por ello, es posible sostener que, a partir de la reforma constitucional de 1989, se establece un modelo radicalmente distinto al previsto de conformidad al derogado artículo 8º de la Constitución. El actual artículo 19 N° 15º, inciso sexto, no consagra una excusión ideológica ni limita el pluralismo; por el contrario, lo considera como un valor;

Del modo expuesto la sentencia concluye acerca del ilícito constitucional del artículo 19 N° 15 de la Constitución, una lectura diferenciadora del primitivo artículo 8º de la Carta, ligando esta disposición a la forma política republicano democrática, para lo cual llega a admitir el planteamiento del brillante jurista español Ignacio de Otto acerca de la Constitución de 1978 en orden a que no se establece una “democracia militante” fundada en un sistema de valores:

“DECIMONOVENO. Que la reforma constitucional de 1989 implicó un cambio sustancial en la forma de resguardar la Constitución, dejando atrás la ‘democracia protegida’ y estableciendo un sistema de resguardo de menor intensidad que el empleado por los países donde impera la denominada ‘democracia militante’, surgida luego de la 2ª Guerra Mundial en algunos países europeos como reacción al nazismo y al fascismo.

Nuestra Carta Fundamental contempla para asegurar su vigencia efectiva, entre otras herramientas, la primacía normativa de sus preceptos, la división de poderes, los estados de excepción, el deber de los órganos constitucionales de garantizar el orden institucional junto con la probidad y fidelidad de los funcionarios públicos, la existencia del Tribunal Constitucional con facultades para hacer valer los principios de la Constitución y el ilícito especial contemplado en el artículo 19 N° 15º, analizado en autos. Esta opción del constituyente es coherente con el respeto del pluralismo. La afirmación de Ignacio de Otto Pardo referida a la Constitución es-

pañola se aplica igualmente a la chilena en el sentido de que aquélla “no contiene un principio constitucional con valor normativo autónomo o, lo que es lo mismo, una decisión subyacente con relevancia jurídica propia en la que el constituyente configure nuestra democracia como una ‘democracia militante’(...) principio constitucional que tendría relevancia en la interpretación de toda la Constitución y, por tanto, del ordenamiento jurídico en su conjunto”, a lo que agrega que ‘la tesis de la democracia militante sólo puede tener fundamento en una teoría de la democracia vinculada a valores, no en una teoría relativista, valorativamente neutral. Y esto quiere decir que la fijación misma de los elementos del orden constitucional democrático por el que se declara la militancia plantea la extrema dificultad de tener que determinar qué valores han de considerarse protegidos y con qué contenido’. (DE OTTO PARDO, Ignacio. *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 21 y 39). Interpretación constitucional en un Estado democrático y pluralista.

VIGÉSIMO. Que, al interpretar el sentido del ilícito constitucional del artículo 19 N° 15°, el Tribunal debe tener en cuenta que la Constitución no contempla un principio general de carácter autónomo en su propia defensa, por lo cual, como señala De Otto refiriéndose al caso español, ‘las exigencias del Estado de derecho obligan en el caso concreto de los partidos políticos a que la exclusión de los anti-constitucionales se rodee de unas especialísimas garantías precisamente en virtud de la función que se les atribuye en el sistema constitucional’. (DE OTTO PARDO, Ignacio. *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, *op. cit.*, p. 49);

VIGÉSIMO PRIMERO. Que el inciso sexto del artículo 19 N° 15° de la Constitución debe interpretarse en concordancia con el derecho de asociación y el pluralismo político que ese mismo artículo garantiza. Ello ha de entenderse, además, en coherencia con las Bases de la Institucionalidad, cuyo artículo 4° señala que ‘Chile es una república democrática’, en el entendido que admite como legítimos los diversos intereses, ideas y opiniones, y establece reglas para dirimir pacíficamente los conflictos y las controversias;

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que la democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo, cuyo antecedente histórico es la tolerancia. El pluralismo se enmarca dentro de la libertad, tanto en el campo de las creencias e ideas como en el de las organizaciones voluntarias, entre las que cabe señalar a los partidos o movimientos políticos. Se define por el reconocimiento de la diversidad. Su nombre deriva de la pluralidad de los ciudadanos y sus derechos. Es la antítesis de la uniformidad. El pluralismo comprende la libertad para elaborar ideas, el derecho a difundirlas y a organizarse para llevarlas a la práctica. En este sentido, es posible afirmar que ‘la democracia es tanto más real cuanto mayor libertad existe para que las corrientes de opinión y de voluntad de los individuos desemboquen, por medio de pequeñas y grandes asociaciones, en la formación de la voluntad estatal a través del parlamento’.

(STEIN, E., *Derecho Político*, Biblioteca Jurídica Aguilar, p. 150). En la democracia pluralista siempre habrá una tensión entre consenso y disenso. Ambos elementos deben encontrar un equilibrio adecuado en la “concordia discors”, de tal manera que se permita la inclusión del otro respetando su diversidad.

Se da forma así al concepto de poliarquía que según Robert Dahl (*Democracy and its critics*, 1989) apunta a un sistema en que el poder se encuentra distribuido entre varias instituciones y grupos. Es una materialización del pluralismo.

El derecho de asociación permite que el pluralismo se pueda expresar, al garantizar que los individuos puedan unir sus voluntades para perseguir fines comunes, sin permiso previo; [...]”.

En cuanto a otros derechos fundamentales concernidos (libertad ideológica y libertad de expresión) en el análisis y configuración del ilícito constitucional, el Tribunal Constitucional se inclina por entenderlos como integrantes de un sistema de derechos en que el anclaje al pluralismo político e ideológico es consustancial a la decisión iusfundamental acerca de la democracia misma, señalando:

“*VIGÉSIMO QUINTO*. Que, por otra parte, el derecho de asociación guarda una estrecha vinculación con la libertad de conciencia (artículo 19 N° 6°), la libertad de expresión (artículo 19 N° 12°), el derecho de reunión (artículo 19 N° 13°) y el derecho de presentar peticiones a la autoridad (artículo 19 N° 14°), los que deben ser ponderados por el Tribunal a la hora de resolver en ejercicio de la atribución contemplada en el artículo 93, inciso primero, N° 10° de la Constitución, como en el caso sub lite. En esta materia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que ‘la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y asociación’ (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 42); [...]”.

“*VIGÉSIMO SÉPTIMO*. Que las constituciones forman un sistema armónico de valores, principios y normas que sirve de fundamento al orden jurídico y social. La idea de la Constitución como un todo orgánico ha sido recogida en innumerables fallos por este Tribunal Constitucional y por la doctrina, lo que inhibe que se produzcan colisiones entre los preceptos o que algunos queden vacíos de contenido en favor de otros. Este criterio es coherente con una interpretación finalista de la Carta Fundamental, en virtud de la cual debe primar la ‘ratio legis’ del precepto en estudio, a la luz del propósito de la propia Constitución como un todo.

En razón de lo anterior, se analizan a continuación la libertad de conciencia y la libertad de expresión; por su parte, los derechos de reunión y de presentar peticiones a la autoridad no plantean mayores complejidades para el caso sub lite;

VIGÉSIMO OCTAVO. Que la libertad de conciencia, o ideológica, consagrada en el artículo 19 N° 6° de la Constitución, comprende ‘la manifestación de todas las

creencias y el libre ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”. Así, por ejemplo, la libertad de culto se encuentra comprendida en la libertad de conciencia, siendo la Ley N° 19.638, que Establece Normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, la encargada de regular su ejercicio.

La libertad de conciencia, o ideológica, constituye uno de los pilares del Estado de derecho. Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que ‘[s]in libertad ideológica (...), no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la misma, para constituir el Estado de Derecho que en dicho precepto se instaure. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no una enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978’ (STC 20/1990, FJ. 3º, citada por PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Décima Edición, Madrid, 2005, p. 329); [...].”

“TRIGÉSIMO. Que el respeto de la libertad ideológica o de conciencia supone, entonces, el reconocimiento de la facultad de las personas para buscar la verdad, manifestar o exteriorizar sus ideas, lo que remite a la libertad de expresión y la libertad de asociación: ‘el contenido específico de la libertad de ideología se manifiesta al exterior en una actuación, acorde con las propias creencias, de carácter verbal, práctico o político, que inevitablemente supone el ejercicio simultáneo de la libertad de expresión y, en su caso, de las libertades de enseñanza o de asociación, o un ejercicio de la misma que se desarrolla durante una reunión o manifestación pública’. (ESPÍN, Eduardo, et. al., *Derecho Constitucional*, V. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 225 a 226); [...].”

“TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que la libertad de expresión, por su parte, desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor, y la existencia de una opinión pública informada; [...].”

“TRIGÉSIMO CUARTO. Que, dentro del contenido de la libertad de expresión, se comprenden las declaraciones sobre hechos y también las meras opiniones, con independencia de si son fundadas racionalmente o no. Su protección alcanza no sólo al contenido de las ideas, sino también a la forma en que ellas son expresadas; las personas puedan escoger libremente el lugar, los medios y las circunstancias para hacerlo. (Ver SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, p. 149); [...].”

Enseguida la sentencia del Tribunal Constitucional aborda pormenorizadamente los “límites” de la libertad de expresión y su conexión con los niveles de protección final de los bienes jurídicos, nuevamente utilizando como argumento de autoridad sentencias extranjeras. Señala esta Judicatura: _

“TRIGÉSIMO SEXTO. Que, sin perjuicio de lo señalado, la libertad de expresión es un derecho que admite limitaciones. Así, el inciso primero del N° 12° del artículo 19 de la Constitución reconoce el derecho a ejercerla ‘sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado’. La libertad de expresión no protege la comisión de delitos o el ejercicio abusivo de la misma, pero en ningún caso es admisible la censura previa. En el mismo sentido ha resuelto este Tribunal en las sentencias roles N°s. 226 y 1247.

Esas limitaciones no pueden afectar las ideas, aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 43, y Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 89) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que un caso de ejercicio abusivo de la libertad de expresión es el denominado ‘discurso o apología del odio’.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, fallando una acusación de anti-semitismo, ha sostenido que ‘[e]l reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas’ (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 5) y que ‘atentan también contra ese núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista’ (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 8; 13/2001, de 29 de enero, FJ. 7). Además, ‘el odio y el desprecio a todo un pueblo o una etnia (a cualquier pueblo o etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos (...)’. (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 8; y STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ. 5);

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la libertad de expresión no ofrece cobertura al ‘discurso del odio’, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular (Ergodu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999; Gündüz c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003; Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006);

TRIGÉSIMO NOVENO. Que este límite a la libertad de expresión es reconocido en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos. Así, por ejemplo, el artículo 13.5 de la Convención Americana señala que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el ejercicio del derecho de libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y, por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley. Entre estas restricciones, el artículo 20 de dicha Convención señala “[t]oda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”;

CUADRAGÉSIMO. Que dichos tratados exigen además que los Estados impidan y sancionen tales conductas. Así, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, suscrita en Nueva York en 1966 y vigente en Chile desde el 12 de noviembre de 1971, en aras de impedir el odio racial, amplía el ámbito de las restricciones al requerir, en su artículo 4º, que los signatarios condenen la propaganda y los grupos que fundan su actuar en ‘ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretenden justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma’; de igual manera, dicha Convención requiere también que las partes ‘sancionen por ley la difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico’; [...]”.

“CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que, como se ha indicado, en nuestro ordenamiento jurídico existen normas legales que sancionan el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, tal como lo prescriben la Constitución y los tratados internacionales antes indicados. Entre ellas, cabe mencionar los delitos de calumnia e injuria, tipificados en los parágrafos 6 y 7 del Título VIII del Libro II del Código Penal; los ilícitos previstos en la Ley Nº 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo; y las demás normas sobre responsabilidad civil derivada del ejercicio abusivo y dañino de la libertad de expresión. En especial, la Ley Nº 19.733 castiga en forma específica el llamado ‘discurso del odio’ en su artículo 31, que sanciona al ‘que por cualquier medio de comunicación social realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad’”.

La conclusión en este punto contenida en la sentencia del Tribunal, contrastando la protección penal con el ilícito constitucional, lo lleva a realizar la puntualización siguiente:

“*CUADRAGÉSIMO QUINTO*. Que, conforme a lo señalado en este acápite, al analizar los casos en que se pretenda limitar el derecho de asociación apelando al artículo 19 N° 15°, inciso sexto, el Tribunal Constitucional debe tener especialmente en cuenta la entidad de la ofensa denunciada y su relevancia social y política, así como el estatuto constitucional y legal de las libertades de pensamiento y expresión; el valor del pluralismo político y la importancia que las organizaciones políticas, en especial los partidos constituidos conforme a la ley, tienen para la vida democrática. El sentido y el alcance del ilícito constitucional en estudio no pueden ser otros que el de una norma excepcional destinada a sancionar casos particularmente graves en que organizaciones políticas atenten seriamente contra los principios de la Constitución. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentenciado ‘que los partidos políticos representan una forma de asociación esencial para el buen funcionamiento de la democracia. Toda medida adoptada en su contra afecta a la vez la libertad de asociación y el estado de la democracia del país donde ocurre’ (Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 87).

Tan importantes son los partidos políticos para la democracia que ellos influyen decisivamente en el sistema de gobierno y en el funcionamiento y legitimidad de sus instituciones. Hay una cierta correspondencia entre totalitarismo y dictadura, por una parte y entre partido único o proscripción de toda organización política, por otra; y entre democracia y bipartidismo o pluripartidismo, como lo señaló Maurice Duverger en su obra ‘Los Partidos Políticos’, de 1951. El sistema de partidos está, a su vez, influenciado por el régimen electoral. Por eso existe una tendencia creciente a establecer en la Constitución normas que regulen la formación y el accionar de los partidos y, en ciertos casos extremos, contemplar su disolución como sanción (D. ZOVATTO. *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, y Reforma de los Partidos Políticos, PNUD, Santiago, 2008); [...]”.

Antes de analizar en su estructura el ilícito constitucional mismo, el Tribunal Constitucional determina el alcance de su competencia (artículo 93 N° 10 de la CPR) en el contencioso sancionatorio de protección de la democracia constitucional:

“*CUADRAGÉSIMO SEXTO*. Que la facultad del Tribunal Constitucional, contemplada en los artículos 19 N° 15° y 93, inciso primero, N° 10° de la Constitución, constituye una forma especial de justicia constitucional que algunos autores llaman contencioso sancionatorio. Ella no tiene por finalidad una evaluación de la coherencia

de las normas del ordenamiento jurídico con la Constitución, sea en abstracto o sea en relación a la resolución de un juicio en particular, sino la apreciación de los hechos materia del requerimiento para resolver si ellos constituyen o no un ilícito constitucional referido a las organizaciones políticas (ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, T. II, Universidad Central de Chile, Santiago, 2002, p. 227);

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Que la atribución contemplada en el numeral décimo del artículo 93 de la Constitución exige efectuar un juicio de reproche. La facultad en análisis sólo puede ser ejercida mediando requerimiento de parte, para lo cual existe acción popular; no le está permitido a este Tribunal actuar de oficio. En la especie, debe resolverse la inconstitucionalidad de la organización política o movimiento Patria Nueva Sociedad a la luz de los hechos alegados en esta causa, determinando en qué medida éstos son subsumibles en las hipótesis de inconstitucionalidad señaladas por el artículo 19 N° 15° de la Constitución. Para ello, el Tribunal debe analizar en conciencia la prueba rendida tanto por la parte requirente como por la requerida;

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Que, por otra parte, al ejercer la jurisdicción contencioso-sancionatoria, corresponde a este Tribunal presumir que toda forma de organización política se ajusta a la Constitución, lo cual es expresión del derecho de asociación sin permiso previo. Tal presunción debe ser derribada por la parte requirente mediante la rendición de pruebas suficientes para que el Tribunal adquiera convicción más allá de toda duda razonable. Este estándar es un criterio básico de racionalidad de la decisión en un procedimiento de reproche; [...].”

Al analizar la estructura normativo-lingüística del ilícito constitucional del inciso sexto del N° 15 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que es de interpretación restrictiva y derecho estricto (considerandos 53°, 54°, 55°), el Tribunal Constitucional identificó: elemento subjetivo, elemento objetivo y elemento material, en conexión con los hechos e imputación.

El elemento subjetivo del ilícito constitucional es descrito en la sentencia del Tribunal del modo siguiente:

“QUINCUGÉSIMO SEXTO. Que para determinar quiénes, según la Constitución, pueden ser sujetos activos del ilícito en estudio, cabe recordar que el artículo 19 N° 15°, inciso sexto, se refiere a “los partidos, movimientos u otras formas de organización (...)”. En consecuencia, la norma no considera a personas naturales aisladas, sino que alude a asociaciones de personas animadas por propósitos compartidos que actúan conjuntamente y en forma relativamente estable en el tiempo. Ello resulta concordante con su ubicación en el numeral 15° del artículo 19, que garantiza el derecho de asociación. Respecto de las personas naturales el Tribunal deberá determinar su participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, quienes podrían así verse afectadas por las sanciones

contempladas en el inciso séptimo del N° 15° del artículo 19, en relación con el artículo 93, inciso primero, N° 10° de la Constitución;

QUINCUAGESIMO SÉPTIMO. Que, por otra parte, la norma no exige que el ‘partido, movimiento u otra forma de organización’ goce de personalidad jurídica. Puede tratarse de una asociación informal o de hecho. Pero no basta que exista pluralidad de sujetos, sino que éstos deben haber dado origen a una estructura organizativa con cierto grado de estabilidad.

En este sentido, Díez-Picazo ha señalado que ‘incluso en presencia de agrupaciones voluntarias que persiguen un fin común, no hay asociación si, además, esas agrupaciones no poseen una cierta vocación de permanencia y, por consiguiente, no están dotadas de un mínimo de organización. Precisamente, en este dato de la estabilidad radica, como se verá, una de las diferencias entre el derecho de asociación y los derechos de reunión y manifestación’. (DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 310);

QUINCUAGESIMO OCTAVO. Que, además, el precepto en comento exige que sea una organización política, es decir, que se proponga metas o lo animen ideales de carácter general sobre la sociedad en su conjunto o un sector identificable de la misma. Esta interpretación se confirma con el análisis sistemático del inciso sexto del N° 15° del artículo 19 de la Constitución, en relación al inciso séptimo de la misma disposición, que al regular las sanciones aplicables a las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad, expresamente señala que ‘no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política (...)’.

Al definir a los partidos políticos el artículo 1° de la Ley N° 18.603 dice que deben estar inspirados por una misma doctrina política y su “finalidad es contribuir al funcionamiento del régimen democrático constitucional y ejercer una legítima influencia en la conducción del Estado, para alcanzar el bien común y servir al interés nacional”. La diferencia que la mencionada ley establece con los movimientos y organizaciones de carácter político, es que sólo los partidos pueden presentar candidatos a los cargos públicos de elección popular (artículo 2°). Las otras finalidades de los partidos señaladas en el mismo artículo pueden ser compartidas con los movimientos y las organizaciones que no se hayan conformado como partidos de acuerdo a la ley;

QUINCUAGESIMO NOVENO. Que no resulta fácil establecer, en cada caso, cuándo estamos en presencia de una organización propiamente política y cuándo, en cambio, de una organización de tipo social. Tratándose de organizaciones sindicales, empresariales, religiosas, deportivas y culturales o de colegios profesionales, la distinción es clara. Pero en la sociedad actual hay múltiples organizaciones no gubernamentales o de ciudadanos que tienen una agenda temática sectorial y que pretenden incidir en la vida pública, como ocurre con las organizaciones de dere-

chos humanos, ecológicas, de promoción de los derechos de las mujeres, defensa de los derechos del niño, organizaciones pacifistas y, en estos casos, la frontera con lo político es más difusa;

SEXAGÉSIMO. Que para establecer el carácter de una organización y así poder aplicar el artículo 19 N° 15° de la Constitución, el Tribunal Constitucional debe hacer un análisis en profundidad del caso a la luz de una definición de lo que debe entenderse por organización política, siguiendo lo establecido por la norma en cuestión. Así, tal como se señaló, resulta ilustrativo lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 18.603, Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, que define algunas actividades de índole política, como: a) Presentar ante los habitantes del país sus declaraciones de principios y sus políticas y programas de conducción del Estado; y ante aquéllos y las autoridades que establecen la Constitución y las leyes, sus iniciativas y criterios de acción frente a asuntos de interés público; b) Cooperar, a requerimiento de los Senadores y Diputados, en las labores que éstos desarrollen, y c) Contribuir a la formación de ciudadanos capacitados para asumir responsabilidades públicas; [...]”.

En cuanto al elemento objetivo del ilícito constitucional del inciso sexto del N° 15 del artículo 19 de la Constitución se precisan dos extremos en la sentencia, a saber:

“*SEXAGÉSIMO PRIMERO.* Que el segundo elemento que debe verificar el Tribunal lo hemos denominado ‘objetivo’ y se refiere a aquello en lo cual debe traducirse o manifestarse la inconstitucionalidad: los ‘objetivos, actos o conductas’ que tales organizaciones poseen o desarrollan, los que deben estar orientados a un propósito político, a un fin práctico. No se trata de una actividad meramente académica o especulativa;

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Que mientras los conceptos ‘actos o conductas’ no requieren mayor análisis, siendo claro su significado, no sucede lo mismo con el concepto de ‘objetivos’. A la luz del debate habido durante la reforma de 1989, de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia extranjera e internacional, es posible colegir que los objetivos de un movimiento político guardan una estrecha relación con su organización interna y su actuar en la vida pública.

Para conocer los verdaderos propósitos de un movimiento u organización no se puede apelar sólo a su nombre o a su ideología o doctrina; es preciso además remitirse a su fin o intento, a su proyecto político, programa o plan de acción en un plazo acotado de tiempo. El objetivo es la antesala de la acción y su existencia se puede probar vinculándolo a una conducta realizada o proyectada y no en abstracto. En definitiva, aquello que el Tribunal debe controlar no son ideas sino un comportamiento externo, una conducta concreta y positiva constituida por una acción claramente dirigida a un fin; [...]”.

Por último, la sentencia hace un esfuerzo por fijar el elemento material del ilícito constitucional, el que comprende tres hipótesis, una general y dos específicas; recurriendo a criterios de interpretación o de refuerzo argumentativo, invocando la regla de reenvío del inciso segundo del artículo 5º y, por ende, al derecho internacional convencional y su “soft law”.

Así la comentada sentencia del Tribunal Constitucional determina su alcance:

“SEXAGÉSIMO SÉPTIMO. Que el artículo 19 N° 15º plantea tres hipótesis, una de carácter general y dos específicas. En primer lugar, se considera sancionable a la organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten ‘los principios básicos del régimen democrático y constitucional’. Esa es la hipótesis general comprensiva de las otras dos que vienen a continuación: que la organización política procure el establecimiento de un sistema totalitario o haga uso de la violencia, la propugne o incite a ella como método de acción política;

SEXAGÉSIMO OCTAVO. Que la Constitución Política y la doctrina se han encargado de precisar cuáles son los ‘principios básicos del régimen democrático y constitucional’. Efectivamente, ellos se encuentran consagrados en el Capítulo I, sobre las Bases de la Institucionalidad, en especial en los artículos 1º, 4º y 5º, así como en el artículo 19, que reconoce los derechos humanos. La piedra angular de la Constitución es la dignidad de la persona, a cuyo servicio debe orientarse la acción del Estado al procurar el bien común, definido como ‘las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece’ (artículo 1º);

SEXAGÉSIMO NOVENO. Que, además, debe considerarse que el respeto a los derechos humanos constituye un principio básico de la Constitución, lo que se desprende de su artículo 5º, inciso segundo, al prescribir que ‘el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos de Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes’;

SEPTUAGÉSIMO. Que ilustrativa sobre este punto es la Declaración de Viena, adoptada en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada en esa ciudad, en 1993, que considera esenciales en una democracia al menos los siguientes elementos: existencia de instituciones que garanticen la observancia de los derechos humanos y el Estado de Derecho; Poder Ejecutivo periódicamente electo, en elecciones independientes con rotación en el poder, y respeto por la voluntad popular como base de la legitimidad del gobierno; Poder Legislativo periódicamente electo y pluralista; Poder Judicial independiente. Asimismo,

la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 11 de septiembre de 2001, señala en su artículo 3º: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”;

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. Que, tal como ha señalado Antonio Cançado, el respeto de los derechos humanos se encuentra en una relación de interdependencia con el desarrollo de la democracia, pues ‘tal vez como nunca en la actualidad la democracia constitucional sea considerada cada vez más como la mejor garantía institucional del respeto de los derechos humanos’ (CANÇADO TRINDADE, Antônio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 151). Una democracia que no proteja los derechos de las personas pierde legitimidad. Es decir, los derechos humanos, entre ellos la libertad de pensamiento, de expresión y el derecho de asociación, forman parte esencial de ‘los principios básicos del régimen democrático y constitucional’. Por eso su restricción o limitación –que no puede afectarlos en su esencia– debe ser excepcional y sólo en los casos previstos por la propia Constitución, la ley o los tratados internacionales;

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO. Que ‘procurar el establecimiento de un sistema totalitario’ debe entenderse como una explicitación de la hipótesis general antes analizada. Aquí el concepto de totalitarismo no está tomado en un sentido específico como hace Hanna Arendt en su obra ‘Los orígenes del totalitarismo’, 1951, quien lo analiza como un fenómeno de masas moderno diferente de la dictadura, tiranía o despotismo conocidos con anterioridad, que tuvo su expresión en la URSS estalinista y en la Alemania nazi. La Constitución se refiere, en cambio, a un tipo de régimen político o sociedad caracterizados por una dominación política que no deja espacios de libertad a los ciudadanos, que no admite fisuras ni límites y cuyo instrumento es el Estado y el partido único.

El totalitarismo es un concepto que se puso en boga en el siglo pasado, especialmente después de la 2ª Guerra Mundial. Hunde sus raíces en una visión omnicomprensiva de la historia, del desarrollo humano, del progreso del conocimiento y la vida social. La ideología totalitaria contiene una explicación mistificada pero coherente y completa del curso de la historia, capaz de moldear la conciencia de una nación.

El carácter totalitario de un partido –según Maurice Duverger– se manifiesta en su organización vertical y centralizada, basada en una militancia de cuadros, con selección autocrática de los dirigentes; se asemejan a organizaciones monolíticas,

disciplinadas y cerradas de tipo militar o religioso. Su vida interna refleja el proyecto de sociedad al que aspiran.

Los partidos que ‘procuran el establecimiento de un sistema totalitario’, siguiendo las palabras de la Constitución, pueden ser muy variados, pero todos ellos son asimilables a los partidos que Raymond Aron (‘Democratie et totalitarisme’) llama monistas, que buscan unificar la sociedad, negando toda legitimidad a las diferencias de intereses y opiniones y procuran alcanzar una posición que les permita controlar el poder, el saber y la ley, identificándose muchas veces con el Estado.

El ilícito constitucional comprende también a ciertos movimientos o partidos autoritarios que buscan poner término a la democracia y debilitan sus instituciones, favoreciendo una dictadura civil o militar o una forma autoritaria de gobierno, pues sus objetivos entran en contradicción con los principios democráticos y constitucionales;

SEPTUAGÉSIMO TERCERO. Que, respecto a una organización que recurra a la violencia, la propugne o incite a ella como método de acción política, es preciso señalar que ‘la consideración de un método de acción que utilice la violencia también está comprendida en la primera perspectiva, ya que la violencia como método de acción política está excluida como forma legítima de actuación dentro del régimen democrático constitucional; cabe en todo caso señalar que la Constitución se refiere a un método, vale decir, a un conjunto sistemático de actos conducentes a un fin, no a conductas aisladas que no llegan a constituir un método’. (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos Fundamentales y Garantías Fundamentales*, T. II, Edición Librotecna, Santiago, 2008, p. 596).

En esta causal caben los grupos guerrilleros, separatistas, integristas o las agrupaciones clandestinas, si son violentas; las asociaciones paramilitares, así como todo tipo de organización terrorista y de crimen organizado cuando asume finalidades políticas.

Nuestra Constitución y la legislación respectiva se refieren a las conductas terroristas y no a las organizaciones de tal carácter. Para que un movimiento u organización política incurra en el ilícito del artículo 19 N° 15° basta que haya recurrido o pretenda recurrir a la violencia o la propugne como método de acción política. En el caso de los delitos sancionados por la Ley N° 18.314, que Determina Conductas Terroristas y fija su penalidad, estaríamos en presencia de un caso específico de acción violenta que no admitiría mayor discusión. Pero puede haber acciones violentas atribuibles a una organización política que no sean constitutivas del delito de terrorismo. La violencia es el género, el terrorismo, la especie; [...]”.

IV. CONCLUSIONES

La revisita al tema de las minorías en política, en particular frente a nuestra cláusula de protección de la democracia constitucional lejana de la paradójica

cláusula de “democracia militante” presente en el artículo 8° de la Carta Fundamental de 1980, bajo el pretexto de comentar y reproducir fragmentariamente la sentencia del Tribunal Constitucional acerca del movimiento “neonazi” nos permiten dar cuenta de un giro copernicano en la doctrina de esta Judicatura. Este giro copernicano recoge la cláusula de protección de la democracia constitucional incorporada a la Constitución vigente por la reforma constitucional de 1989; plasmando en este giro una nueva lectura de la cláusula constitucional y, además, incorpora a la sentencia y su estructura argumentativa una vasta doctrina contemporánea y experiencia comparada, que nos exige hoy fijar un conjunto de estándares garantistas a la hora que se sometan a enjuiciamiento constitucional a las minorías²³.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional se aleja de las coordenadas jurídicas y políticas del “derecho penal del enemigo” o de su réplica iusfundamental el “derecho constitucional del enemigo”, al realizar una lectura exigente de la cláusula de protección de la democracia constitucional, primero en cuanto ilícito constitucional y sus elementos, segundo en cuanto a los estándares garantistas procesales del enjuiciamiento o contencioso sancionatorio y tercero armonizando la cláusula del artículo 19 N° 15 con el sistema de derechos (libertad ideológica y libertad de expresión) y la decisión iusfundamental acerca de la democracia constitucional (república democrática) montada sobre el valor-principio del pluralismo político e ideológico.

En este cuadro, surge lo más llamativo y contradictorio de la sentencia: hace suya la notable, aguda y certera argumentación de Ignacio de Otto y que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español actualiza con motivo de la ilegalización de Herri Batasuna y sus sucesores en el radicalismo vasco, que niega la existencia de una “democracia militante”, al no descansar la democracia como forma política de Estado de la Constitución de 1978 en la profesión de fe, de fuente constitucional, en un sistema de valores cerrado, lo que también ocurriría con la Constitución de 1980/2005 vigente en nuestro país.

Este pilar argumental de la sentencia, que compartimos con Ignacio de Otto en rigor, es contradictoria con la excesiva jurisprudencia de valores y fetichismo constitucional por la que se inclina la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional chileno, con notables disidencias, jurisprudencia de valores que encontramos en cada rincón de su actividad jurisprudente.

²³ Consultar el libro colectivo dirigido por PÉREZ ROYO (2010).

Con todo, se abre una brecha en esta jurisprudencia de valores, al menos en clave de horizonte ideológico abierto: se produce germinalmente en esta sentencia una doble apertura; primero a un horizonte ideológico democrático abierto que se hace cargo de las reformas constitucionales a la Constitución de 1980 desde 1989, haciendo tabula rasa de recursos hermenéuticos originalistas prisioneros ideológicos del pasado autoritario-neoliberal, y segundo reconoce en las normas de principio de la cláusula de protección de la democracia constitucional una “textura abierta” que exige una hermenéutica sistémica, finalista, dinámica que ligue su quehacer al sistema de derechos y a la democracia misma. Ello nos permite sostener como basal a nuestra “república democrática” el pluralismo político e ideológico y su conexión a los derechos fundamentales en general y a los derechos políticos, como componentes contramayoritarios necesarios y subordinados al rol de las minorías en el sistema político.

La otra promesa, me temo que prospectivamente será una promesa incumplida, es desligar la Constitución de un sistema material de valores anclado en el horizonte ideológico de la Constitución de 1980, sistema material de valores que hipoteca la hermenéutica del Tribunal Constitucional a una matriz originalista o falsamente finalista, y a un acusado fetichismo constitucional bajo la fórmula de la “fuerza normativa”, todos lugares comunes, de una variante ideológicamente escoriada de neoconstitucionalismo, propensa a la “extralimitación” (García Amado), a la política “más descarada”, darle un lugar a una “casta profesoral ansiosa por legislar sin pasar por las urnas y muy dada a los juegos de manos que transmutan preferencias personales en postulados pseudocientíficos...”.

Sin embargo, en la raíz misma de la problemática legitimidad y posición del Tribunal Constitucional en una democracia constitucional está la cuestión relativa al acceso de las minorías como justiciables, las que cuando son minorías políticas se enfrentan eventualmente a un contencioso sancionatorio ante el mismo Tribunal, el cual deberá necesariamente, para salvar el principio democrático y el pluralismo ideológico y político, hacer una lectura garantista de la cláusula de protección de la democracia constitucional. Es decir, deberá volver a una defensa de la democracia neutral, no militante, mínima en el plano de los valores-principios, simplemente una democracia pluralista, sin duda congruente con una cosmovisión ética relativista²⁴.

²⁴ KELSEN, Hans (1979), pp. 470-473, y (1977), pp. 133-159.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce (2004): "The Emergency Constitution", *The Yale Law Journal* (113).
- _____ (2007): *Antes que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo* (Barcelona, Edit. Península).
- ALDUNATE L., Eduardo: "Militant democracy in Chile" (mimeo).
- BADIA, Gilbert (1964): *Historia de Alemania contemporánea* (trad. A. Cárdenas, Buenos Aires, Edit. Futuro, 2 vol., tomo I).
- BRACHER, Karl D. (1973): *La dictadura alemana* (trad. J.A. Garmendia, Madrid, Alianza Editorial, 2 vol., tomo I).
- BRECHT, Arnold (1963): *Teoría Política (Los fundamentos del pensamiento político del siglo XX)* (trad. J.M. Mauri, Barcelona, Edic. Depalma Ariel).
- CRISAFULLI, Vezio (1967): "Sobre la eficacia normativa de las disposiciones de principio de la Constitución" en *Revista de Derecho Público* (Nº 7), pp. 11- 56.
- _____ : *Disposizione e norma* (Enc. di Dir., tomo XIII-XIV).
- CUMPLIDO, Francisco; GUZMÁN, Jaime y DIETZE, Gottfried (1989): "Pluralismo y proscripción de Partidos Antidemocráticos", en *Revista de Estudios Públicos* (Nº 13).
- DENNINGER, E. (1997): "Democracia Militante y Defensa de la Constitución", en: *Manual de Derecho Constitucional*, (trad. A. López P. y otros, Madrid, Editorial Marcial Pons), pp. 453 y ss.
- FALLER, Hans J.: "Defensa Constitucional por medio de la Jurisdicción Constitucional en la República Federal de Alemania", en *Revista E.D.C.*
- FUKUYAMA, Francis (2007): *América en la encrucijada. Democracia, poder y herencia neoconservadora* (trad. G. Dols Gallardo, Barcelona, Ediciones B).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1996): "Ductilidad del derecho o Exaltación del Juez. Defensa de la ley frente a otros valores y principios", en *Revista Archivo de Filosofía del Derecho* (Vol. XIII-XIV).
- _____ (2007): "Derechos y pretextos. Elementos de críticas del neoconstitucionalismo", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, (Editor Miguel Carbonel, Madrid, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas), pp. 237-264.
- GARCÍA COTORELO, Ramón (1984): "La República Federal de Alemania", en *Sistemas Políticos Contemporáneos* (Barcelona, Edit. Teide S.A.).

- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1993): *Derecho, Ética y Política* (Madrid, Edita CEC).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1988): “Los Precedentes Chilenos del Artículo 8º de la Constitución Política”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (tomo LXXXV, N° 1), pp. 1-8.
- HART, Hebert L. A. (1977): *El concepto de Derecho* (Traducción G. CARRIÓ, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2ª edic., reimpresión).
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. (2006): *Derecho penal del enemigo* (Madrid, Edit. Thomson Civitas, 2ª Edic.).
- KELSEN, Hans (1979): *Teoría general del Estado* (trad. L. Legaz, México DF, Edit. Nacional).
- _____ (1977): *Esencia y valor de la democracia* (trad. L. Luengo y L. Legaz, prólogo I. de Otto, Barcelona, Edit. Labor, 2ª edic.).
- KIRCHHEIMER, Otto (1968): *Justicia Política* (trad. R. Quijano, México DF, UTEHA).
- LARRAÍN CRUZ, Rafael y NÚÑEZ TOMÉ, Leopoldo (1984): *Protección de la Democracia ¿deben proscribirse los partidos marxistas?* (Instituto de Ciencia política de la Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- LOEWENSTEIN, Karl (1983): *Teoría de la Constitución* (trad. A. Gallego A., Barcelona, Ed. Ariel, 2ª Ed., 3ª Reimp.), pp. 405-408.
- _____ (1937): “Militant Democracy and Fundamental Rights”, en *American Political Science Review* (XXXI).
- LUKSIC S., Zarko (1990): “Límites Jurídicos de la Democracia”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (N° 13), pp. 19-34.
- NEUMANN, Franz (1983): *Behemoth. Pensamiento y acción del nacional-socialismo* (trad. V. Herrero-J. Marquez, México DF, FCE, 1ª reimpresión).
- OTTO PARDO, Ignacio de (1985): *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos* (Madrid, Ed. CEC).
- PÉREZ ROYO, Javier (2010): *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional* (Madrid, Edit. Marcial Pons).
- RIBERA N., Teodoro (1984): “Alcances y Finalidad del Art. 8º de la Constitución Política del 80”, Documento de Trabajo N° 31, CEP, agosto, 1984.
- _____ (1987): “Más allá de una Inconstitucionalidad”, en *Revista de Política*.
- ROSENFELD, M. (2005): “¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión”, ARI, 109.

- _____ (2006): “Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing Diverse Approaches to the War on Terror”, *Cardozo Legal Studies Research Paper* (núm. 119).
- STEIN, E. (1974): *Derecho Político* (trad. F. Saínz y nota preliminar F. Rubio Llorente, Madrid, Edit. Aguilar).
- STERN, Klaus (1987): *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (trad. J. Pérez R. y P. Cruz V., Madrid, Editorial CEC).
- TORRES DEL MORAL, Antonio (2010): “Terrorismo y principio democrático”, en *Revista de Derecho Político* (Nº 78), pp. 95-160.
- ZAPATA L., Patricio (1990): “¿Protección de la Democracia? El Sentido del artículo 8º”, en *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (2 vol., vol. I), pp. 89-102.