

# DEMOCRACIA PROTEGIDA Y DEFINICIONES DE LA DEMOCRACIA.

(con particular referencia a los derechos de los extranjeros)<sup>☒</sup>

Lucio Pegoraro – Sara Pennicino<sup>☒</sup>

«All great things are simple, and many  
can be expressed in single words: freedom,  
justice, honor, duty, mercy, hope»  
Sir Winston Churchill

SUMARIO: 1. ¿Qué “democracia”? perspectiva subjetiva y objetiva.- 2. Consideraciones sobre algunas “nuevas” Constituciones democráticas. La *communis opinio* sobre los niveles democráticos de protección de los derechos frente al espejo.- 3. El punto de rotura semántico: 3.1. La protección de sí mismo, a costa de... 3.2. ¿Todos o sólo algunos? 3.3. La tutela jurisdiccional. La *deslegalización* de los derechos en los Estados Unidos como caso de estudio. 4. Estado nacional y formante cultural.

---

☒• Traducción del italiano de Rosario Tur Ausina, Profesora Contratada Doctora de Derecho constitucional (Titular acreditada), Universidad Miguel Hernández de Elche.

☒\* Los epígrafes 1, 3 y 4 son de Lucio Pegoraro, Catedrático de Derecho público comparado de la Universidad de Bolonia (Italia). Los epígrafes 2, 3.1, 3.2 y 3.3 son de Sara Pennicino, Doctora en Derecho, becaria de la Universidad de Padova (Italia).

# DEMOCRACIA PROTEGIDA Y DEFINICIONES DE LA DEMOCRACIA.

(con particular referencia a los derechos de los extranjeros)<sup>[M]</sup>

SUMARIO: 1. ¿Qué “democracia”? perspectiva subjetiva y objetiva.- 2. Consideraciones sobre algunas “nuevas” Constituciones democráticas. La *communis opinio* sobre los niveles democráticos de protección de los derechos frente al espejo.- 3. El punto de rotura semántico: 3.1. La protección de sí mismo, a costa de... 3.2. ¿Todos o sólo algunos? 3.3. La tutela jurisdiccional. La *deslegalización* de los derechos en los Estados Unidos como caso de estudio. 4. Estado nacional y formante cultural.

## 1. Qué “democracia”? perspectiva subjetiva y objetiva.

El eurocentrismo (o mejor, la perspectiva “occidental”) que caracteriza el enfoque de muchos estudiosos del derecho constitucional estatal, induce frecuentemente a la doctrina a utilizar aproximaciones totalizantes en el uso de las palabras. De este modo, aquélla ofrece a los “formantes activos” del derecho –el legislador (en sentido amplio), y la jurisprudencia–, la base cultural para justificar operaciones que se traducen en imposiciones forzadas de la “democracia”, subjetivamente entendida por quien usa dicha palabra. Se registra, en definitiva, una hipostasiación del concepto, que identifica en un cierto modelo de democracia, la única forma correcta de usar la palabra, y en aquel modelo, la única solución posible para organizar cualquier ordenamiento. De hecho, la operación no es muy diversa de la llevada a cabo por los artífices del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano con la palabra “Constitución”. Si no se dan ciertas características (reconocimiento de los derechos y división

---

[M]• Traducción del italiano de Rosario Tur Ausina, Profesora Contratada Doctora de Derecho constitucional (Titular acreditada), Universidad Miguel Hernández de Elche.

de poderes), un Estado no tiene Constitución. De la semántica a las bayonetas de Napoleón, sobre cuya punta la Revolución intentó exportar hasta las Pirámides una idea que sólo en Europa, alimentada por la cultura, podía arraigar sin traumáticas crisis de rechazo.

La aproximación iusnaturalista, y en cuanto tal absolutista, permea completamente hoy la idea de democracia en el mundo occidental sobre los diversos formantes que componen cada ordenamiento: más allá de la autocalificación como “democráticos”, sólo son tales aquéllos ordenamientos que practican la división de poderes y aseguran el respeto de los derechos clásicos (o burgueses, o de la primera generación, como se les quiera llamar).

El común denominador que queda, en definitiva, es el tradicional, que se encarna en el tipo de la forma de Estado liberal-democrática, comprensiva de poliédricos tallados que otorgan mayores o menores concesiones a las “gotas de aceite social” (“*gocce di olio sociale*”) sobre las que razona Franz Wieacker al esbozar su *Storia del diritto privato moderno*, y posteriormente los nexos entre *Diritto privato e società industriale*<sup>1</sup>.

Fuera del juego se encuentra, desde la perspectiva eurocéntrica (*recte* “occidental”), ya sea aquellos ordenamientos que se autocalifican como “democráticos” pero que no serían tales, ya sea obviamente aquellos otros que repudian la “democracia” como modelo (en el mismo sentido) de organización y de desarrollo<sup>2</sup>.

Procede, sin embargo, hacer una distinción, desde el punto de vista sustancial y, en consecuencia, en consecuencia (o antes) nominalístico.

Más allá de la diferencia entre ordenamiento liberal y ordenamiento democrático, tal y como fue perfectamente ilustrada por G. Bognetti<sup>3</sup> en referencia a los Estados Unidos de América, una ulterior dicotomía puede mostrarse respecto a dos modos geográfica y sobre todo culturalmente connotados de entender la democracia. En el viejo Continente, el judaísmo y sobre todo el cristianismo, con su idea de “persona”, y con la defensa de la dignidad del hombre, han sido los elementos que han caracterizado la historia europea. Pero también se han recordado otras aportaciones: la filosofía griega, que ha condicionado durante siglos nuestro

---

<sup>1</sup> F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1980, ID., *Diritto privato e società industriale*, E.S.I., Napoli, 1983.

<sup>2</sup> Respecto a la preceptividad de las autocualificaciones v. también las brillantes páginas de U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica*, en S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, p. 39 ss., que, si bien se ocupa de la problemática ligada a la adjetivación que caracteriza los catálogos constitucionales de los derechos, pone claramente de manifiesto el nexo entre el *nomen* elegido por los *drafters* y el valor preceptivo. Es preciso subrayar que no se aborda aquí un tema bastante más amplio y que inevitablemente nos lleva a lo que Norberto Bobbio llamó “ideología europea”. Frente al gran número de prestigiosas intervenciones comentando y profundizando en la obra de Bobbio, se señala aquí la reflexión de M. BOVERO, *Libertà, diritti, guerra. Considerazioni sull'ideologia occidentale*, en T. GROPPPI, *Democrazia e terrorismo*, ESI, Napoli, 2006, p. 3 ss. que, si bien no se centra en la teoría del autor, la discute y la pone en relación con el tema de este artículo. La intervención de Bovero tiene, por otro lado, el valor de insertarse en una reciente colección de escritos relativos al tema del desafío que el terrorismo representa para la democracia.

<sup>3</sup> V. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 3-7 e Id., II, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, II, *La Costituzione democratica*, cit., pp. 48-53.

modo de pensar; el derecho romano; la lucha por la tolerancia religiosa, el iluminismo y la revolución francesa, el positivismo, el socialismo...

El resultado ha sido una formidable mixtura que en Europa coloca hoy en el centro una idea pura, elevada, de democracia. La democracia a la europea es (generalmente) una democracia que no tiene miedo de arriesgar a confrontarse incluso con quien quiere destruirla. Es una democracia tolerante, amiga. La idea americana de democracia ha sido, sin embargo, siempre un poco diversa: todos pueden expresar sus ideas (1ª enmienda a la Constitución EE. UU.) y votar, y manifestarse, y hacer fortuna. Con tal de que no se propongan ideologías contrarias... De aquí la legislación de los años 50 contra los pocos americanos comunistas y fascistas, todavía en vigor<sup>4</sup>.

## **2. Consideraciones sobre algunas “nuevas” Constituciones democráticas. La *communis opinio* sobre los niveles democráticos de protección de los derechos frente al espejo.**

El *common core* de la democracia, en el sentido anteriormente indicado, viene representado por una serie de elementos conjuntos: desde los de carácter sustancial, como la división de poderes, el contenido (cuáles y cuántos derechos; qué autonomías...), a las fuentes (¿cómo están estructuradas? Con leyes atípicas, mayorías especiales, posibilidad de derogación, etc.), a la relación entre las fuentes (reserva de ley orgánica o de ley ordinaria, o de reglamento), a las de carácter procedimental (reserva de jurisdicción), a la tutela global (la posición global de la Constitución respecto a su propia protección<sup>5</sup>, las modalidades de reforma, el control de constitucionalidad y de otros órganos, como el defensor del pueblo...).

Basta poco para contaminar el esquema, siendo las combinaciones de las variables infinitas, como lo son también los puntos de equilibrio. Una Constitución abierta, liberal en los derechos, respetuosa, en definitiva, con cada condición necesaria para que pueda ser considerada “democrática”, puede verse frustrada con una simple cláusula que permita al Jefe del Ejecutivo suspenderla *ad libitum*, sin límites ni controles.

Por lo que se refiere a los derechos, por ejemplo, puede elencarse toda una serie de condiciones: el nivel de tutela (Constitución, ley orgánica, ley, otras fuentes); el número, la cantidad y la calidad de la protección (distribución entre las fuentes, de la correspondiente regulación); el nivel subjetivo (según que los usuarios de los derechos sean los ciudadanos, residentes, contribuyentes, o todos); la existencia de reserva de jurisdicción (a favor de quien son puestos?); la implementación de las formas de protección (a qué nivel territorial operan).

---

<sup>4</sup> V. por todos A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Cedam, Padova, 1997.

<sup>5</sup> Un detallado elenco de las tipologías de cláusulas constitucionales de protección de la democracia se encuentra en S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Giappichelli, Torino, 2004.

Es precisamente en la parte relativa a los derechos que las denominadas “nuevas democracias”<sup>6</sup> renuevan las relaciones entre gobernantes y gobernados en vía pactista y compromisoria, concretando así la misma forma de Estado transitada en el cauce de las democracias. De cualquier modo, por ello las nuevas Constituciones representan una especie de espejo en el cual los significados de la “democracia” occidental aplicados al específico contexto de la tutela de los derechos, se reflejan. El momento de la transición y de la consolidación de la forma democrática pasa, de hecho, también por la inserción en las cartas constitucionales de términos que, más allá de ser un mero formalismo, se remiten a un definido concepto de la forma de Estado el cual, a su vez, hace referencia a categorías más amplias, compartidas por la comunidad de los Estados, y que son el fruto de la tradición constitucional occidental, europea o estadounidense. Lo expuesto pone en evidencia, no tanto las circulaciones (*recte* recepciones) de los institutos o de cada derecho, como la de las ideas o las técnicas de codificación. Éstas, de hecho, constituyen un ejemplo de concretización de la democracia. Dichos ordenamientos, de otra parte, ofrecen la ocasión para reflexionar sobre los diversos puntos de equilibrio a los que nos referíamos. Una aproximación positivista y analítica a su estudio hace que trasluzca la tensión entre el “contenido” del equilibrio constitucional (que constituye la específica combinación de las variables del modelo democrático) y la búsqueda de la confirmación de tales caracteres a través del recurso al *nomen* y a las definiciones del significado consolidado<sup>7</sup>.

Algunos ejemplos pueden ayudar a comprender mejor lo que aquí se expone.

Pueden observarse los nuevos ordenamientos constitucionales, ya sean los latino-americanos o del Este de Europa, que introducen en sus respectivas Constituciones una declaración de intenciones<sup>8</sup>, es decir un compromiso frente a los coasociados o, incluso, la

---

<sup>6</sup> Para un tratamiento exhaustivo de las técnicas de codificación de los derechos en las nuevas Constituciones, E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle nuove costituzioni*, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>7</sup> Es preciso subrayar que aquí se hace referencia a algo diferente de la «*auto-qualificazione*» (v. *supra*, nota 2). De hecho, la aproximación analítica pone el acento sobre la importancia semántica de los lemas y sobre la fuerza de su alcance; mientras la positivística da cuenta de la concreta traducción del amplio concepto de Estado democrático en las concretas cláusulas constitucionales.

<sup>8</sup> V. por ejemplo el art. 5 de la Constitución eslovena: «Dentro del propio territorio el Estado tutela y garantiza la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales»; el art. 2, c. 1 de la Constitución colombiana «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...]»; el art. 1 de la Constitución peruana: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

imposición de un deber<sup>9</sup> a cargo del Estado para el respeto, la tutela y la promoción de los derechos humanos. En teoría, la sola presencia de un catálogo de derechos en el texto convertiría en superflua la especificación de que el Estado se compromete a garantizar la tutela y la protección. Sin embargo, la mayor parte de las nuevas democracias inmediatamente después de autocalificarse como democráticas, aclaran las premisas (o incluso mejor, las implicaciones) de esta definición. La idea que subyace parece ser la de que un simple elenco de derechos fundamentales garantizado por el Estado no es suficiente para explicitar la *condicio sine qua non* del respeto de los derechos humanos en función de las viradas democráticas, sino que, más bien al contrario, los constituyentes se ven en la obligación de vincular explícitamente al Estado en este sentido. Los derechos humanos no son sólo el fundamento del ordenamiento, sino que se convierten en una obligación, o un objetivo del orden “neonato”. También muchas Constituciones de la inmediata posguerra se han dotado de tales cláusulas (por ejemplo, el art. 2 de la Constitución italiana, o el art. 2, c.1 del *Grundgesetz*), si bien su función es diferente: de hecho, en los casos citados, son utilizadas, más o menos intensamente, como “cláusulas de apertura” a los nuevos derechos<sup>10</sup>.

He aquí, por lo tanto, la primera consideración interlocutoria que es posible realizar utilizando la metáfora del espejo: si decir que los Estados democráticos tienen el deber jurídico de tutelar los derechos y las libertades fundamentales de los hombres y de los ciudadanos se da por descontado en un contexto europeo, lo mismo no puede señalarse para las nuevas Constituciones. Éstas no consideran la referencia al adjetivo democrático, ni la inserción de un catálogo de derechos, suficiente, sino que ven necesario explicitar una obligación a cargo del Estado, de tutelar los derechos y las libertades fundamentales.

¿Como situarse, pues, frente al número de derechos tutelados? Un razonamiento débil nos llevaría a señalar que cuanto mayor es el número de derechos tutelados, mayor es la democracia en dicho ordenamiento. Qué dicen las nuevas Constituciones respecto del significado de democracia en relación con las modalidades de codificación de los catálogos?

Éstas tienden a codificar los “nuevos” derechos, denominados de tercera y cuarta generación que, viceversa, en sistemas regidos por Constituciones menos recientes, están tutelados a través de interpretaciones extensivas o meras previsiones de ley, sin necesidad de enmendar la Carta fundamental. Los nuevos derechos se corresponden, sobre todo, con los

---

<sup>9</sup> V. por ejemplo el art. 30 de la Constitución polaca: «La dignidad de la persona humana es inalienable y constituye la base de los derechos y de las libertades del hombre y del ciudadano. Aquélla es inviolable. Su protección y garantía constituye una obligación para la autoridad pública»; el art. 3, c. 2, de la Constitución de Ecuador: «Son deberes primordiales del Estado: [...] 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social. [...]»; el art. 6, c. 2, de la Constitución de Bolivia: «[...] La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado [...]»; el art. 2 de la Constitución rusa: «El hombre, sus derechos y sus libertades, son un valor supremo. El reconocimiento, la tutela y la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano constituyen una obligación para el Estado».

<sup>10</sup> A. BARBERA, *Commento all'art. 2 della Costituzione italiana*, en G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Art. 1-12. Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 50 ss.

derechos del consumidor, los relativos al medio ambiente, a la información, y a la tutela de los datos personales<sup>11</sup>. Volviendo a la metáfora del espejo, la aspiración a la exhaustividad de los catálogos, ¿qué aclara respecto al concepto de democracia? Un ordenamiento democrático tutela los derechos y las libertades de los hombres y los ciudadanos, pero este simple adjetivo no basta para especificar que el Estado tenga una obligación en tal sentido y que por ello debería naturalmente tender a la máxima amplitud de la protección. He aquí, por lo tanto, que la longitud y especificidad de los catálogos constitucionales provee esta “carencia” de significado.

Un ulterior ejemplo puede ser el ligado a la limitación de los derechos en la ponderación con otros bienes, es decir, a su interpretación. Las nuevas Constituciones, en el convencimiento de que la progresiva expansión de las posiciones protegidas y la rigidez de los textos formen parte de una relación de recíproca funcionalidad, no se contentan con el nivel de garantía ofrecido por los procedimientos agravados de reforma constitucional, sino que prevén formas de protección ulterior. Y así, por ejemplo, sustraen a la revisión precisamente –aunque no sólo– los derechos, o parte de éstos, o bien su “núcleo esencial”. Otras veces, sin embargo, cuando el poder constituyente no se preocupa por establecer este tipo de límite, lo hace el propio poder constituido, individuando un implícito límite al poder de revisión, mientras algunas Constituciones confían esta tarea a los tratados, o a los convenios en materia de derechos. Se trata en estos casos, no sólo de justificar la intangibilidad del “núcleo”, sino también de vincular la interpretación de los derechos mismos (que se resuelve tendencialmente en una prohibición de interpretación restrictiva)<sup>12</sup>.

Los aspectos señalados hasta ahora en relación a las técnicas de codificación de las nuevas Constituciones han pretendido aportar un ejemplo concreto de las múltiples posibles combinaciones entre los elementos del modelo democrático con particular referencia a los derechos. Su lectura a través de la metáfora del espejo, sin embargo, ha permitido poner

---

<sup>11</sup> A este elemento se le añade también la importancia de las cláusulas de no exhaustividad de los catálogos. A través de su inserción los constituyentes se preocupan de deslegitimar cualquier eventual interpretación restrictiva de los mismos elencos; en otras palabras, estas cláusulas anulan la posibilidad de negar protección a “nuevos derechos” (es decir, los no codificados en la Constitución), utilizando el argumento de que éstos no están previstos en el texto constitucional. La formulación de las cláusulas de no exhaustividad es frecuentemente similar: muchas Constituciones especifican, precisamente, que la explícita catalogación de los derechos no excluye la individualización de nuevas y ulteriores situaciones subjetivas que merezcan una tutela de rango constitucional. Subrayamos en tal sentido que la tipología de catálogo elegida por el constituyente no es una variable que condicione o no la presencia de la cláusula en discusión: se han adoptado cartas que contienen breves elencos de derechos, es decir, catálogos de derechos contenidos en un sólo artículo (v. por ejemplo la Constitución boliviana – art. 7 y art. 35 –, la dominicana – v. art. 8 y art. 10 –, y la peruana – art. 2 y art. 3 –), pero también Constituciones con largos elencos, es decir, donde a cada derecho se le dedica un diverso artículo, después reagrupado con los demás en un mismo capítulo o incluso título (v. por ejemplo la Constitución argentina – art. 33 –, la costarricense – art. 74 –, la ecuatoriana – art. 19 –, la de Paraguay – art. 45 –, la venezolana – art. 22 –, la rusa – art. 55 –, la estona – art. 10 –).

<sup>12</sup> V. art. 20, c. 1, de la Constitución rumana: «Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y a las libertades de los ciudadanos se interpretarán y aplicarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los convenios y los demás tratados de los cuales Rumanía es parte»; art. 93 de la Constitución colombiana: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno».

ulteriormente en evidencia cómo el concepto de democracia, su fuerza evocadora y su fuerza como modelo, no sean fácilmente cristalizables. La imagen que, de hecho, las nuevas Constituciones reflejan del modelo “democrático” occidental, si bien en referencia a un ámbito limitadísimo como el de las técnicas de codificación de los catálogos de derechos, hacen evidente la imposibilidad de una lectura absolutística y apriorística del concepto mismo de democracia.

Sentada esta premisa, se procederá a analizar cómo el modelo de Estado democrático ha sido puesto en discusión desde la denominada lucha contra el terrorismo, la cual altera los equilibrios de las posibles combinaciones entre los elementos del modelo mismo y, sobre todo, la semántica de “democracia”.

### **3. El punto de rotura semántico**

Las técnicas de codificación son un elemento significativo para una investigación crítica relativa al concepto de democracia y a su protección desde una perspectiva analítica<sup>13</sup>. El punto de rotura semántico (que marca una diferencia sustancial entre dos modos de concebir la democracia), viene representado hoy, en nuestra opinión, por tres variables:

a) la opción preliminar de si la democracia se puede proteger negando sus presupuestos (el poder por vía democrática también a quien tiene programas diversos);

b) el elemento subjetivo, y

c) la imparcialidad de quien está autorizado para decidir qué está dentro de la democracia y qué fuera.

Ambos supuestos elencados *sub* (b) y (c) tocan las raíces (universalismo y división de poderes), de modo diverso respecto a otros elementos (por ejemplo, la forma de gobierno), y se ligan a las temáticas de las fuentes, de la jurisdicción y de las garantías.

#### **3.1. La protección de sí mismo, a costa de...**

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

---

<sup>13</sup> Para un enfoque que adopta perspectivas diferentes del momento de rotura respecto del concepto de “democracia que se defiende” v. T. GROPPi, *Introduzione*, en T. GROPPi (a cura di), *op. cit.*, p. XI.

democracia, en cuanto en el Estado con régimen democrático el gobierno debería ser la expresión de las ideas políticas *del* o *de los* grupos mayoritarios, incluso cuando están constituidos por fuerzas políticas iliberales”<sup>14</sup>.

Hasta la explosión reciente de los fenómenos conectados al terrorismo internacional, tal contradicción presentaba una vertiente prevalentemente “interna”, ya que la restricción de los derechos ligada a eventos bélicos, es decir a la defensa frente al enemigo externo, se relegaba a la esfera de la excepcionalidad, y generalmente (si bien no siempre, y de todos modos con límites diversamente intensos) era siempre considerada lícita en cualquier ordenamiento, ya sea “democrático” o no democrático (y por tanto autoritario en sus varias acepciones)<sup>15</sup>.

Es más, el verdadero problema de la definición de “democracia” se liga precisamente a tal opción preliminar de la licitud de las limitaciones al pluralismo: concretamente la “regularidad” de los límites a la dialéctica política –es decir, el no limitar las restricciones de los derechos al caso de la guerra–, representa el núcleo duro de los ordenamientos “no democráticos”<sup>16</sup>.

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

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

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

Los diversos ordenamientos que la *communis opinio* considera liberal-democráticos han preparado una serie de mecanismos que operan a nivel super-constitucional (por ejemplo, prohibición de revisión de la forma institucional, monárquica o republicana, de la

<sup>14</sup> A. REPOSO, *op. cit.*, p. 9 s.

<sup>15</sup> V. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 199 ss. V. también A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>16</sup> G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, il Mulino, Bologna, 1957.

forma de Estado federal, o de los principios característicos de la forma de Estado: significativa al respecto es la Constitución portuguesa); operan también a nivel constitucional, en el sentido de que de todos modos, mediante la reforma constitucional, aquéllos podrían en teoría, ser derogados o modificados; y operan en definitiva a nivel legislativo, a través de tipos de normas penales o contenidas en leyes especiales, que hipotizan clases de delitos políticos o “de Estado”. Sólo en casos algo marginales el ordenamiento ha preparado medidas dirigidas exclusivamente a la represión de acciones violentas, sin ninguna conexión con la ideología manifestada por los actores<sup>17</sup>.

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

De hecho, casi todas las Constituciones califican como “democrático” el Estado o la “forma de gobierno”, sea cual sea su actitud frente a los derechos, a la oposición, o a las minorías<sup>18</sup>.

Esto vale –es éste el punto– para permitirnos graduar la democraticidad de un ordenamiento respecto a las oposiciones ideológicas internas y, en consecuencia, a cuantos se proponen atentar “democráticamente” contra las instituciones “democráticas”: en otras palabras, utilizando el método democrático y en particular las elecciones libres<sup>19</sup>. Pero esto vale también para medir la democraticidad de un ordenamiento respecto a otros tipos de oposición, como aquéllas “externas” a cada ordenamiento<sup>20</sup>.

### 3.2. ¿Todos o sólo algunos?

Aludíamos a aquél que podía ser considerado en el pasado el enemigo “externo”, el cual, siendo reconocible como consecuencia de una declaración de guerra y cuando llevaba un uniforme militar, a veces sin embargo asumía (como asume hoy) aspectos más insidiosos. Incluso en tiempo de guerra declarada, las restricciones a las libertades justificadas por la lucha contra el espionaje, el colaboracionismo, o el apoyo al enemigo, no

---

<sup>17</sup> Véase asimismo A. REPOSO, *op. cit.*, pp. 18-25.

<sup>18</sup> V. *supra*, nota 2.

<sup>19</sup> Para una reciente perspectiva comparatística véase *amplius* S. CECCANTI, D. TEGA, *La protezione della democrazia dei partiti antisistema: quando un'esigenza può diventare un'ossessione*, en A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, N. OLIVETTI RASON (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 37 ss.

<sup>20</sup> Véase G. DE VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 258 ss.

siempre han alcanzado todos los acuerdos respecto al *quantum* de las medidas de vez en cuando asumidas, como pone en evidencia la jurisprudencia constitucional estadounidense sobre el internamiento de los ciudadanos de origen japonés<sup>21</sup>, y como se desprende igualmente de una decisión de los Lores ingleses<sup>22</sup>.

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

Al respecto, hoy más que ayer los confines entre limitaciones de los derechos en tiempo de guerra y sus restricciones en tiempo de paz aparecen efímeros, en tiempos de guerra no declarada, y sin embargo realizada, y de conexiones entre frentes bélicos y frentes internos. En este sentido hoy nadie declara la guerra, se hace ésta sin previa declaración, por lo que no puede distinguirse un período de guerra de uno de paz. La definición de guerra, que según muchas Constituciones representa el presupuesto para una legítima limitación de los derechos, se resiente de la evolución del significado de la palabra, y su dilatación semántica implica que la posibilidad de limitar legítimamente la libertad sea mayor.

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

De hecho, la democracia puede ser definida –ya sea incluso con toda la imprecisión y la vaguedad que habíamos denunciado con anterioridad– precisamente por referencia a la cantidad y calidad de los sujetos que participan en el proceso político, a la regularidad de sus manifestaciones, a las finalidades que justifican eventuales derogaciones, a la intensidad de las mismas...

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

---

<sup>21</sup> En particular, *Kiyoshi Hirabayashi v. U.S.*, 320 US 81 (1943), y *Korematsu v. US*, 323 US 214, 218 (1944).

<sup>22</sup> Para una reflexión más amplia sobre la problemática relativa a la relación entre democracia y actitud respecto a los extranjeros y a las diferentes culturas, v. A. ALGOSTINO, *Democrazia protetta o aperta agli stranieri e alle culture? Primi elementi per una riflessione*, en A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, N. OLIVETTI RASON (a cura di), *op.cit.*, p. 163 ss.

latino-americanos, cuando el uso de estados de excepción, emergencia o sitio era fisiológico antes que patológico.

Dicho en otras palabras: la observación de que la clasificación de los sistemas jurídicos no puede tener “un rigor científico paragonable a aquel que es generalmente propio de las clasificaciones elaboradas por los estudiosos de las ciencias de la naturaleza”<sup>23</sup> es adecuada naturalmente para *cualquier* clasificación operada en el ámbito comparatístico, comprendidas aquellas de las formas de Estado. En el caso de la democracia, el riesgo es que la globalización de los conflictos, la interconexión entre enemigo interno y enemigo externo, entre terrorismo nacional y terrorismo internacional, entre *utterance* y *action*, y la consecuente generalización de las medidas restrictivas, conviertan en difícil no tanto valorar empíricamente, con los métodos de los comparatistas, la intensidad de las libertades garantizadas y, de todas formas, el grado de madurez de una democracia (de las diversas democracias, en sus diversas formas), como erosionar la misma clasificación, colocando algunos ordenamiento entre “aquellos que se encuentran suspendidos” entre democracia y otros modelos de ejercicio de la potestad soberana.

### **3.3. La tutela jurisdiccional. La deslegalización de los derechos en los Estados Unidos como caso de estudio.**

Seis meses después de los ataques terroristas del 11 de Septiembre se publicó la noticia de que Mohammed Atta y Marwan al Shehhi, dos de los terroristas que habían secuestrado los aviones en la misión suicida contra el World Trade Center de Nueva York, eran titulares de un visado turístico, que posteriormente fue renovado por motivos de estudio. Dicha tramitación fue gestionada por la Agencia federal para la inmigración (*INS*), noticia que, arrastrando a toda la *policy* en materia de inmigración, generó toda una tormenta de acusaciones de ineficiencia e ineffectividad. En consecuencia, la inmigración se colocó en el centro de las primeras propuestas de iniciativa de guerra hacia el terrorismo.

Así, no sorprende que la *Patriot Act* fuese votada inmediatamente después del ataque terrorista, «seeks to further close our borders to foreign terrorists and to detain and remove those within our borders»<sup>24</sup>: norma que contiene múltiples disposiciones que inciden en el status jurídico de los extranjeros presentes en el territorio.

Tales medidas se reagrupan, pues, del siguiente modo: normas que restringen el ingreso o bien aumentan o agravan las condiciones para la expulsión (el refuerzo de los controles en las fronteras, como es el caso de las fronteras con Canadá; la expansión de la definición de la actividad terrorista y su inclusión entre las condiciones de alejamiento de los Estados Unidos);

---

<sup>23</sup> A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1998, p. 127, que menciona a A. MALSTRÖM, *The System of Legal System. Notes on a problem of classification in Comparative Law*, en *Scandinavian Studies in Law*, 1976, p. 127.

<sup>24</sup> J. GREENYA, *Immigration Law in post – 9/11 America*, en [http://www.dcb.org/for\\_lawyers/washington\\_lawyer/august\\_2003/immigration.cfm](http://www.dcb.org/for_lawyers/washington_lawyer/august_2003/immigration.cfm)

las que comprimen la *privacy* del individuo (la obligación de someterse a relieves dactilares de alta tecnología, la implementación de los programas de control hacia los titulares de visado por motivos de estudio, la puesta en común de las bases de datos entre las diversas agencias, entre las cuales se encuentra el *Federal Bureau of Investigation*), y las que confieren nuevos poderes al ejecutivo<sup>25</sup>.

¿Cuáles son las medidas de rango no legislativo que inciden fuertemente sobre la tutela de los derechos? ¿Y en qué términos aquéllas representa una forma de comprensión no contemplada por la ley?

Respecto a la utilización de fuentes de naturaleza reglamentaria, pueden citarse algunos ejemplos interesantes: el 17 de septiembre de 2001, el *General Attorney* emitió un reglamento (8 C.F.R. & 287.3) que incrementó de 24 a 48 las horas de arresto decretadas por parte del *INS* sin haberse formulado previamente el pliego de cargos contra el extranjero; además, en el mismo acto se establecía la posibilidad de prolongar el arresto por un período de tiempo adicional razonable en el caso de emergencia o por otra extraordinaria circunstancia. Por lo tanto, al contrario de lo que disponía la *Patriot Act*, pueden verse afectados por esta disposición, no sólo los detenidos que sean considerados como presuntos terroristas, sino también cualquier extranjero presente en el territorio, decisión que se adopta desde la más plena discrecionalidad de cualquier funcionario del *INS*; y además con una escasa posibilidad de controlar la actividad de estos funcionarios, de conformidad con el reglamento en cuestión.

Un segundo ejemplo es el del Reglamento de 31 de octubre de 2001. Conforme a esta disposición, el *INS* (o bien una agencia gubernativa) puede solicitar al *Executive Office for Immigration Review* la suspensión de una orden de puesta en libertad bajo fianza, emanada por un juez de inmigración (8 C.F.R. part 3, INS 271-01). Ha de señalarse que, con anterioridad al año 2001, esta posibilidad ya había sido prevista, si bien afectaba solamente a los extranjeros que eran condenados por crímenes gravísimos (las conocidas *aggravated felonies* que están codificadas), que fuesen punibles con el encarcelamiento obligatorio; sin embargo ahora este

---

<sup>25</sup> En relación a estas tres tipologías de normas, de la *Patriot Act* fueron emanados, subsiguientemente, los actos ejecutivos, pero es interesante subrayar como éstos en relación con esta última categoría son decisivamente más penetrantes y numerosos. Piénsese, por ejemplo, en la *section 412* de la *Patriot Act* y en las disposiciones del ejecutivo emanadas por el poder ejecutivo que la desarrollan. La *section 412* establece que cuando el *General Attorney* considere (*on reasonable grounds*) que el extranjero puede constituir un peligro para la seguridad nacional (o bien que responda a las condiciones establecidas por la *Immigration and Nationality Act (INA)* del 1996 – cuya entrada en vigor se produjo con anterioridad a los ataques terroristas)– puede activar el procedimiento de la *certification*. La *certification* es el procedimiento a través del cual el extranjero puede ser “certificado” por el *General Attorney*, que puede, discrecionalmente, decidir si ordena o no su detención. En cualquier caso –continúa la ley– tras un máximo de 7 días de detención el *General Attorney* tiene que decidir si procede a la expulsión, incriminación o puesta en libertad del extranjero. En el caso de que decida retenerlo, la ley prevé que las razones que fundamentan la *certification* sean reexaminadas cada seis meses, y de no subsistir aquéllas, que se emita una orden de puesta en libertad. Empero, la *Patriot Act* establece algunos límites importantes a este poder, entre los cuales se encuentra la facultad del detenido de presentar cada seis meses al *General Attorney* pruebas demostrando que es irrazonable que continúe la situación de encarcelamiento (detenido) en la que se encuentra, la posibilidad de someter a *judicial review* las razones que fundamentan la *certification* a través de una acción de *habeas corpus* ante la Corte Suprema y ante la Corte federal del Columbia District, además de la obligación impuesta al *General Attorney* de remitirle al Congreso un informe respecto al ejercicio de estos nuevos poderes.

poder se extiende hasta el punto de implicar también a todos los que se encuentren sujetos a un juicio pendiente o a los que han sido puestos en libertad bajo una fianza de 10.000 o más \$. En este caso, pues, el *INS Trial Attorney* (la acusación pública en los juicios de inmigración) puede ignorar la orden de puesta en libertad emitida por el juez de la inmigración aunque el sujeto no sea un terrorista o un sospechoso criminal. En la práctica, los períodos de detención siempre han sido “prolongados”, ya que el procedimiento de apelación respecto a este tipo de decisiones es bastante largo (recordemos en tal sentido que el detenido puede recurrir la decisión de suspensión de la orden de puesta en libertad frente al *Board of Immigration Appeals – BIA –*; no obstante en el supuesto de que su recurso sea admitido, el *INS* podrá dirigirse al *Attorney General –*Ministro de Justicia–, que posteriormente podrá recurrir la decisión impugnada ante las Cortes Federales), y debido a que la fianza después del 11 de Septiembre ha sido fijada en cifras altísimas.

Un último ejemplo es el de la circular *Creppy*<sup>26</sup>, que genera cierta inquietud. Este *memorandum* de naturaleza doméstica, emitido por el *Immigration Chief Justice M. Creppy* a instancia del *General Attorney* (que es su superior directo) proporciona indicaciones a todos los jueces de inmigración acerca de cuándo se debe mantener en secreto un procedimiento que sea de su competencia<sup>27</sup>. Pero al contrario, no se le impide al extranjero, ni tampoco al *General Attorney* prestar declaraciones respecto a las pruebas presentadas por el Gobierno. En primer lugar hay que subrayar que esta disposición es un acto interno que proviene del Departamento de Justicia, adoptado sin la existencia de un debate público previo; y además, en el año 2008, todavía el Departamento no había hecho públicos los criterios que los jueces deben seguir para ordenar el secreto del procedimiento; no obstante, estas decisiones no podrían sujetarse a ningún tipo de *judicial review*.

Ahora bien, es evidente que este comportamiento viola al menos dos de los derechos garantizados por la Constitución de Estados Unidos: el derecho del detenido a un proceso público cuando estén en juego sus derechos de libertad personal, y el derecho de los particulares de acceso a un *quasi-judicial administrative proceeding*, además de la divulgación en los medios de comunicación conforme a la primera enmienda.

Precisamente, fundamentándose en la vulneración de la primera enmienda, dos jueces federales llegaron a conclusiones similares cuando declararon inconstitucional el mantenimiento

---

<sup>26</sup> Respecto a la *Creppy directive* véase, entre las tantísimas intervenciones: D. COLE, “*Secret trials*”, en *Human Rights*, n. 1, vol. 28, 2001, p. 8 ss.; R. HUSSAIN, “*Security with Transparency: Judicial Review in “Special Interest” Immigration Proceedings*”, en *Yale Law Journal*, n. 6, vol 113, pp. 1333-1340; S. THACKER, “*Courts split on whether immigration hearings should be open to the public*”, en <http://www.rcfp.org/news/mag/26-4/cov-courtssp.html>; A. E. HOOPER: “*Investing terrorism: the role of the first amendment*”, en <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2004dltr0002.html>

<sup>27</sup> Entendemos por secreto la celebración a puerta cerrada, la prohibición de difundir los calendarios de la *hearings*, la difusión del expediente a excepción del expediente legal del extranjero, siempre y cuando las informaciones no sean consideradas susceptibles de deberse excluir también respecto a este último.

del secreto del procedimiento<sup>28</sup>, sobre todo una vez que se ha comprobado la absoluta ausencia del carácter excepcional de aquél, y por consiguiente desde una valoración efectuada caso por caso por parte del juez de inmigración.

Ante la existencia de una sentencia idéntica en sede de apelación, el 16 de julio de 2002, el Departamento de Justicia emitió un nuevo reglamento (*Protective orders and the sealing of Records*), con el que buscaba satisfacer las peticiones de las Cortes conforme a la valoración del caso específico, pero que en realidad tendía a reproducir el efecto del precedente *memorandum Creppy*.

La legislación antiterrorista comprime *in primis* los derechos del extranjero, no sólo directamente, sino fundamentalmente dejando un amplio margen a la intervención de fuentes de naturaleza reglamentaria, obligando así a las Cortes a desplazar la actividad de *review* (en sentido estadístico) del control sobre la ley, al control sobre la legitimidad de los actos del ejecutivo.

En realidad, una vez que el Congreso de los Estados Unidos ha declarado el estado de excepción y el consecuente desplazamiento de los poderes hacia el ejecutivo, un aumento de la producción de los actos de naturaleza reglamentaria (bien sea en sentido cualitativo que cuantitativo) podría parecer obvio; y así es en efecto, lo que parece menos claro cuando se toman en consideración otros ordenamientos.

En Israel, por ejemplo, aunque el estado de excepción, y el consiguiente desequilibrio del sistema de la forma de gobierno, dura desde hace casi sesenta años, sin embargo, en el caso de que el Ministro de Defensa disponga la *administrative detention* hacia un extranjero, un juez está obligado a convalidar su decisión dentro de las 48 horas, y además cada seis meses la decisión es revisada automáticamente en apelación por la Corte Suprema. Quizás un ejemplo todavía más brillante que el ordenamiento israelí puede proporcionar, es la absoluta prohibición de mantener en secreto un procedimiento, al contrario de lo que ocurre en Estados Unidos<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> V. *Detroit Free Press v. John Ashcroft* de 3 de Abril de 2002 y *North Jersey Media Group v. John Ashcroft* de 28 de Mayo de 2002.

<sup>29</sup> Sobre la regulación israelí de la *administrative detention* respecto al terrorismo cfr. E. GROSS, *Human rights, terrorism and the problem of administrative detention in Israel: Does a democracy have the right to hold terrorists as bargaining chips?*, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n. 8, 2001, p. 721 ss.; Además véase R.C. ALMAGOR, *Administrative detention in Israel and its employment as a means of combatting political extremism*, en *New York International Law Review*, n. 2, vol. 9, 1996, p. 1 ss.; A.A. PACHECO, *Occupying an uprising: the Geneva Law and Israeli administrative detention policy during the first year of the Palestinian general uprising*, en *Columbia Human Rights Law Review*, n. 2, vol. 21, p. 515 ss.; E. PLAYFAIR, *Administrative detention in the Israeli-occupied West Bank*, en *ICJ Review*, n. 35, 1985, p. 31-44. En italiano, v. también E. GROSS, *Combattere il terrorismo: la prospettiva israeliana*, en T. GROPPI (a cura di), *op. cit.*, p. 283 ss.

En Gran Bretaña, la *indefinite detention* ha sido declarada incompatible con el Convenio Europeo para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales<sup>30</sup>, y en caso de *certification* a un extranjero (instituto previsto por la *Anti Terrorism Act* británica), el acceso a la información que se encuentre en manos del Gobierno no puede serle negada a la defensa<sup>31</sup>.

Otros países, entre ellos Italia, han preferido seguir una dirección diversa: no ha sido votada una verdadera y auténtica ley antiterrorista, sino que se ha preferido insertar en el Código penal un nuevo tipo delictivo para los delitos de terrorismo internacional. Pero en cambio, también es cierto que en el año 2002 el Parlamento votó algunas enmiendas relativas a la antigua ley sobre inmigración (Decreto legislativo 286/98), introduciendo algunas disposiciones que restringen de manera inequívoca el estatuto jurídico del extranjero: en particular, la posibilidad de alejar a aquéllos sobre los que esté pendiente una orden de expulsión, lo que no puede ser recurrido en apelación ante un juez. A través de dos sentencias, la Corte constitucional<sup>32</sup> ha declarado inconstitucionales tales disposiciones, obligando al legislador a intervenir nuevamente. La solución adoptada no puede, en ningún modo, asimilarse a la competencia administrativa del *common law*; pero al confiar la tarea al juez de paz (un juez honorario) en lugar de a un tribunal ordinario, esta solución seguramente es inédita en el ordenamiento italiano.

#### 4. Estado nacional y formante cultural.

El ejemplo del caso de los extranjeros en Estados Unidos demuestra que existe una interconexión entre democracia protegida, base subjetiva, deslegalización y administrativización de las garantías en detrimento para los extranjeros.

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

---

<sup>30</sup> Véase el caso *A. v. Secretary of State for the Home Department* - (2005), 2 W.L.R. 87 (H.L.); cfr., además, A. TOMKINS, *A. v. Secretary of State for the Home Department*, en *Public Law*, 2005, p. 259 ss.; V.H. HENNING, *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: has the United Kingdom made a valid derogation from the European Convention of Human Rights?*, en *American University International Law Review*, n. 6 vol. 17, 2002, p. 1263 ss.

<sup>31</sup> Se debe subrayar que también el Reino Unido, en el año 2002, modificó su legislación en materia de inmigración derogando el derecho anteriormente existente del detenido a un *automatic bail review*. En efecto la *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002 derogó el derecho que tenía el extranjero detenido a que su orden de privación de libertad fuese revisada automáticamente; la revisión de la orden de privación de libertad ahora sólo es posible si el extranjero retenido interpone un recurso. Para una interesante comparación, véase Reino Unido-Estados Unidos cfr. P. A. THOMAS: "9/11: USA and UK" en *Fordham International Law Journal*, n. 4, vol. 26, 2003, pp. 1193-1233; para una perspectiva más amplia véase la confrontación Reino Unido-Australia realizado por C. MICHAELSEN: "International human rights on trial – the United Kingdom's and Australia's legal response to 9/11" en *Sydney Law Review*, n. 3, vol. 25, 2003, pp. 275-303.

<sup>32</sup> Sentencias 222 y 223 de 15 de julio de 2004.

También dentro del formante doctrinal, la carga connotativa, simbólica, evocativa, el valor mágico de la palabra “democracia”, parece que se usa (incorrectamente) para las operaciones conceptuales que dejan en el olvido palabras y conceptos que en un tiempo fueron fuertes, pero que hoy son escasamente adquiridos en el *free trade market of ideas*, como la “estatalidad”. La seguridad se convierte, pues, en el parámetro o en el valor ponderable, no para la defensa del Estado, sino para la defensa de la democracia<sup>33</sup>; y los no ciudadanos, los inmigrantes, los extranjeros, los que en definitiva no pertenecen al Estado, no son sacrificados – cuando lo son –, en nombre de la estatalidad, sino en nombre de la defensa del mismo valor: la democracia y la exigencia de su defensa<sup>34</sup>.

Parece, de otra parte, flotar en el ambiente el convencimiento de que los derechos culturales, o comunitarios, o identitarios (como de costumbre, sobre el *nomen* de las clases no hay nunca una absoluta coincidencia), de un lado, si son reivindicados *dentro* de la forma del Estado liberal-democrático, son admisibles solo si concuerdan con el núcleo duro de ésta última; de otra parte, si son afirmados *fuera* de la clase, como expresión de culturas diversas, que ni siquiera aceptan el núcleo duro, son combatidos<sup>35</sup>.

Hay una conformación del formante cultural al legislativo, la idea de que la liberal-democracia ya se ha impuesto y de que el problema de las sociedades multiculturales es prevalentemente un problema de adecuación de “otras” culturas” a la nuestra, con el respeto de algunas particularidades “suyas”, no enfrentadas con “nuestra” cultura.

Hay, además, un segundo problema: el de las sociedades (todavía) prevalentemente monoculturales, que hacen frente (desde fuera) al monoculturalismo, que intenta con dificultad adecuarse al multiculturalismo. Sociedades que naturalmente alimentan la contraposición con visiones extrañas a éstas, incluso dentro del área de pertenencia de éstas últimas. Pensemos en Oriente, que razona desde Confucio en adelante (y obviamente incluso desde antes) en términos de deberes o ética o moral (los términos “*fa*” y “*li*” no son traducibles)<sup>36</sup> y no de derechos; pensemos en el Islam, que no conoce el concepto de igualdad; pensemos en los ordenamientos socialistas, donde, en los lugares en que existen, absorben los derechos individuales en categorías no homogéneas a las empleadas en las democracias

---

<sup>33</sup> Respecto a la seguridad como bien social y las directas consecuencias sobre la ponderación realizada por los Tribunales v. M. ROSENFELD, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror*, en *Cardozo Law Review*, n. 27, 2006, p. 2079 ss. V. también K. ROACH, *Must We Trade Rights for Security? The Choice Between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain*, en *Cardozo Law Review*, n. 27, 2006, p. 2151 ss.

<sup>34</sup> V. la atenta reconstrucción relativa al ordenamiento italiano de P. BONETTI, *Terrorismo e stranieri nel diritto italiano, disciplina legislativa e profili costituzionali, Parte I*, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2005, p. 13 ss., e ID., *Terrorismo e stranieri nel diritto italiano, disciplina legislativa e profili costituzionali, Parte II*, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2006, p. 13 ss.

<sup>35</sup> V. A. ALGOSTINO, *op.cit.*, p. 163 ss.

<sup>36</sup> V. R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Franco Angeli, Milano, 1999.

liberales; pensemos en pequeñas comunidades residuales, donde la socialización prevalece sobre cada individualidad...

Nuestra cultura, en los últimos momentos de la historia, ha construido la idea de los derechos humanos como elemento imprescindible de cualquier forma de agregación social. La globalización no es, de todos modos, sólo un fenómeno económico, a pesar de que haya desplazado en cierto modo a la globalización cultural. De costumbre, sin embargo, los formantes no viajan a la misma velocidad, porque la economía es rápida, el derecho lento, la cultura lentísima, y cuando, para seguir a la economía, el derecho aniquila las culturas ajenas, las recepciones son bastante difíciles.

¿Cómo puede la cultura dissociarse del brutal positivismo de la fuerza y del objetivo que, paradójicamente en nombre de visiones iusnaturalistas, pretende imponer como absolutos, valores que son sin embargo generados por fatigosas conquistas históricas? ¿Cómo puede la cultura favorecer el respeto hacia *las* culturas (es decir, hacia la autodeterminación de cada pueblo en el darse una cultura, y el respeto de cada comunidad cultural también dentro de los confines de los ordenamientos liberal-democráticos?

En el campo del derecho comparado (pero también en otros sectores del derecho), si bien el eurocentrismo y el occidentalismo que todavía hoy caracterizan la producción científica deben ajustar cuentas con la progresiva fuerza de expansión del constitucionalismo y con la permeabilidad de ordenamientos antiguos y modernos a sus sugerencias, esto no exime de prestar atención, indistintamente, a las estructuras sedimentadas de los diversos ordenamientos. De aquí surge la exigencia de profundizar en el estudio de cada uno de ellos antes de hacer comparaciones, por analogía y por diferencia, antes de emitir juicios de valor, antes de sugerir recepciones o importaciones o exportaciones de institutos y regulaciones; y de aquí, la oportunidad de liberarse de esquemas simples anclados en los “núcleos esenciales” const207 ruidos con geometrías variables, según el sujeto que lo propone. Incluso el interés considerado merecedor de tutela cambia: para la feminista occidental, esencial es la paridad de la mujer, aunque de esa forma quede demolida la estructura de residuales sociedades de la historia milenaria, como denuestra la conflictividad que en Canadá ha contrapuesto a mujeres y hombres inuit, en cuanto a la aceptación de la *Charter*. Para el partidario de la democracia protegida, pertenece al núcleo esencial de la democracia la defensa contra la propaganda de ideologías que niegan el valor de la democracia; para el creyente, el límite del núcleo esencial puede comprender el rechazo de la eutanasia, que viceversa para el laico pertenece a la esfera de la máxima explicación de la libertad... y así sucesivamente.

El absolutismo empuja hacia Lepanto, donde todo occidente estará –cristianos pero también heréticos y relativistas, ¡faltaría más!– con la flota de Don Juan de Austria, de Giovanni Andrea Doria y de Sebastián Venier, compartiendo la cultura y los intereses, pero donde necesariamente el desencuentro tendrá un vencedor y un vencido, cancelando la integración, la dialéctica, el diálogo.

Quizá el camino para el comparatista de matriz publicística sea dar finalmente una aportación nueva a la ciencia del derecho comparado general, hasta ahora construido en sus categorías, casi exclusivamente, por los comparatistas privatistas: aceptando confrontarse, incluso desde el punto de vista del método, con ciencias diversas y habituadas a estudiar lo diverso, como la sociología, la etnología, la antropología, la psicología; y también sin acceder a mezclas, a aprovecharse de los resultados por aquéllas alcanzados para mejor articular una teoría de los derechos que parta de la observación empírica verificable, y para perfilar contrastes frecuentemente inconciliables entre derechos individuales y derechos identitarios.