

# LA DEFINICIÓN JURÍDICA DE IDEOLOGÍA FASCISTA EN LA LEY PORTUGUESA DE PROHIBICIÓN DE ASOCIACIONES Y PARTIDOS POLÍTICOS: PROBLEMAS DE VAGUEDAD NORMATIVA<sup>1</sup>

**The legal definition of fascist ideology in the  
portuguese law banning associations and political  
parties: problems of normative vagueness**

**FELIPE MORAES DE ANDRADE**

**Universidad de Lisboa**

[felipeandrade@edu.ulisboa.pt](mailto:felipeandrade@edu.ulisboa.pt)

## **Cómo citar/Citation**

Moraes de Andrade, F. (2025).

La definición jurídica de ideología fascista en la ley  
portuguesa de prohibición de asociaciones y partidos políticos:  
problemas de vaguedad normativa.

*Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 29(1), 143-175.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.29.05>

## **Resumen**

La Constitución de la República Portuguesa limita la libertad de asociación al no permitir las organizaciones fascistas. En virtud de la inconstitucionalidad por omisión, la legislación ordinaria se ha propuesto hacer efectiva esta restricción elaborando una acepción de la ideología fascista. Sin embargo, al examinar esta norma, que pretende especificar con precisión una ideología política, en forma de control de constitucionalidad, se encuentran dificultades para cumplir con el principio de determinabilidad (o precisión de las leyes). Si bien existe la necesaria preocupación de proteger el Estado democrático de derecho frente a los movimientos autoritarios, la restricción de los derechos asociativos debe ser tal que garantice a los destinatarios y

---

<sup>1</sup> Este artículo ha sido financiado por la Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT), Portugal, en el marco del proyecto UI/BD/154454/2022 y en el Protocolo firmado entre la FCT y el Lisbon Public Law.

ejecutores de la norma un conocimiento preciso de estos criterios. Este artículo analiza la definición jurídica de la ideología fascista a la luz de la determinabilidad normativa como subprincipio de la prohibición del exceso. Argumento que la lista de características de la definición jurídica de ideología fascista dificulta la aplicación de la norma debido a su indeterminación.

### **Palabras clave**

Libertad de asociación; derechos fundamentales; restricción de los derechos fundamentales; ideología fascista; proporcionalidad.

### **Abstract**

The Constitution of the Portuguese Republic limits freedom of association by not allowing fascist organisations. On the grounds of unconstitutionality by omission, ordinary legislation has proposed to give effect to this restriction by elaborating a meaning for fascist ideology. However, when examining this rule, which sets out to precisely specify a political ideology, in the form of constitutionality control, one encounters difficulties in complying with the principle of determinability (or precision of laws). Although there is the necessary concern to protect the democratic rule of law against authoritarian movements, the restriction on associative rights must be such as to guarantee the recipients and enforcers of the regulation precise knowledge of these criteria. This article discusses the legal definition of fascist ideology in the light of normative determinability as a sub-principle of the prohibition of excess. I argue that the list of characteristics in the legal definition of fascist ideology makes it difficult to apply the norm due to its indeterminacy.

### **Keywords**

Freedom of association; fundamental rights; restriction of fundamental rights; fascist ideology; proportionality.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE PROTECCIÓN. III. LA RESTRICCIÓN. JUSTIFICACIÓN INVOCADA POR EL GOBIERNO. IV. SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN: 1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2. Proporcionalidad. 3. La determinabilidad normativa como prohibición del exceso. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

---

### I. INTRODUCCIÓN

Con el ascenso de un partido de extrema derecha a finales de la década de 2010 en Portugal (Carvalho, 2023; Morgado Braz, 2023), la prohibición constitucional de los partidos políticos volvió a ser objeto de debate. La Constitución de la República Portuguesa (en adelante CRP) consagra la libertad de asociación en su catálogo de derechos, libertades y garantías personales<sup>2</sup> con algunas restricciones expresadas en el propio texto constitucional, entre otras, a no consentir a las organizaciones que sigan la ideología fascista. Este mismo límite se repite en la regulación de los partidos políticos en la redacción de la Ley Orgánica de Partidos Políticos<sup>3</sup>, ya que la libertad de asociación incluye el derecho a fundar o participar en partidos políticos en virtud del art. 51 de la CRP.

Por lo tanto, ya tenemos la certeza de que una asociación fascista no tiene sustento constitucional para exigir auxilio al poder público, ya que está fuera del ámbito de la protección constitucional. La afirmación normativa de este derecho fundamental no coloca en una posición ventajosa a un grupo que pretende organizarse siguiendo la ideología fascista.

Ante el posible exceso, insuficiencia o falta de determinabilidad del acto infraconstitucional que propone dar exigibilidad a esta restricción —limitando la libertad de asociación—, mi objetivo en este artículo es contribuir al esclarecimiento de este concepto expresado al final del numeral 4 del art. 46 de la CRP en el contexto de la libertad del derecho fundamental de asociación. El problema aquí puede representarse en las siguientes preguntas: ¿La definición

---

<sup>2</sup> Sobre la forma en que se elaboró este catálogo, véase Miranda (1976). El autor sostiene que estas normas se remontan al constitucionalismo liberal, enriquecido por los avances en la profundización del Estado de derecho.

<sup>3</sup> Véase el art. 8 de la Ley Orgánica N.º 2/2003.

de organizaciones que propugnan la ideología fascista hecha por el legislador infraconstitucional restringe constitucionalmente la libertad de asociación? ¿Pasa esta definición el test de proporcionalidad? La idea aquí debatida se inscribe también en un marco teórico más amplio que es la idea de la democracia militante en Europa, los límites de las ideologías contrarias a los principios democráticos y los modelos de tolerancia en el contexto europeo.

Les advierto de entrada que no se trata de si la prohibición de una reunión fascista debe pasar por el control de constitucionalidad, ya que, hay que repetirlo, la propia Constitución proclama esta limitación. El trabajo se centra en el examen del significado de organización fascista expuesto en el derecho infraconstitucional y si esta definición pasa por este control de constitucionalidad. Es a esta disposición normativa, concretamente al art. 3 de la Ley N.º 64/78, a la que dedicaremos los procedimientos y el respectivo proceso de interpretación, teniendo en cuenta que la prescripción «adherirse a ideologías fascistas» adolece de cierta genericidad<sup>4</sup> dados los diferentes contextos y realidades en los que se aplicó este movimiento político autoritario.

## II. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE PROTECCIÓN

La primera pregunta para responder en este estudio es conocer el contenido del derecho fundamental en cuestión. Al fin y al cabo, solo hay intervención restrictiva o restricción<sup>5</sup> si partimos de la lógica de determinación previa de un cierto contenido del derecho fundamental<sup>6</sup>. Este es un tema que precede al problema de los límites a los derechos fundamentales, delineando el alcance de este contenido normativo.

<sup>4</sup> Sobre esta palabra, véase Moniz Lopes (2022).

<sup>5</sup> Para aclaración de los conceptos de restricción o intervención restrictiva de derechos fundamentales, véase Canas (2017: 447).

<sup>6</sup> Como también ha señalado el Tribunal Constitucional de Portugal, concretamente sobre el derecho fundamental en cuestión: «O direito de associação tem um âmbito de protecção próprio que se refere a uma realidade – as associações. E o domínio existencial, material ou realidade da vida aqui protegido é, por exemplo, o acto de um indivíduo se associar ou não associar, ou da própria associação prosseguir livremente os seus fins. Para que se possa afirmar que uma determinada intervenção reguladora tocou um aspecto da realidade a que se refere a protecção constitucional, é importante proceder à delimitação do conteúdo constitucionalmente garantido do direito, assim definindo o bem ou o interesse jusfundamental protegido pela norma» (véase Sentencia 119/2010, punto 4.4).

Según Novais (2021a: 251), cuando se trata de averiguar qué es, de entrada, protegido o no por la garantía jurídica que proporciona el derecho fundamental, nos encontramos ante una relativa indeterminación del precepto constitucional, que es propia de las normas de los derechos fundamentales<sup>7</sup>. Es necesario atribuir un sentido jurídico a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos en términos de una vinculación directa de los poderes constituidos por los derechos fundamentales, por lo que la calificación jurídica que se sugiere inmediatamente para la restricción de los derechos fundamentales será la de su comprensión, constituyendo, esencialmente, una amputación de facultades que forman parte de una posición jurídica subjetiva que puede ser reducible<sup>8</sup>.

Tradicionalmente, la libertad de asociación ha formado parte del derecho constitucional portugués desde la Constitución de 1838<sup>9</sup>, atravesando la Constitución de 1911<sup>10</sup>, la Constitución que fundó el Estado Novo en 1933<sup>11</sup> y, finalmente, en la actual CRP de 1976 con el siguiente texto, tras las revisiones introducidas por la Ley Constitucional N.º 1/82 y la Ley Constitucional N.º 1/97:

<sup>7</sup> Novais (2012: 97). Además, como aclara el autor, la estructura formal de los enunciados normativos de los derechos fundamentales es muy diferente: o bien expresan positiva o negativamente la creación o el reconocimiento de un derecho, o bien imponen negativa o positivamente una obligación, y la naturaleza de los derechos, valores y obligaciones que se derivan de estas disposiciones es muy variada (Novais, 2021: 53).

<sup>8</sup> Novais (2021a: 57).

<sup>9</sup> Art. 14.º: «Todos os cidadãos têm o direito de se associar na conformidade das Leis. § 1.º — São permitidas, sem dependência de autorização prévia, as reuniões feitas tranquilamente e sem armas. § 2.º — Quando, porém, se reunirem em lugar descoberto, os cidadãos darão previamente parte à autoridade competente. § 3.º — A força armada não poderá ser empregada para dissolver qualquer reunião, sem preceder intimação da autoridade competente. § 4.º — Uma Lei especial regulará, em quanto ao mais, o exercício deste direito». Cabe señalar que, según Barroso, el contexto de la consagración de estas dos libertades (reunión y asociación) —que también tuvo lugar durante la fase de génesis del sistema de partidos— fue rastro de una nueva convivencia política que se estableció en Portugal con la Revolución de 1820. Los liberales ya estaban divididos y cada corriente política se basaba en una organización de clubes (2005: 367-416).

<sup>10</sup> Art. 3.º-14: «O direito de reunião e associação é livre. Leis especiais determinarão a forma e condições do seu exercício».

<sup>11</sup> Art. 8.º: «Constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses: [...] 14.º A liberdade de reunião e associação».

### Artículo 46

#### (Libertad de asociación)

1. Los ciudadanos tienen derecho, libremente y sin autorización alguna, a constituir asociaciones, siempre que no tengan por objeto promover la violencia y que sus fines no sean contrarios a la legislación penal.
2. Las asociaciones perseguirán libremente sus fines, sin injerencia de los poderes públicos, y no podrán ser disueltas por el Estado ni suspendidas sus actividades, salvo en los casos previstos por la ley y por decisión judicial.
3. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a una asociación ni coaccionado por ningún medio para permanecer en ella.
4. No se permiten las asociaciones armadas o militares, militarizadas o paramilitares, las organizaciones racistas o las organizaciones que propugnen ideología fascista.

Como subrayan Canotilho y Moreira (2007: 643), la dimensión de la libertad de organización colectiva es un rasgo constitutivo del Estado democrático de derecho, en clara oposición a los esquemas estructurales corporativos y a las estructuras organizativas planificadas por el Estado. Por lo tanto, se trata de un derecho fundamental clásico, de carácter negativo, de resistencia frente a las intervenciones del Estado, como derecho de defensa ante el Estado.

Brevemente, en su aspecto positivo, el derecho de asociación permite al individuo asociarse libremente sin ninguna autorización previa; en su aspecto negativo, este derecho protege al individuo contra la asociación obligatoria, como el derecho a no asociarse<sup>12</sup>. La libertad de asociación representa la superación del miedo que el Estado liberal imaginaba al derecho de asociación; por otro lado, la libertad de no asociarse es una garantía contra la dominación del Estado sobre las fuerzas sociales a través de la creación de corporaciones coercitivas que tienen el monopolio de una determinada actividad social.

En cuanto a las limitaciones, de entrada, existen dos tipos de restricciones expresadas en la norma constitucional sobre el derecho de asociación en el art. 46: i) prohibición de la constitución de asociaciones que tengan por objeto promover la violencia o cuyos fines sean contrarios a la ley penal; ii) la falta de consentimiento de asociaciones armadas o militares, militarizadas o paramilitares ajenas al Estado o a las fuerzas armadas, u organizaciones adheridas a la ideología fascista.

<sup>12</sup> En cuanto al derecho de no asociarse, según Beleza y Teixeira de Sousa, este hecho se justifica plenamente por la necesidad de asegurar que desde la facultad concedida a los individuos para la afirmación y expansión de su personalidad, no exista una sustitución que restrinja la libertad individual en la elección de la acción social que se pretende asumir (1976: 128).

En el Dictamen de la Comisión Constitucional N.º 19/78, dedicado, a través del control preventivo de constitucionalidad, específicamente a esta restricción de la libertad de asociación (prohibición de las organizaciones que abrazan la ideología fascista), se señala que «en lo que respecta a las ideologías, la Constitución solo prohíbe las organizaciones fascistas. Cualquier otro tipo de organización no está comprendida en la restricción del artículo 46.4, por lo que cualquier instrumento legal que declare su prohibición sería inconstitucional»<sup>13</sup>.

Por lo tanto, considerando que la CRP ya excluye expresamente, en el art. 46.4<sup>14</sup>, la constitución de una organización en la modalidad de comportamiento fascista del ámbito de protección de la libertad de asociación<sup>15</sup>, entiendo que el acto restrictivo infraconstitucional que se tratará en los siguientes temas se acerca más a una *revelación* del contenido normativo (o del límite preexistente) que a una restricción en el sentido estricto del derecho fundamental aquí tratado. Tampoco es difícil atribuir —con las debidas salvedades de la teoría externa de los límites a los derechos fundamentales<sup>16</sup>— que esta forma de limitación del derecho fundamental directamente establecida por la Constitución no es un

<sup>13</sup> Dictámenes de la Comisión Constitucional, 6.º, tomo 44 y ss. Se aclara que el término «racistas» fue incluido en el art. 25 de la Ley Constitucional N.º 1/97, de 20 de septiembre (al art. 46, apdo. 4, de la Constitución, la expresión «racistas o» entre «organizaciones» y «los que perfilan»), casi veinte años después de la citada opinión, por lo que las organizaciones racistas también están prohibidas.

<sup>14</sup> Es interesante notar que este número 4, recurrentemente, apareció como objeto de enmienda o incluso eliminación durante los procesos de revisión constitucional (arts. 284 a 289 de la CRP), en lo que respecta a la parte relativa a la prohibición de las ideologías fascistas para las organizaciones. En la 1.ª revisión en 1982, por medio de los Proyectos de Ley de Revisión N.º 1/II, de la ASDI, y N.º 2/II, de la AD (véase *Diario de la Asamblea de la República*, en adelante *DAR*, serie II, núm. 56 y 57, de 21 y 27 de abril de 1981, respectivamente). En la 2.ª revisión de 1989, mediante el Proyecto de Ley de Revisión N.º 1/V, del CDS (véase *DAR*, serie, N.º 10, de 17 de octubre de 1987), y a propuesta de un diputado individual (véase la propuesta del Diputado Sottomayor Cardia, en el mismo *DAR*, N.º 10, de 17 de octubre de 1987). En el proceso de revisión más reciente (2022) en la Propuesta PSD que pretende «ajustar la prohibición del derecho de asociación para abarcar a aquellos que “propugnan ideología fascista u otras ideologías totalitarias”» (véase *DAR* del 11 de noviembre de 2022, II serie-A, 114, pp. 78 y 85).

<sup>15</sup> Según el orden de Vieira de Andrade (2021), es un límite expresamente formulado en el texto constitucional (límite de contenido), en el precepto relativo al propio derecho fundamental.

<sup>16</sup> Sobre este tema, véase Novais (2021a: 292).

verdadero límite o restricción, sino la descripción del contenido<sup>17</sup>, previendo su alcance material del ámbito normativo mediante una cláusula límite que ya contiene límites constitucionales directos. Por lo tanto, si hay una negativa *a priori* a proteger la libertad constitucional de asociación, ni siquiera existe el derecho a formar asociaciones fascistas desde el principio.

Cuando la CRP proclama, en el artículo dedicado a la libertad de asociación, que no se permiten las organizaciones que se adhieren a la ideología fascista, no se permite que ningún fascista se organice para perseguir los intereses de los que goza una asociación. Es una restricción constitucional directa<sup>18</sup> de la libertad de asociación. El programa normativo de la libertad de asociación no va a los que quieren organizarse con ideales fascistas.

Como sugiere Novais (2021a: 422), la creación de restricciones a un derecho fundamental es siempre, en cierta medida, una revelación, una clarificación, una concreción o un desarrollo del establecimiento de fronteras. Por lo tanto, considerando que la disposición normativa infraconstitucional tiene la chance de restringir, de manera expansiva, el límite expresado en la Constitución, esta ley también debe pasar por el control de conformidad constitucional.

Por lo tanto, lo que sí se puede incluir en la protección garantizada por la libertad de asociación es el permiso para que las personas creen y se afilien a asociaciones o grupos de su elección, sin interferencias injustificadas del Gobierno u otras entidades. El derecho a la libertad de asociación implica el derecho de los individuos a interactuar y organizarse entre sí para expresar, promover, perseguir y defender colectivamente intereses comunes<sup>19</sup>. Esto incluye el derecho a fundar sindicatos, partidos políticos y ONG. La libertad

<sup>17</sup> Tomando la posición de Alexy (2015: 287). En cuanto a las restricciones directamente constitucionales, cabe preguntarse si se trata de cláusulas restrictivas o de parte del sustento fáctico. Si se parte solo del contenido del texto normativo, esta expresión puede interpretarse tanto como parte del soporte fáctico como formulación de una cláusula restrictiva. Todas las restricciones directamente constitucionales serían meras descripciones del contenido de lo que se protege —exactamente como sugiere la teoría interna— y, por lo tanto, podrían considerarse como «inmanentes». Sin embargo, tal interpretación no es obligatoria por razones conceptuales, ni sus consecuencias son deseables.

<sup>18</sup> Formulación de Canotilho (2003: 450).

<sup>19</sup> La libertad de asociación es un derecho tanto individual como colectivo, garantizado por todos los sistemas jurídicos modernos y democráticos, incluidos los tratados internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 11); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 20); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 10).

de asociación sirve de vehículo para el ejercicio de muchos otros derechos fundamentales, incluido el derecho a la libertad de expresión y a la participación en la dirección de los asuntos públicos. Esto abarca tanto las asociaciones formales —como los sindicatos, los partidos políticos y las organizaciones no gubernamentales— como las reuniones y asambleas informales. Este derecho a la libertad de asociación tiene varios elementos fundamentales: a) el derecho a constituir asociaciones y a afiliarse voluntariamente a ellas; b) las personas tienen derecho a crear asociaciones o a convertirse en miembros de asociaciones sobre la base de sus intereses, creencias u objetivos compartidos; c) el derecho a operar y administrar asociaciones de manera autónoma; d) las asociaciones tienen derecho a funcionar independientemente, establecer sus propias reglas, elegir a sus líderes y perseguir sus objetivos sin interferencias indebidas; e) el derecho a participar en actividades pacíficas como hacer campaña, organizar eventos y expresar opiniones, siempre que no violen los derechos de los demás ni participen en actividades ilegales.

El Tribunal Constitucional, en adelante TC, ya ha tenido la oportunidad de interpretar la norma constitucional relativa a la libertad de asociación —y no solo en los casos relativos a los partidos políticos—. El TC sostuvo que los ciudadanos tienen derecho, sin impedimentos ni imposiciones por parte del Estado, a formar asociaciones, a afiliarse a asociaciones existentes, a no entrar en ninguna asociación sino por su propia voluntad y a abandonar una asociación a la que hayan pertenecido, de conformidad con los arts. 46.1 y 46.3 de la CRP. Las asociaciones tienen derecho a organizarse libremente y a continuar sus actividades (principio de autoorganización y autogestión de las asociaciones). El Estado no puede inmiscuirse en la constitución de asociaciones, siempre y cuando, por supuesto, no tengan por objeto promover la violencia y no propongan fines contrarios a la ley penal, ni sean asociaciones armadas, militares, militarizadas o paramilitares, ni organizaciones racistas o que propugnen ideología fascista. Por último, las asociaciones, salvo en el caso de decidir su propia disolución, solo podrán ser disueltas, o suspendidas sus actividades, mediante decisión judicial (reserva de decisión judicial) y siempre que exista alguna causa de extinción expresamente prevista por la ley (principio de tipicidad)<sup>20</sup>.

Por lo tanto, la libertad de asociación es, en esencia, un derecho político, un derecho de autogobierno. Las asociaciones empoderan a los ciudadanos para que ejerzan influencia política. Son una forma de soberanía popular en un gobierno democrático. Esta interpretación es más sólida desde el punto de

<sup>20</sup> Sentencia TC 328/1992; Sentencia TC 711/1997.

vista de la interpretación constitucional y de la experiencia histórica que sobre la libertad de asociación como derecho de expresión<sup>21</sup>.

### III. LA RESTRICCIÓN. JUSTIFICACIÓN INVOCADA POR EL GOBIERNO

Del propio contenido de la norma constitucional analizada, ya se presume que la justificación de esta restricción a la libertad de asociación se relaciona con el hecho de que, al bien que le corresponde (el derecho, individual y colectivo, de reunirse y expresar, promover, perseguir y/o defender intereses comunes; la participación política), se opone al propio régimen democrático<sup>22</sup>. Sin embargo, veamos cómo surgieron los motivos de los poderes públicos para la emisión del acto normativo restrictivo.

Tal y como señala el TC, «prácticamente desde el inicio de la vigencia de la Constitución, se ha planteado el problema de la posible necesidad de una legislación específica para hacer exigible la norma del artículo 46.4»<sup>23</sup>. Por lo tanto, la ley infraconstitucional que pretende aplicar la norma constitucional que prohíbe las organizaciones que propugnan la ideología fascista es la Ley N.º 64/78. Tratemos únicamente de la afirmación que define la «ideología fascista», descrita en el art. 3 de la citada ley:

#### Artículo 3

A los efectos de las disposiciones del presente decreto, se considerará que son miembros de la ideología fascista las organizaciones que, por sus estatutos, manifiestos y comunicados, por las declaraciones de sus dirigentes o responsables o por sus actuaciones, demuestren que han adoptado, defendido, pretendido difundir o difundido eficaz-

<sup>21</sup> Más detalles sobre esta premisa de la protección de la asociación en virtud de la Constitución, véase Mazzone (2002: 647).

<sup>22</sup> De hecho, la protección de la democracia es la principal limitación de la libertad de asociación. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias sobre este derecho fundamental, estipulado en el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sostiene que toda injerencia en la libertad de asociación debe cumplir los siguientes límites: (i) debe estar prevista por la ley; (ii) debe servir a un propósito legítimo; y (iii) debe ser necesaria en una sociedad democrática. Por lo tanto, corresponde al Estado demostrar que la restricción a la libertad de asociación responde a necesidades sociales apremiantes y cumple con el test de proporcionalidad. Más información sobre el trabajo del TEDH y los límites de la libertad de asociación, véase Golubovic (2013: 758-771).

<sup>23</sup> Sentencia del TC 17/1994.

mente los valores, principios, exponentes, instituciones y métodos característicos de los regímenes fascistas registrados en la historia. A saber, el belicismo, la violencia como forma de lucha política, el colonialismo, el racismo, el corporativismo o la exaltación de las personalidades más representativas de esos regímenes.

2 - En particular, se considera que la ideología fascista es apoyada por organizaciones que combaten el orden constitucional, las instituciones democráticas y los símbolos de soberanía por medios antidemocráticos, es decir, por medio de la violencia, así como por aquellas que defienden o difunden ideas o adoptan formas de lucha contrarias a la unidad nacional.

Bueno, en cuanto a la justificación<sup>24</sup> para la emisión de este acto legislativo, hagamos una breve descripción de los motivos fácticos que lo respaldan.

El Consejo de la Revolución decidió en marzo de 1977 solicitar a la Comisión Constitucional «un dictamen sobre la posible inconstitucionalidad por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer exigible el art. 46.4 de la Constitución», dando lugar al Dictamen N.º 11/77<sup>25</sup>. En las presentes conclusiones, se parte de la premisa de que la norma del art. 46.4 de la CRP, que prohíbe las organizaciones fascistas, no es exigible, en la medida en que su viabilidad depende de medidas legislativas que caractericen con la debida precisión lo que se entiende por «ideología fascista». Del mismo modo, los órganos competentes no disponen de medios suficientes para hacer efectiva la prohibición de determinadas asociaciones. El dictamen continúa determinando si existen preceptos adecuados en el sistema legislativo portugués, incluso en la ley vigente antes de la Constitución, para conferir fuerza ejecutiva a la norma en cuestión<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Para una visión general del tema, véase Coutinho (2010).

<sup>25</sup> En este dictamen de 14 de abril de 1977, la Comisión Constitucional respondió a la solicitud del Consejo de la Revolución de conocer si se está violando este precepto constitucional del art. 46.4 por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacerlo exigible; es necesario determinar: 1) si su cumplimiento presupone la emisión de medidas legislativas apropiadas por parte del órgano competente; 2) si el órgano competente para dictar tales medidas ha violado la obligación de dictarlas, en términos de frustrar el cumplimiento del mismo precepto constitucional (véase Opinión N.º 8/77 de esta Comisión). Con respecto a las ideologías fascistas, la Comisión aclaró que «el concepto de “ideología fascista” debe ser aclarado con este fin, de lo contrario puede existir el riesgo de que la libertad de asociación se restrinja más allá de lo que pretende la Constitución y en desobediencia a los principios fundamentales consagrados en ella». Siguiendo con el control de constitucionalidad por omisión, debido a la falta de medidas legislativas para la exigibilidad de las garantías constitucionales, véanse Sentencia del TC 182/1989 y Sentencia del TC 474/2002.

<sup>26</sup> El dictamen examina una serie de actos legislativos, como el Decreto-Ley N.º 594/74 (reglamentación de la libertad de asociación), el Código Civil, el Decreto-Ley N.º

Al concluir que no existe tal regulación, la Comisión Constitucional argumenta si existe una omisión legislativa relevante, entendiendo que el legislador ordinario no podía postergar hasta el término de la primera sesión legislativa —según lo previsto en el entonces inciso 3 del art. 293 de la 1.<sup>a</sup> versión de la CRP (Decreto 10/04 de 1976) sobre la adecuación de las normas anteriores relativas al ejercicio de derechos, libertades y garantías consagradas en la Constitución— la expedición de las medidas legislativas necesarias para hacer exigible el precepto mencionado, agregando que solo era necesario establecer, en términos generales, el significado y alcance del concepto (de organizaciones fascistas) a fin de permitir la eventual verificación del incumplimiento de la Constitución.

A partir de entonces, siguiendo el razonamiento del dictamen de la Comisión Constitucional, se presta atención a la definición, en términos generales, del significado y alcance del concepto de «ideología fascista», señalándose, en síntesis, las siguientes particularidades: a) Una concepción autoritaria del Estado y el culto a la jerarquía y a la autoridad como valores en sí mismos, combinada con el sometimiento de los derechos y libertades del ciudadano a los «intereses superiores» del Estado. b) El abuso de la fuerza y el uso de la violencia como métodos institucionalizados de acción política. c) Un nacionalismo exagerado, que se traduce en la glorificación del pasado y en la denuncia de la «traición a los dirigentes» que, junto con la «ineficacia de las instituciones democráticas», se alega que ha conducido a la humillación y a la ofensa al orgullo nacional. d) La apología del corporativismo, basada en la negación de la incompatibilidad de intereses de las diferentes clases sociales<sup>27</sup>.

---

85-C/75 (ley de prensa entonces en vigor) y el Decreto-Ley N.<sup>o</sup> 406/74 (reglamentación del derecho de reunión).

<sup>27</sup> Antes de estas indicaciones concluyentes, el Dictamen también hizo una exposición general de razones para la ideología fascista, una idea que se presenta de diferentes formas, de un país a otro y según las situaciones históricas; así como que, dadas las condiciones económicas, políticas y sociales favorables para el desarrollo de la ideología fascista y su necesidad de penetrar en grupos sociales muy diferentes, esta ideología presenta numerosas contradicciones internas. Sin embargo, se dice que la ideología fascista estuvo vinculada a un movimiento antiliberal, antidemocrático y anticomunista con concepciones autoritarias y un nacionalismo exacerbado. Por lo tanto, el legislador constituyente, al establecer el mandato del art. 46.4, habrá buscado referirse no tanto a un concepto riguroso de «ideología fascista» como a la ideología que se identificó con ese régimen anterior o que pudo llegar a apoyar un nuevo régimen, simultáneamente capitalista y antidemocrático, resultante del derrocamiento de la Constitución. Esto significa que, para la interpretación del art. 46, apdo. 4, es esencial tener debidamente en cuenta el contexto histórico en el que surgió y que tuvo un paralelo. Más que la enunciación en abstracto de características de las organizaciones que siguen la ideología fascista, será

En vista de este dictamen, en abril de 1977 el Consejo de la Revolución recomendó la enunciación de las medidas legislativas necesarias para viabilizar a la Asamblea de la República el art. 46.4 de la CRP<sup>28</sup>, que, tras los debates de la Comisión Proyectos de Ley 75/I/1 (organizaciones fascistas, presentados por el PCP-Partido Comunista Portugués)<sup>29</sup>, 76/I/2 (defensa de la democracia, presentada por el CDS-Partido do Centro Democrático Social)<sup>30</sup> y 77/I/2 (Organizaciones que siguen la ideología fascista, presentado por el PSD-Partido Social Democrata)<sup>31</sup>, aprobó el Decreto N.º 176/I (*DAR*, serie II, N.º 98, de 8 de agosto de 1987), posteriormente convertido en Ley N.º 64/78.

Como se desprende de esta descripción histórico-documental de las razones del poder público para esta restricción específica a la libertad de asociación, la prohibición de las organizaciones con ideología fascista se traduce en una limitación de la libertad de organización política, dirigida contra el retorno de las organizaciones que defienden el régimen autoritario que duró de 1933 a 1974. Por lo tanto, en cualquier juicio sobre el caso, la definición de organizaciones fascistas tendrá que referirse, en particular, al orden político concreto extinguido el 25 de abril de 1974, con sus propios símbolos, exponentes, organización e ideología, así como a las ideologías en las que se inspiró, a saber, el fascismo italiano<sup>32</sup>. Una cuestión necesaria para separar de esta norma es que esta definición legal no abarca la conducta de quienes actúan por iniciativa individual, fuera del marco de los programas de las estructuras organizativas. Para esta regulación del comportamiento, los ciudadanos pueden, individualmente, perfilar la ideología fascista y expresarla libremente, siempre y cuando esté fuera de un formato organizado. Los llamados delitos de opinión son constitucionalmente ilegítimos. El art. 37 de la CRP otorga a toda persona el derecho a expresar y difundir libremente sus pensamientos, sin obstáculos ni discriminación<sup>33</sup>.

---

interesante señalar índices que permitan detectar la presencia de esa ideología en las organizaciones.

<sup>28</sup> Resolução n.º 105/77, de 16 de maio | DR sem data.

<sup>29</sup> Véase Suplemento *DAR* al N.º 138 de 30.07.1977, p. 5058-(2)-5058-(3). De acuerdo con el resumen de este proyecto de ley, el objetivo es la realización del imperativo constitucional de prohibir las organizaciones fascistas.

<sup>30</sup> Véase serie *DAR* II, Suplemento al N.º 2, 29.10.1977, pp. 12-13. Este proyecto fue rechazado en una votación general.

<sup>31</sup> Véase serie *DAR* II, Suplemento al N.º 2, 29.10.1977, pp. 13-14. El resumen de este proyecto dice que es necesario crear formas de represión de las organizaciones fascistas, capaces de dejar indefensos a todos los enemigos de la democracia.

<sup>32</sup> Véase Gomes Canotilho y Moreira (2007: 648). En relación con el caso español del desarrollo de la defensa de la democracia, véase De Miguel Bárcena (2022: 17-43).

<sup>33</sup> Véase Opinión n.º 17/78 del Comité Constitucional. Así es también como el TC se basó en esta especificidad: «Lo que está prohibido no es la adhesión individual de

Siguiendo con la preocupación de dar fuerza ejecutiva al mandato constitucional, la competencia para ilegalizar una asociación calificada de fascista fue definida por el Tribunal Constitucional, de conformidad con el texto del art. 10 de la Ley del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica N.º 28/82)<sup>34</sup>.

En conclusión, hay que decir que el objetivo perseguido por el legislador a través de la emisión de dicha norma jurídica se basaba en el intento de preservar el sistema democrático que acababa de ser restablecido, tras la experiencia de un régimen autoritario. La larga lista de situaciones materiales, incluso utilizando la palabra «a saber», revela una preocupación por parte del legislador de cubrir cualquier signo que pudiera caracterizar al régimen anterior en un determinado movimiento organizado.

#### IV. SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN

##### 1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antes de abordar directamente la cuestión de la restricción de la libertad de asociación en relación con la prohibición de las organizaciones fascistas, es importante señalar que el TC ha sido desafiado a juzgar esta cuestión en una sola situación<sup>35</sup>.

---

nadie a la ideología fascista, ni ninguna forma de manifestación pública, defensa o propaganda de esta ideología: es solo la existencia de “organizaciones” que propongan tal objeto o fin», véase Sentencia 17/1994, 16. Semejantemente, Novais (2021b: 226) argumenta que, si hay un efecto desventajoso en la libertad de conciencia o expresión del fascista, el poder judicial tiene pleno margen para intervenir. Por otro lado, si un grupo fascista reclama la asistencia del Estado para propagar sus ideas entre la población y esta ayuda es denegada en nombre de los valores constitucionales vigentes, el Poder Judicial no debe disputar con las autoridades públicas involucradas la mejor manera de hacer efectivos los derechos fundamentales en estas circunstancias, es decir, el margen de intervención debe observar la reserva de lo políticamente apropiado u oportuno, que condiciona el respectivo deber del Estado.

<sup>34</sup> Art. 10: «Corresponde al Tribunal Constitucional declarar, en los términos y a los efectos de la Ley N.º 64/78, de 6 de octubre, que cualquier organización apoya la ideología fascista y decretar su respectiva extinción». De conformidad con el art. 104.2 de la Ley N.º 28/82, el TC sucedió al Tribunal Supremo de Justicia en la competencia para declarar y extinguir una organización que hiciera apología de ideología fascista, ejerciendo la sentencia correspondiente en el Pleno.

<sup>35</sup> Se aclara que, en otro caso, el TC ya decretó la extinción y ordenó la cancelación de la inscripción del partido político Fuerza de Unidad Popular-FUP en el registro de

La Sentencia N.º 17/94 se refiere a un caso que involucra al Movimiento Acción Nacional (MAN), organización que presuntamente propagaba la ideología fascista. La Fiscalía General de la Nación solicitó la extinción de esta organización con base en las declaraciones normativas aquí expuestas<sup>36</sup>. El TC no estaba seguro de calificar a la MAN como una organización de ideología fascista, debido a la dificultad de definir con precisión el concepto de ideología fascista, a pesar de todas las características establecidas en el derecho común.

Para el TC, aunque el MAN exhibía características similares a las atribuciones descritas en la legislación, como el culto a la pureza racial, la incitación a los sentimientos xenófobos y al odio racial, así como el uso del lema «Portugal a los portugueses», defendiendo la repatriación de los de origen no europeo, no se llegó a una conclusión definitiva, ya que la organización había sido disuelta voluntariamente antes del juicio. La solicitud de declaración de extinción fue rechazada, argumentando que los efectos jurídicos y penales de la declaración no serían suficientes sin la continuación de la existencia de la organización. Sin embargo, el TC destacó la importancia de la Ley N.º 64/78 como medida preventiva y educativa contra la xenofobia, el racismo y la violencia asociados a los grupos de extrema derecha, por lo que la Ley N.º 64/78 no había perdido su relevancia, en vista del «renovado brote de xenofobia y racismo, asociado a la violencia, transmitido por grupos generalmente catalogados como de extrema derecha, del que hemos sido testigos en el espacio europeo, y a cuya propagación o reflejo Portugal no puede considerarse inmune».

Una observación sobre esta sentencia del TC.

El TC no abordó la cuestión en forma de limitaciones a un derecho fundamental<sup>37</sup>. La pregunta que el TC buscó responder se limitó a enmarcar

---

partidos políticos, a propuesta del Ministerio Público. Sin embargo, no se basó en acusaciones de actitudes fascistas, sino en el verdadero propósito de que el partido fuera ilícito y contrario al orden público (Sentencia N.º 231/04).

<sup>36</sup> Art. 46, apdo. 4, de la CRP y arts. 1 a 8 de la Ley N.º 64/78.

<sup>37</sup> La única referencia a esta cuestión hecha por el TC fue en la descripción del procedimiento histórico adoptado por la Comisión Constitucional en el contexto del control preventivo del decreto parlamentario que se convirtió en la Ley N.º 64/78 en lo que respecta a la definición de la organización de la norma, ya que «la Comisión Constitucional no dejó de advertir de algún riesgo que el uso de una noción tan amplia de “organización” pueda conllevar». Cuando se trata de la restricción de derechos, libertades y garantías, el riesgo, por supuesto, de que situaciones que están más allá (o por debajo) de la prohibición constitucionalmente establecida y que, de hecho, siguen estando cubiertas por la garantía de la libertad de expresión o manifestación puedan estar y estarán cubiertas por la fórmula legal.

o no a la mencionada organización<sup>38</sup> como defensora de la ideología fascista, sin discutir el hecho de que la regla de exigibilidad del mando constitucional ni siquiera es clara en cuanto al encuadre de una organización inconstitucional. En esta sentencia no se aclaró el contenido de la cláusula que prohibía el fascismo y, por lo tanto, se concretó el contenido indeterminable<sup>39</sup>, como hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán en casos similares. En más de una ocasión, ese tribunal ha dictaminado que se han prohibido los partidos políticos antidemocráticos, estableciendo parámetros concretos de lo que es un partido que, por sus objetivos y las actitudes de sus adherentes, intenta socavar o eliminar el «orden básico libre y democrático»<sup>40</sup> según el art. 21 de la ley fundamental.

<sup>38</sup> El TC también se dedicó al análisis de si el Movimiento solicitado se encuadraba dentro de la calidad jurídica de «organización» para, en consecuencia, avanzar en el análisis de su ideología para ser declarado extinto. En este primer problema, el TC entendió que el legislador delimitó el concepto de «organización» en los términos amplios que provienen de indicar que las organizaciones, y no simplemente «asociaciones», ciertamente pretendían abarcar no solo a entidades de este segundo tipo, sino también a otras; y luego la Comisión Constitucional también se basó en esto. Sobre este último punto: la Comisión Constitucional (y, con ella, el Consejo de la Revolución) entendió que, si en la anterior legislación «común» ya existían preceptos e instrumentos procesales de protección que permitieran prohibir la parte final del art. 46, párrafo 4, en relación con las asociaciones (aunque no sean personalizadas) e incluso, tal vez, con las fundaciones, esto ya no sucedería «respecto de otras formas de organización admisibles».

<sup>39</sup> También porque, en el procedimiento de revisión de restricciones en el seno del Poder Judicial, lo que se exige a la jurisdicción constitucional es que la decisión se adopte, no sobre la base de las opiniones políticas, religiosas, morales o filosóficas particulares de cada uno de los jueces, sino de acuerdo con criterios jurídicos, recurriendo a los instrumentos y principios del Poder Judicial. *Normas de la función*. Debe haber una diferencia cualitativa entre la deliberación de las asambleas parlamentarias y la deliberación de las jurisdicciones constitucionales (Novais, 2021: 223). Sobre cuestiones relacionadas con la densificación normativa, véase Sentencia 71/1990.

<sup>40</sup> Véase BVerfG, 23.10.1952 - 1 BvB 1/51 (23 de octubre de 1952); BVerfG, 17.01.2017 - 2 BvB 1/13 (2017). En resumen, en la primera sentencia, en la que prohibió el partido SRP, el Tribunal Constitucional Federal dictaminó que un «orden fundamental libre y democrático» en el sentido del art. 22 (II) de la ley fundamental es un orden que, con exclusión de todo medio violento y arbitrario, representa un estado de derecho basado en la libre determinación del pueblo de conformidad con la voluntad de la mayoría respectiva y la libertad e igualdad. Deben tenerse en cuenta, como mínimo, los principios básicos de este orden: el respeto de los derechos humanos especificados en la ley fundamental, en particular el derecho de la personalidad a la

## 2. PROPORCIONALIDAD

Hablar de proporcionalidad, uno de los instrumentos más importantes para la revisión de los actos normativos<sup>41</sup>, nos lleva a estudiar procedimientos específicos (test)<sup>42</sup> de verificaciones que analizan: a) si las medidas elegidas para alcanzar ese objetivo están racionalmente conectadas con él (test de idoneidad o aptitud); b) si el objetivo público perseguido por la medida limitativa de derechos es legítimo para el Estado (el criterio de la indispensabilidad o del medio menos restrictivo); y c) las ventajas y desventajas, los costos y los beneficios, es decir, la valoración de las dos magnitudes o términos de la relación en cuestión, valorando la gravedad de la restricción en relación

---

vida y al libre desarrollo, la soberanía popular, la separación de poderes, la responsabilidad del gobierno, la legalidad de la administración, la independencia de los tribunales, el principio del multipartidismo y la igualdad de oportunidades para todos los partidos políticos, con el derecho constitucional a fundar y ejercer el derecho político a fundar un partido. Ya en la segunda sentencia, en 2017, el Tribunal decidió no prohibir el partido NPD, sin embargo, definió el término «orden fundamental libre y democrático» con mayor precisión. Desde el punto de vista de la Corte, los principios clave son: a) la dignidad humana; la garantía de la dignidad humana comprende, en particular, la salvaguardia de la individualidad, la identidad y la integridad personal y la igualdad básica ante la ley; b) el principio de la democracia, con igual participación de todos los ciudadanos en el proceso de formación de la voluntad política, así como la rendición de cuentas ante el pueblo por el ejercicio de la autoridad del Estado; c) el principio de legalidad, principio que se basa en el principio del Estado de derecho y en la supervisión de tribunales independientes a este respecto.

- <sup>41</sup> Para una visión teórica sobre el principio de proporcionalidad, con un debate centrado en la crítica a la estructura, la metodología de ponderación y la relación entre proporcionalidad y derechos fundamentales, véanse Duarte y Sampaio (2018) y Canas (2017). Véase también, para un aspecto general, Sampaio (2023), donde el concepto de ponderación se presenta, con el debido permiso para la síntesis, como una «operación metodológica para la resolución de conflictos normativos», lo cual es necesario en escenarios de conflictos normativos irresolubles por las normas de conflicto existentes en el ordenamiento jurídico de que se trate y por el hecho de que los ordenamientos jurídicos no admiten situaciones de *non liquet* [...] (tomo II, pp. 108-109). En la literatura extranjera, véanse Alexy (2015), Barak (2012), Grimm (2007), Zorrilla (2007), Menéndez y Eriksen (2006), Moller (2012).
- <sup>42</sup> Por lo general, el test de proporcionalidad se promueve con entusiasmo en varias jurisdicciones. Sin embargo, no está exento de críticas. Para los argumentos en contra del test de proporcionalidad y una propuesta para una comprensión alternativa de los derechos fundamentales y sus límites, véase Urbina Molfino (2017).

con la importancia y el carácter imperativo de las razones que la justifican<sup>43</sup> (test de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>44</sup>. De hecho, según Barak, cualquier limitación es inconstitucional a menos que sea proporcionada. Solo cuando la disposición legal que limita el derecho constitucional es proporcionada podemos decir que la limitación es válida. Solo entonces podrá convivir pacíficamente el derecho constitucional con su limitación<sup>45</sup>. En resumen, la proporcionalidad es un criterio para determinar si una injerencia en un derecho *prima facie* está justificada<sup>46</sup>.

Según Canotilho (2003: 267), el principio de proporcionalidad en sentido amplio, también conocido como principio de prohibición de excesos, fue establecido con la dignidad de principio constitucional (arts. 18.2, 19.4, 265 y 266.2 de la CRP); algunos autores examinan su fundamento de conformidad con el principio del Estado de derecho, mientras que otros señalan que está vinculado a los derechos fundamentales. Esta cuestión —la restricción de derechos, libertades y garantías por actos de los poderes públicos— es el ámbito de aplicación más importante del principio de proporcionalidad (Canotilho, 2003: 272). En el contexto de la jurisprudencia, se puede leer en la Sentencia N.º 155/2007 del TC: «Si bien la Constitución no prohíbe en modo alguno la posibilidad de restricción legal de derechos, libertades y garantías, sin embargo, la somete a múltiples y estrictos supuestos de validez (formales y materiales)<sup>47</sup>».

<sup>43</sup> Novais (2021a: 755).

<sup>44</sup> Stacey (2019: 435-475). Novais aclara que las restricciones no pueden violar los principios de necesidad o indispensabilidad, generalidad y abstracción, y deben observar las garantías de irretroactividad, no disminución de la extensión y alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales, y la reserva de la ley parlamentaria. Es importante constatar cómo en cada uno de estos principios se pueden reunir elementos de objetividad capaces de reducir el subjetivismo, la casuística, el intuicionismo implícito en el uso de la ponderación de los bienes como metodología que configura esencialmente la especificidad de la implementación y control de este tipo de restricción. Novais (2021a: 727).

<sup>45</sup> Barak (2012: 102).

<sup>46</sup> Moller (2012: 711).

<sup>47</sup> A este respecto, el TC definió que cualquiera de estas restricciones es constitucionalmente legítima solo «si (i) está autorizada por la Constitución (artículo 18.2, 1.<sup>a</sup> parte), (ii) está suficientemente respaldada por una ley de la Asamblea de la República o por un decreto-ley autorizado (artículos 18.2, 1.<sup>a</sup> parte, y 165.1.b), (iii) tiene por objeto salvaguardar otro derecho o interés constitucionalmente protegido (artículo 18, apartado 2, *in fine*); iv) sea necesaria para dicha salvaguardia, adecuada a tal fin y proporcionada a dicho objetivo (artículo 18, apartado 2, parte 2); (v) sea de carácter

Por lo tanto, habiendo establecido que las descripciones del art. 3 de la Ley N.º 64/78 están sujetas al régimen de prohibición de los tipos de organizaciones definidos en el art. 46.4 de la Constitución, es necesario verificar si las características genéricas descritas tienen lugar en un método de control de identificación de la adopción de la ideología fascista, situando la norma analizada en el ámbito material de la excepción prevista en el tramo final de dicho párrafo 4, que salva-guarda el derecho de los ciudadanos a constituir asociaciones libremente y sin depender de ninguna autorización. En una primera aproximación a la determinación del ámbito de aplicación de la excepción contenida al final del art. 46.4, hay un hecho que parece ser consensuado.

Por lo que respecta al procedimiento de prohibición de asociaciones y partidos previsto en el art. 46.4 de la CRP, con el objetivo de excluir de la esfera pública a las organizaciones con ideología fascista, la aplicación del principio de proporcionalidad es una cuestión de importancia en relación con las consecuencias jurídicas. Las asociaciones y los partidos políticos deberían, como se mencionó en los temas iniciales, ser asignados a la esfera social y no al Estado organizado, lo que significa que el principio de proporcionalidad ya debería estar aplicado. El principio de proporcionalidad debe ser respetado por el hecho mismo de que el Estado somete a las personas a su potestad sancionadora, enfrentándolas así en una relación de subordinación, incluso para la aplicación del derecho penal<sup>48</sup> e interviniendo en su esfera jurídica fundamentalmente garantizada.

Este debate también está motivado, en particular, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo sucesivo TEDH, según la cual la disposición legal que prohíbe una asociación, en particular en forma de partido político, debe ser siempre *necesaria* en una sociedad democrática debido a los efectos que tiene sobre la democracia<sup>49</sup>, para ser coherente con la

---

general y abstracto, no tenga efecto retroactivo y no disminuya la extensión y alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales (artículo 18.3 de la Constitución). Véanse sentencias n.º 155/2007, 333/2018, 240/2023.

<sup>48</sup> Además de la declaración de extinción de la asociación, la Ley N.º 64/78 prevé en su art. 5 el encarcelamiento de los miembros de la organización fascista declarada. De acuerdo con el TC, «si la decisión judicial que califica a una organización como adherente a la ideología fascista es una “condición punible” de los fundadores, directivos, miembros o simples participantes en la actividad de esa organización (en los términos brevemente indicados anteriormente), también debe, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N.º 64/78, dar lugar automáticamente a la incoación del procedimiento penal correspondiente; véase Sentencia 17/1994.

<sup>49</sup> *Refah Partisi y otros c. Turquía*, N.º 60936/12, TEDH [GC], 13 de febrero de 2003, par. 96. Para más información sobre esta sentencia, véase Roca (2002: 295-334), que

disposición del art. 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>50</sup>. El Tribunal Constitucional Federal alemán, por ejemplo, ha seguido la jurisprudencia del TEDH al forjar *el potencial de la característica* de un partido político que amenaza el orden libre y democrático, de modo que debe existir al menos un peligro suficiente para los intereses protegidos por el art. 21.2, de la ley fundamental<sup>51</sup> para que sea posible, desde el punto de vista de la *proporcionalidad*, la inconstitucionalidad y prohibición del partido<sup>52</sup>.

El punto de referencia de la jurisprudencia del TEDH y también de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el tema fue la importancia del procedimiento para prohibir el partido en un sistema democrático. En sus sentencias, el TEDH hizo hincapié en que la protección de las partes estaba estrechamente relacionada con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 del CEDH. Tanto la libertad de asociación como la libertad de expresión son componentes importantes de un sistema democrático de gobierno<sup>53</sup>. Ambos son, por lo tanto, componentes importantes de una democracia pluralista, lo que significa que una

---

arrojó luz sobre un delicado dilema constitucional en torno a la cuestión de la prohibición de un partido político: la compatibilidad entre la *sharía* (ley islámica) y la *yihad* (guerra santa), que asumió Refah Partisi en sus acciones, y la Convención Europea. Sobre el caso español de la defensa constitucional de la democracia, véanse, entre otros, Foruria (2013: 303-349), Bárez (2016: 765-788), Holgado (2010: 187-210). Y sobre aspectos generales de las decisiones del TEDH sobre partidos, véase Pérez-Moneo (2014).

<sup>50</sup> CEDH, art. 11 Libertad de reunión y asociación: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar asociaciones y a afiliarse a otras para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de este derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones que, estando previstas por la ley, constituyan disposiciones necesarias en una sociedad democrática para fines de la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no prohibirá la imposición de restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos a los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado».

<sup>51</sup> Art. 21.2: «Las Partes serán inconstitucionales si intentan socavar o eliminar el orden fundamental libre y democrático o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania por sus objetivos o por las actitudes de sus adherentes».

<sup>52</sup> A este respecto, véase Molier y Rijpkema (2018).

<sup>53</sup> Como subraya Böckenförde *et al.* (2017: 280) al explicar la teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales: «Los derechos fundamentales no se conceden al ciudadano para que pueda hacer con ellos lo que le plazca; se le conceden en su calidad de miembro de la comunidad y, por tanto, también en aras del interés público».

restricción de estos derechos fundamentales debe ser *necesaria* en una sociedad democrática, pero proporcionada con el respeto del procedimiento de ponderación<sup>54</sup>.

Por ello, cabe preguntarse, ante el objetivo perseguido por la prohibición de asociaciones y, en consecuencia, de partidos políticos que adopten ideología fascista en el ámbito social y político, si el control de la constitucionalidad de esta restricción debe someter la determinación del cumplimiento de los elementos del delito a un control de proporcionalidad.

Según Barak, el propósito específico de una ley que limita un derecho constitucional se deriva de los valores democráticos del Estado. Estos valores se pueden encontrar (explícita o implícitamente) en la Constitución. Pero ¿cuáles son esos valores democráticos cuya realización constituye un fin propio, aunque impongan limitaciones al derecho constitucional?

La mayoría de las constituciones y tratados de derechos humanos contienen, junto con los propios derechos, cláusulas específicas de limitación. Estas cláusulas limitativas son únicas en el sentido de que concretan aquellas categorías particulares en las que, para su cumplimiento, pueden limitarse los derechos constitucionales. El CEDH es un buen ejemplo, como en el caso de las libertades enumeradas en los arts. 8 a 11. El CEDH no contiene ninguna cláusula de limitación general, sin embargo, algunos de los derechos especificados en el documento van acompañados de cláusulas de limitación específicas. Estas cláusulas específicas de limitación enumeran los fines que pueden justificar la limitación de derechos específicos reconocidos por la Convención. Así, por ejemplo, el art. 8.1 reconoce el derecho de toda persona al «respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». En el párrafo 2 del art. 8 se especifican los casos en que pueden limitarse esos derechos, cuando la limitación sea necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención del orden público o del delito, para la protección de la salud o la moral, o para la protección de los derechos y libertades de los demás. Finalidades similares aparecen junto a los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9); el derecho a la libertad de expresión (art.

<sup>54</sup> También porque, más importante que discutir si los tribunales pueden llevar a cabo ponderaciones —ya que son inevitables— es considerar cómo deben llevarse a cabo estas ponderaciones en un marco de la necesaria garantía de previsibilidad, estabilidad e igualdad, especificando los criterios que deben guiar a los jueces en la selección y evaluación de los factores relevantes y estructurando, aunque sea implícitamente, los diversos test. Los diferentes tipos de asuntos son aplicables como forma de limitar, enmarcar y reducir la discrecionalidad judicial en los procedimientos de ponderación y aplicación de las normas generales (Novais, 2021a: 695).

10); y el derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación (art. 11)<sup>55</sup>.

En conclusión, los derechos fundamentales en el contexto de la libertad de asociación también pueden restringirse de manera proporcionada<sup>56</sup>. La restricción de la libertad de asociación está regulada en el art. 46 de la CRP. Es una expresión que se acerca a la teoría de la democracia defensiva<sup>57</sup>, que se basa en la autodefensa y el principio democrático. El art. 46.4 de la CRP no contiene un derecho fundamental, sino una restricción de un derecho fundamental, por lo que el test de proporcionalidad (en sus aspectos de *idoneidad*, *indispensabilidad* y *proporcionalidad*) que debe realizar la norma que lo implementa no es una de las tareas más difíciles, razón por la cual no será examinado en detalle en este artículo, lo que no quiere decir que no sea relevante, pero optamos por discutir otro *límite a los límites* en el siguiente subtítulo. La restricción y su alcance son pronunciados por el TC. Esto no es una *pérdida de derechos*<sup>58</sup>. Por lo tanto, la norma del art. 3 de la Ley N.º 64/78 supera el test de proporcionalidad, ya que es idónea, necesaria y proporcional al fin perseguido (protección del Estado democrático de derecho).

Sin embargo, como se verá más adelante, en la práctica, es una tarea muy difícil declarar que una organización sigue la ideología fascista, a pesar de la extensa lista de características prohibidas en el acto infraconstitucional analizado. Esta circunstancia, y el complejo procedimiento previsto en la Ley N.º 64/78, pueden ser las razones por las que el art. 46.4 de la CRP ha permanecido irrelevante en el ámbito de la jurisdicción constitucional.

### 3. LA DETERMINABILIDAD NORMATIVA COMO PROHIBICIÓN DEL EXCESO

Además de los aspectos formales de la limitación de un derecho fundamental (reserva de ley, irretroactividad, generalidad), así como el test de

<sup>55</sup> Barak (2012: 261).

<sup>56</sup> Como argumenta el TC, «frente a la regla constitucional de la libertad de asociación y la auto conformidad partidaria, el legislador ordinario, que debe moverse dentro de *límites* que respetan la proporcionalidad de las soluciones propuestas cuando condicionan dicha norma, en el caso de autos sobrepasó ese límite porque establecía una restricción irrazonable y, por tanto, intolerable del derecho de que se trata». Véase Sentencia 304/2003.

<sup>57</sup> Véase Loewenstein (1937), Rijpkema e Asbury (2018).

<sup>58</sup> Sobre este tema, véase Canotilho (2003: 462): «La pérdida de derechos es inadmisible en el ordenamiento constitucional portugués, ya que no está consagrada en ningún precepto y el hecho de prohibir las organizaciones racistas o que siguen la ideología fascista no es un indicio relevante para el funcionamiento de los derechos fundamentales».

proporcionalidad antes mencionado, existen otros límites *a los límites* de los derechos fundamentales. Me propongo abordar aquí si el art. 3 de la Ley N.º 64/78 respeta el principio de prohibición del exceso —en forma de densidad normativa (determinabilidad)— con el fin de salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos.

A diferencia de las restricciones a derechos fundamentales no autorizadas expresamente por la Constitución, que no prevén referencias constitucionales explícitas sobre cómo resolver las colisiones<sup>59</sup>, nuestro trabajo aquí parece facilitado<sup>60</sup> por el hecho de que se trata de un límite al derecho fundamental (la libertad de asociación) expresado en la propia declaración constitucional.

El problema involucra, sin embargo, dos aspectos: por un lado, se cuestiona si la norma en cuestión cumple con la tarea de implementar el mandato constitucional de esclarecer qué se entiende por ideología fascista a los efectos de vigilar y controlar las actividades asociativas inconstitucionales; por otro lado, se pretende analizar si tal definición cumple con los criterios constitucionales de restricción de derechos fundamentales, a saber, el *principio de determinabilidad* en la dimensión de la prohibición de excesos como corolario del Estado democrático de derecho (art. 2 de la CRP) y asociado al principio de reserva de ley (también en confluencia con el principio de seguridad jurídica o de protección de la confianza). La elección de este criterio se debió a la dificultad encontrada para determinar el alcance preciso de la expresión «en línea con la ideología fascista», tal como lo afirma el propio TC<sup>61</sup>.

La determinabilidad normativa, en el contexto de las restricciones a los derechos fundamentales, según Novais (2021a: 769), junto con la idoneidad, indispensabilidad, proporcionalidad y razonabilidad tanto de las restricciones como de las intervenciones restrictivas que el Estado lleva a cabo sobre los derechos fundamentales, es un requisito previo para la existencia de una relación equilibrada entre el Estado y el ciudadano<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Novais (2022: 639).

<sup>60</sup> Otros casos de restricción del derecho de asociación tienen exámenes de proporcionalidad más complejos, por ejemplo, véase O'Sullivan (2019: 263-280).

<sup>61</sup> Esta dificultad también fue advertida por la Procuraduría General de la Nación, en el marco del Dictamen N.º 103/1976 de 21.07.1976, cuando el Consejo de la Revolución solicitó un dictamen sobre las disposiciones del art. 46.4 de la CRP.

<sup>62</sup> Además de esta alegación inicial, señala que la indeterminación de la ley restrictiva se refleja en términos de sindicación judicial y en la incertidumbre en cuanto a la intensidad de su control, ya que, a falta de condiciones jurídicas bien definidas para la actuación administrativa, la previsibilidad en cuanto a la intensidad del respectivo control judicial se diluye proporcionalmente a la consiguiente plasticidad de los parámetros de control en los que puede basarse el juez.

Ya hemos considerado que la norma definitoria de la ideología fascista posee numerosos atributos de esta idea política<sup>63</sup>. Los dos párrafos del art. 3 de la Ley N.º 64/78 arrojan una cantidad amplificada de peculiaridades para definir la ideología fascista. Uno de ellos llama la atención sobre la altísima subjetividad, es decir, la mención de métodos característicos de los régimes fascistas *que registra la historia*. ¿Cuál sería el registro histórico para evaluar el encuadre de una organización fascista<sup>64</sup>? Considero problemático prescribir en un enunciado normativo una conexión histórica, ya que la subjetividad del historiador en la reconstrucción o recreación del hecho histórico es un elemento constitutivo de la investigación histórica y, por lo tanto, el debate sobre los hechos históricos y su evaluación debe dejarse a la metodología de la comunidad científica de historiadores. En este aspecto, el desarrollo científico se basa en la sucesión de un paradigma por otro, en un esquema de interpretación de la realidad por otro, por lo que la intervención estatal que criminaliza la evaluación de los hechos históricos termina siendo inadecuada e ineficaz<sup>65</sup>. Como argumenta Tourkochoriti (2014: 618), el trabajo de un historiador es trazar una analogía que contenga una recreación del pasado a una distancia histórica, que es parte de la dialéctica entre futuro, pasado y presente: una abstracción incompleta. La historia es una reconstitución del pasado para los seres humanos inmersos en el entramado de realidades humanas actuales que condicionan su perspectiva sobre el pasado. Pertener a una clasificación ideológica, como la ideología fascista, motiva un interés por la historia, así como una curiosidad general, y una demanda de inteligibilidad, ideas y la visión del pasado es un reflejo de los valores actuales.

De hecho, no es raro en la literatura constitucional portuguesa referirse a las vicisitudes de la historia reciente, ya que la Constitución de 1976 fue redactada durante un proceso constituyente con características muy particu-

<sup>63</sup> Dos números largos para un artículo, operando de manera descriptiva propia de las organizaciones fascistas, utilizando verbos como «adoptar, defender, pretender difundir o difundir efectivamente» y, luego, sustantivos como «valores, principios, exponentes, instituciones, métodos», y finalmente el polémico «que registra la Historia». No satisfecho, designa características: «belicismo, violencia, colonialismo, racismo, corporativismo, exaltación de personalidades, medios antidemocráticos, violencia, contrarios a la unidad nacional».

<sup>64</sup> Esta pregunta se vuelve aún más incierta cuando se observa la diversidad de países donde se asignaron Gobiernos fascistas, como, además de Portugal (1933-1974), Italia (1922-1945), Alemania (1933-1945), España (1936-1975). También se atribuyen prácticas fascistas, con algunas controversias, en Brasil (1932-1938) y Japón (1931-1945).

<sup>65</sup> Tourkochoriti (2014: 556).

lares, a través de un pacto entre los partidos políticos y el movimiento militar revolucionario, reflejando la profunda disidencia que dividió a la sociedad portuguesa<sup>66</sup>. Sin embargo, queda la pregunta, tanto para el destinatario de la norma como para la administración pública, que debe actuar para aplicar el precepto normativo que remite al proceso histórico, ¿qué conducta seguir o no seguir frente a una referencia como «registrados en la historia»<sup>67</sup>?

Por otra parte, en cuanto a la jurisprudencia del TC, la Sentencia N.º 285/92<sup>68</sup> —seguida de la Sentencia N.º 474/13<sup>69</sup>—, como recuerda Canas, innovó al vincular el principio de determinabilidad y precisión de la ley con la

<sup>66</sup> Amaral (1996: 189).

<sup>67</sup> También porque, en la discusión entre norma y lenguaje, una formulación normativa es un enunciado a través del cual una autoridad normativa da a conocer a ciertos agentes cómo pretende dirigir su conducta. Rodríguez (2021: 57).

<sup>68</sup> Un pasaje importante de esta sentencia es cuando menciona que «en vista del régimen especial al que están sometidas las restricciones de derechos, libertades y garantías, contenido en el artículo 18 de la Constitución, en particular en su inciso 3, y en conjunción con el principio de seguridad jurídica inherente a un Estado democrático de Derecho (artículo 2 de la Constitución), es necesario reconocer que, sobre la base de un criterio o principio de proporcionalidad al que deben sujetarse las citadas restricciones [...], el grado de exigencia de determinabilidad y precisión de la ley debe ser tal que garantice a los destinatarios de la legislación un conocimiento preciso, exacto y oportuno de los criterios jurídicos que la Administración ha de utilizar, reduciendo así los riesgos excesivos que, para estos destinatarios, resultarían de una regulación indeterminada en cuanto a los supuestos mismos de la actuación de la Administración; y dotar a la Administración de normas de conducta con criterios que, sin menoscabar su libertad de elección, salvaguarden el “núcleo esencial” de la garantía de los derechos e intereses de las personas constitucionalmente protegidos en la definición del alcance de la previsión normativa del precepto (*Tatbestand*); y, por último, que permitan a los tribunales controlar efectivamente la adecuación de las actuaciones concretas de la Administración en relación con el contenido de la norma jurídica que fue su fundamento y origen».

<sup>69</sup> Esta sentencia fue precisa al formular una comprensión pertinente para la problemática de esta labor (dificultad en el funcionamiento de la Administración por falta de claridad en las normas) al decir que «corresponde al Estado inscribir en la ley criterios claros, precisos y seguros para la toma de decisiones, en términos de dar a la acción de la Administración un espacio concreto de vinculación —y no de voluntad primaria— a través de la identificación de un núcleo relevante para legitimar la intervención restrictiva de la ley, la libertad y la garantía afectadas. Como, además, permitir el control jurisdiccional de la (posible) ausencia de criterios de gestión y de la proporcionalidad de sus consecuencias a la luz de la profunda vulneración de [ese] derecho [...]».

proporcionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales<sup>70</sup>. Las más recientes, también del TC, Sentencia N.º 474/2021, sobre autodeterminación de identidad de género, y las sentencias N.º 123/2021 y N.º 5/2023, sobre muerte médica asistida, también reforzaron la relevancia de la precisión de las normas jurídicas a los efectos de establecer un criterio para revisar la constitucionalidad de la restricción de derechos fundamentales.

Por lo tanto, a la vista de la subjetividad de la historia y otras características descritas en el art. 3 de la Ley N.º 64/78, imaginemos dos situaciones. El jefe de una organización o partido político expresa reiteradamente opiniones públicas de hostilidad hacia un determinado grupo étnico minoritario; o un grupo de ciudadanos de la Región Autónoma de las Azores se organiza con el propósito de defender una acción independentista de la isla basada en la autodeterminación de los pueblos. ¿Se enmarcan estas dos situaciones como si siguieran la ideología fascista, ya que *la historia registra* la persecución de las minorías étnicas como característica fascista y la difusión de ideas contrarias a la unidad nacional está incluida en el párrafo 2 del citado art. 3? ¿Es el conjunto de todas esas características, solo algunas de ellas, o una característica aislada lo que implica alinearse con la ideología fascista? El enunciado normativo no aclara la respuesta a estas preguntas.

Pues bien, como breves apuntes sobre esta ideología política, las organizaciones fascistas son, por regla general, desterradas de una sociedad democrática debido a la vocación nociva y opresiva de sus acciones y objetivos de poder. El fascismo es una ideología política autoritaria que hace propaganda del nacionalismo extremo, el poder dictatorial, la supresión de la oposición y la negación de los derechos humanos básicos. Las organizaciones fascistas se han asociado tradicionalmente con la violencia, la discriminación y la persecución de ciertos grupos por motivos de raza, etnia, religión o creencias políticas. Las sociedades a menudo prohíben, a través de medidas legislativas, las organizaciones fascistas para proteger los valores democráticos, salvaguardar los derechos humanos y prevenir la propagación de ideologías que incitan al odio, la discriminación y la violencia. La prohibición de las organizaciones fascistas tiene como objetivo mantener la armonía social, evitar la erosión de las instituciones democráticas y garantizar la seguridad y el bienestar de los individuos dentro de una sociedad.

Paxton disecciona esta ideología aduciendo que hay un énfasis en el ultranacionalismo, el autoritarismo, el liderazgo carismático, el anticomunismo extremo y la búsqueda de una sociedad homogénea y purificada<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> Canas (2017: 260).

<sup>71</sup> Paxton (2004). En esta obra se encuentra una exploración exhaustiva de la naturaleza y las características del fascismo con investigaciones sobre sus raíces históricas e ideoló-

Como Estado autocrático de matriz reaccionaria y conservadora, el fascismo también tiene características como la proclamación del carácter dogmático del Estado —ya sea que se identifique con una ideología, una religión, una raza o una comunidad nacional— y se rechaza cualquier expresión de disidencia política o ideológica, o de los derechos de las minorías sociales, étnicas o religiosas. Políticamente, hay un rechazo del pluralismo y de la democracia representativa, una negación de la oposición, la transformación de un partido único en una entidad confundida con el Estado, y la centralización y concentración del ejercicio del poder y el control sobre el aparato estatal en un pequeño grupo o incluso en una sola persona, el dictador<sup>72</sup>. Más específicamente en el caso portugués, como señala Gomes Canotilho (2003: 179) al explicar la ideología constitucional del Estado Novo, la libertad de asociación, la libertad de partido y la autonomía local habían sido suprimidas, por lo que la idea de asociaciones no era compatible con una estructura democrática.

El objetivo de una organización fascista es estructurar un movimiento que tenga como objetivo la eliminación de las libertades democráticas y el establecimiento de un régimen despótico. Por lo tanto, prohibir las organizaciones (asociaciones, grupos o partidos políticos) que propugnan la ideología fascista es claramente un caso necesario de restricciones —expresamente estipuladas por la CRP— reguladas por la ley y que son necesarias en una sociedad democrática para la protección de la seguridad nacional, del orden público.

La conclusión a la que se llega es que, a pesar de los intentos legislativos de definir un grupo que se alinea con la ideología que prevaleció en Portugal entre 1933 y 1974, la palabra «fascista» es vaga en sí misma, porque su significado carece de precisión. Es un término de *vaguedad multidimensional*<sup>73</sup>, a

---

gicas, examinando su surgimiento en varios países y sus características distintivas. El autor analiza el ascenso de los movimientos fascistas en varios países como Italia, Alemania, Francia y otros, proporcionando información sobre las condiciones sociopolíticas que facilitaron su ascenso al poder, revelando el papel de líderes carismáticos como Benito Mussolini y Adolf Hitler, su manipulación de la psicología de masas y los mecanismos que emplearon para obtener y consolidar el poder. Además, el libro profundiza en el atractivo del fascismo para diferentes segmentos de la sociedad, incluida la clase media, los veteranos y los desilusionados con el orden político existente.

<sup>72</sup> Novais (2019: 48).

<sup>73</sup> El término «vaguedad multidimensional» puede ilustrarse con el término legal «negligencia». Este término es multidimensionalmente vago en el sentido de que (i) hay una serie de elementos potencialmente relevantes para clasificar un caso determinado como negligencia; y (ii) al menos algunos de ellos admiten grados, como cuánto

menudo calificado como «conceptos esencialmente controvertidos»<sup>74</sup>, <sup>75</sup>, similar a la *vaguedad combinatoria*, en el sentido de que no hay un conjunto de propiedades cada una de las cuales es necesaria y que en conjunto son suficientes para la aplicación del enunciado. Es posible que falten algunas propiedades, pero podría seguir aplicando la expresión en cuestión debido a la presencia de otras propiedades relevantes<sup>76</sup>. La vaguedad, por tanto, se ocupa de la incertidumbre del lenguaje utilizado paradigmáticamente como recurso para atribuir discrecionalidad, consistente en el «margen extensional de duda» sobre si un determinado hecho está o no subsumido en el concepto enunciado en la hipótesis normativa<sup>77</sup>, siendo una indeterminación respecto a su significado.

De hecho, una organización que reúne algunas características, y no todas, mencionadas en el art. 3 de la Ley N.º 64/78, ¿podemos declarar que esta organización apoya la ideología fascista? Lo más importante no es tanto el riesgo de desincentivar a las posibles organizaciones que deseen ejercer sus libertades constitucionales (*chilling effect*), sino más bien el de establecer parámetros para que el poder público aplique la norma restrictiva prevista en la Constitución. Lo que se puede inferir, con una norma indeterminada como la del art. 3 de la Ley N.º 64/78, es que, en los términos de esta declaración normativa, una organización con características fascistas será vista la mayoría de las veces como cercana a la elaboración de perfiles fascistas, pero difícilmente será criminalizada como tal.

A pesar de este razonamiento sobre la falta de determinación de la norma infraconstitucional, las dudas que subsisten consisten también en saber si es conforme con la CRP, cuyo parágrafo 4 del art. 46 no permite una organización que apoye la ideología fascista, norma que define este perfilamiento con diversas características, incluso con referencia a que *registra* la historia.

---

tiempo estuvo el niño sin compañía, en qué entorno y qué edad o madurez tenía el niño, por nombrar solo los elementos más obvios. Además, iii) estos elementos, cuyas diversas combinaciones pueden constituir negligencia, son incommensurables porque «ningún denominador común permitiría una comparación cuantitativa de los diversos elementos constitutivos en una sola escala de evaluación», Keil y Poscher (2016: 4).

<sup>74</sup> Gallie (1955: 167-98).

<sup>75</sup> El concepto de «democracia» es un ejemplo. No solo no está claro qué combinación de propiedades debe contener para que sea atribuible a un Estado, sino que tampoco está claro hasta qué punto deben cumplirse ciertas propiedades (como los ciclos electorales) y cómo los excesos en una dimensión pueden compensar las deficiencias o incluso las ausencias en otras (Keil y Poscher, 2016: 4).

<sup>76</sup> Rodríguez (2021: 601).

<sup>77</sup> Sampaio (2023: 73).

Afirmando, por tanto, la restricción de ciertos derechos, libertades y garantías fundamentales por la norma cuya legitimidad ahora se analiza, no es difícil considerarla incompatible con la Constitución por indeterminación normativa.

## V. CONCLUSIÓN

Este artículo ofrece un análisis de la definición de organización que sigue la ideología fascista frente al principio de determinabilidad (en la dimensión de la prohibición del exceso). Su principal conclusión es que, además del término «fascista», que adolece de vaguedad multidimensional, el derecho ordinario que pretende dar exigibilidad a este límite al derecho de asociación proponía un sentido en el que permanecía indeterminado, sin promesa de densidad normativa. De hecho, como menciona el TC, la norma analizada (art. 3 de la Ley 64/78) tiene una importancia pedagógica para la preservación del principio democrático. Si bien la libertad de asociación es esencial, no se puede ignorar la amenaza potencial que representan estas organizaciones. La prescripción de varias especificidades en el enunciado normativo que pretende caracterizar al fascismo es una herramienta importante del sistema normativo para la preservación del entorno democrático. Sin embargo, esta amplia estrategia regulatoria también tiene el potencial de dificultar la formulación de una organización en los hechos, dada la indeterminación de ciertas características mencionadas en la ley. El desafío de prohibir las organizaciones que abrazan la ideología fascista mientras defienden la libertad de asociación requiere un marco normativo de definiciones claras y precisas que impidan el crecimiento de tales movimientos respetando los derechos fundamentales.

Por último, aunque la Constitución portuguesa prohíbe explícitamente las organizaciones fascistas, el auge de una extrema derecha antisistema y del populismo en Europa no está necesariamente vinculado al fascismo registrado en la historia, sino que puede tener elementos autoritarios y nacionalistas. El populismo en la Europa contemporánea se asocia a menudo con líderes y partidos políticos que explotan el descontento público, promueven agendas antisistema y cuestionan las instituciones democráticas tradicionales, a menudo difundiendo desinformación a través de plataformas digitales. Aunque algunos partidos populistas pueden tener raíces nacionalistas y antiinmigración, no todos son explícitamente fascistas, sino que promueven la erosión de los valores democráticos y la aparición de tendencias autoritarias. Por lo tanto, una cláusula que prohíba los partidos antidemocráticos sería mucho mejor utilizada que un intento (casi) imposible de definir legalmente una organización fascista.

## Bibliografía

- Alexy, R. (2015). *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2.ª ed.). São Paulo: Editora Malheiros.
- Amaral, M. L. (1996). Carl Schmitt e Portugal: o problema dos métodos em direito constitucional português. En J. Miranda (org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976* (pp. 67-194). Coimbra: Coimbra Editora.
- Andrade, J. C. V. de (2021). *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* (6.ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge, New York: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139035293>.
- Bárez, M. M. I. (2016). «Democracia militante» y prohibición de partidos políticos que sustentan políticamente el terrorismo en España. En F. Pérez Álvarez (ed.). *Serta: in memoriam Louk Hulsman* (pp. 765-788). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctt1hrdn35.50>.
- Beleza, M. L. y Sousa, M. T. (1976). Direito de Associação e Associações. *Estudos sobre a Constituição* (pp. 121-94). Lisboa: Livraria Petrony.
- Böckenförde, E.-W. et al. (2017). Fundamental Rights Theory and Interpretation [1974]. *Constitutional and Political Theory: Selected Writings* (pp. 266-289). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198714965.003.0015>.
- Carvalho, J. (2023). Understanding the Emergence of Extreme Right Parties in Portugal in the Late 2010s. *Parliamentary Affairs*, 76(4), 879-899. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/pa/gsac001>.
- Canas, V. (2017). *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina.
- Coutinho, L. P. P. (2010). Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais. En J. Miranda (coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia* (pp. 557-574). Coimbra: Almedina.
- De Miguel Bárcena, J. (2022). Pasado y presente de la democracia militante (con especial referencia al caso español). *Revista Vasca de Administración Pública*, 122, 17-43. Disponible en: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.122.2022.01>.
- Duarte, D. y Sampaio, J. S. (2018). *Proportionality in law: an analytical perspective*. New York: Springer Berlin Heidelberg. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-3-319-89647-2>.
- Foruria, E. V. (2013). Lucha antiterrorista e ilegalización de partidos políticos. En A. H. Catalá (dir.). *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia* (pp. 303-349). Valencia: Cátedra Universitat de València.
- Gallie, W. B. (1955). Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 167-198. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/aristotelian/56.1.167>.

- Golubovic, D. (2013). Freedom of association in the case law of the European Court of Human Rights. *The International Journal of Human Rights* 17(7-8), 758-771. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/13642987.2013.835307>.
- Gomes Canotilho, J. J. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição* (7.<sup>a</sup> ed.). Coimbra: Almedina.
- Gomes Canotilho, J. J. y Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada* (4.<sup>a</sup> ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Grimm, D. (2007). Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *The University of Toronto Law Journal*, 57(2), 383-397. Disponible en: <https://doi.org/10.1353/tlj.2007.0014>.
- Holgado, M. (2010). La ilegalización de partidos políticos en España como instrumento de lucha contra el terrorismo. En F. J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán (dirs.). *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional* (pp. 187-210). Madrid: Marcial Pons. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv10rr-9xv.8>
- Keil, G. y Poscher, R. (2016). *Vagueness and law: philosophical and legal perspectives*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198782889.001.0001>.
- Loewenstein, K. (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *American Political Science Review*, 31(3), 417-432. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1948164>.
- Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/jj.2322023>.
- Mazzone, J. (2002). Freedom's Associations. *Washington Law Review*, 77(3), 639-767.
- Menéndez, A. J. y Eriksen, E. O. (2006). *Arguing fundamental rights*. Dordrecht, New York: Springer. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/1-4020-4919-4>.
- Miranda, J. (1976). O Regime dos Direitos, Liberdades e Garantias. *Estudos sobre a Constituição* (pp. 41-102). Lisboa: Livraria Petrony.
- Molier, G. y Rijpkema, B. (2018). Germany's New Militant Democracy Regime: *National Democratic Party II* and the German Federal Constitutional Court's 'Potentiality' Criterion for Party Bans: Bundesverfassungsgericht, Judgment of 17 January 2017, 2 BvB 1/13, National Democratic Party II. *European Constitutional Law Review*, 14(2), 394-409. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019618000196>.
- Moller, K. (2012). Proportionality: Challenging the Critics. *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), 709-731. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mos024>.
- Moniz Lopes, P. (2022). Implications of genericity on the (in)consistency and (in)completeness of legal systems. *Jus Dictum / Revista AAFDL*, 8, 25-54.
- Morgado Braz, C. (2023). CHEGA! A sceptre of the mainstream Portuguese parties' disaggregation or a spectre of fascism? *Journal of Populism Studies*, 1-19. Disponible en: <https://doi.org/10.55271/JPS000118>.

- Novais, J. R. (2012). *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático* (1.ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Novais, J. R. (2019). *Teoria das Formas Políticas e dos Sistemas de Governo* (2.ª ed.). Lisboa: AAFDL.
- Novais, J. R. (2021a). *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição* (3.ª ed.). Lisboa: AAFDL.
- Novais, J. R. (2021b). *Limites dos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina.
- O'Sullivan, C. (2019). Casting the net too wide: the disproportionate infringement of the right to freedom of association by Queensland's consorting laws. *Australian Journal of Human Rights*, 25(2), 263-280. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/1323238X.2019.1641776>.
- Paxton, R. O. (2004). *The anatomy of fascism*. New York: Alfred A. Knopf.
- Pérez-Moneo, M. (2014). Más allá de la disolución. Los partidos políticos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Justicia Electoral*, 14(1), 127-171.
- Rijpkema, B. y Asbury, A. (2018). *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance*. London; New York: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9780429427374>
- Roca, J. (2002). La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 295-334.
- Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Sampaio, J. (2023). *Ponderação e proporcionalidade: uma teoria analítica do raciocínio constitucional*. Coimbra: Almedina.
- Stacey, R. (2019). The Magnetism of Moral Reasoning and the Principle of Proportionality in Comparative Constitutional Adjudication. *The American Journal of Comparative Law*, 67(2), 435-75. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ajcl/avz015>.
- Tourkochoriti, I. (2014). Should hate speech be protected? Group defamation, party bans, Holocaust denial and the divide between (France) Europe and the United States. *45 Columbia Human Rights Law Review*, 552-622. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2400105>.
- Urbina, F. J. (2017). *A critique of proportionality and balancing*. Cambridge; New York: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781316796276>.

### ***Jurisprudencia***

#### **Tribunal Constitucional Portugués**

Sentencias 182/1989; 71/1990; 328/1992; 17/1994; 711/1997; 474/2002; 304/2003; 589/2004; 119/2010.

**Tribunal Constitucional Federal Alemán**

BVerfG, 17.01.2017—2 BvB 1/13, 2 BvB 1/13.  
BVerfG, 23.10.1952—1 BvB 1/51, 1 BvB 1/51.

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

*Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, 60936/12 (ECtHR [GC] 13 de febrero de 2003).