

Constitución y Democracia

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

**SOBRE LOS LÍMITES DE LA TOLERANCIA EN EL
ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

Prólogo de
Diego Valadés

Miguel Revenga Sánchez



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección
Constitución y Democracia



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN

Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES

Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA

Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA

Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA

Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Intransigencia constitucional

**Sobre los límites de la tolerancia
en el Estado constitucional de derecho**

Miguel Revenga Sánchez

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2019

Primera edición: junio de 2019

Intransigencia constitucional

Sobre los límites de la tolerancia en el Estado constitucional de derecho

© Miguel Revenga Sánchez

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-52-3

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
María Alejandra de la Isla Portilla
Alfredo Pérez Guarneros
Edición

Felipe Luna
Formación

Contenido

Prólogo	
DIEGO VALADÉS	13
Nota preliminar	19
1. El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España	21
1.1. Introducción	21
1.2. La generalización de la democracia militante	22
1.3. El sistema español de defensa de la Constitución y sus incoherencias	28
1.4. La nueva Ley de Partidos.	31
1.5. Desde el “tránsito” hacia la “lucha” por la democracia militante.	36
1.6. Conclusión.	41
2. Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa del <i>ethos</i> democrático	43
2.1. Introducción: la libertad de expresión y la capacidad de las palabras para hacer daño	43
2.2. Sobre agnosticismos constitucionales y búsqueda de razones para la intransigencia.	47
2.3. La defensa de la democracia y el “síndrome de Weimar”	53

2.4. El Tribunal Constitucional y el discurso racista	59
2.5. El Tribunal Constitucional y el discurso filoterrorista	67
2.6. Conclusión.	75
3. Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.	77
3.1. Introducción	77
3.2. El presupuesto: la extraña pervivencia de la doctrina del abuso de derecho	82
3.3. El abuso de derecho y el “momento Núremberg” . . .	96
3.4. La cláusula de cierre de la Carta en el contexto gene- ral del derecho internacional	110
3.5. El contexto específico del “derecho europeo de los derechos humanos”: el artículo 17 del Convenio. . . .	117
3.6. Abuso de derecho, discurso racista y negación de crí- menes contra la humanidad	123
3.7. Abuso de derecho y lucha contra el terrorismo. . . .	140
4. La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia	149
4.1. Planteamiento	149
4.2. ¿Qué significa hoy ser tolerante? Una (moderada) de- fensa de la intransigencia	151
4.3. Acerca de las dificultades de gestionar la intransigen- cia. Las enseñanzas del “caso de las sanciones a Aus- tria”	175
5. Los discursos de odio y la democracia adjetivada: toleran- te, intransigente, ¿militante?.	197
5.1. La libertad de expresión en la democracia constitu- cional	197
5.2. La democracia tolerante (al estilo estadounidense) .	202
5.3. La democracia intransigente (al estilo europeo). . . .	208
5.4. ¿Democracia militante?	215

6. Valores europeos y modelos de democracia (¿agnóstica?, ¿militante?)	219
6.1. Sobre aperturas, desarrollos constitucionales y valores	219
6.2. Los valores en la dimensión europea.	223
6.3. Conclusión.	231
7. El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización	233
7.1. Enmarcando el problema.	233
7.2. ¿Pero el odio es en verdad un delito? La respuesta hiperpenalizadora y sus fundamentos	236
7.3. La postura del juez europeo: entre lo apodíctico y lo ponderado	243
7.4. Y la del Tribunal Constitucional español: ¿el odio trivializado?	249
7.5. Conclusión: el discurso de odio y las paradojas y contradicciones de un concepto inasible.	254
Bibliografía	259

Prólogo

Miguel Revenga es un pensador erudito y versátil que incorpora al constitucionalismo nuevas áreas de reflexión, como lo demuestra en esta obra, cuya publicación es posible gracias al brillante jurista Rogelio Flores, quien con su creatividad y dinamismo al frente del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro enriquece la doctrina jurídica del país.

Intransigencia constitucional agrupa siete ensayos cuyo común denominador es explorar los límites de la tolerancia en el Estado constitucional democrático. El solo enunciado del problema implica un abordamiento original y sugerente, que supera las concesiones fáciles acerca de la extensión de la tolerancia.

La tolerancia ha jugado una función central en la construcción del pluralismo en todas sus dimensiones. El pluralismo político es condición esencial del Estado democrático, como el pluralismo religioso y de convicciones éticas y filosóficas lo es para el Estado laico. En su origen, la tolerancia se asoció con el ejercicio de las libertades, en especial las de carácter religioso. Así sucedió con Locke, Hobbes, Spinoza y Lessing, como nos lo recuerda el autor, si bien nos previene de que no hace una revisión de los hitos históricos del concepto. Esto no es óbice para tener presente el impacto que tuvo la voz de la *Enciclopedia* escrita por Voltaire, que se convirtió en uno de los ejes del liberalismo.

En nuestro tiempo debemos remirar ciertos principios y determinar su alcance como conceptos operativos. Entre las fuentes del discurso democrático, la tolerancia tuvo una dimensión cercana a la absolutidad. Valga como ejemplo el impacto que produ-

jo la mencionada *Enciclopedia* de Voltaire, que se convirtió, como se dijo, en uno de los ejes del constitucionalismo liberal. Esto es explicable dadas las vicisitudes para construir la tolerancia, que implicaron vencer duras resistencias, en especial las concernientes al Estado laico. A este Estado todavía le queda mucho camino por andar, incluso en los sistemas constitucionales avanzados, de suerte que el principio de la tolerancia en su acepción clásica sigue siendo aplicable. Aun cuando muchos sistemas hayan acogido principios laicos, la distancia entre la norma y la normalidad no permite afirmar la plenitud del laicismo. Es el caso de México, donde las resistencias subsisten y donde numerosos actos de autoridades políticas han contravenido sin consecuencias lo establecido de manera expresa por la Constitución.

En cuanto a los principios democráticos, la tolerancia sin matices también puede implicar efectos negativos para el Estado constitucional. Esta aparente paradoja forma parte de las consideraciones del autor, quien desde el inicio nos previene en el sentido de que es necesario salvaguardar la democracia constitucional frente a quienes la desdeñan o incluso pretenden su destrucción. Por esta razón, identifica que la tolerancia tiene un límite claro cuando hace frente a los intolerantes. Esta es una de las claves de la obra.

La prolífica producción de Miguel Revenga corresponde a la de un jurista comprometido con el constitucionalismo democrático. Sus temas abarcan derecho constitucional, derecho electoral, derecho a la verdad y al acceso a la información, derechos fundamentales, derecho procesal constitucional, derecho comparado europeo, estadounidense e iberoamericano, y teoría de la Constitución. Es un jurista versado en la complejidad de los sistemas vigentes y profundo conocedor de su evolución. Su argumentación está siempre asociada con el fortalecimiento de la democracia institucional.

En esta obra subraya la necesidad de resguardar al Estado constitucional democrático ante el riesgo de que sus principios liberales se vean amenazados por uno de sus propios postulados: la tolerancia. Este, señala, es “uno de los grandes dilemas de la filosofía política de todos los tiempos” (p. 153). Para entender el alcance de la tolerancia emprende el estudio de su “carga his-

tórica”, de su relevancia filosófica y, por supuesto, de su dimensión jurídica. En el recorrido traza una línea evolutiva en la que revisa las tesis hobbesianas y kantianas, por ejemplo, y donde afloran reservas como la expresada por Georg Jellinek con relación a la justificación teológico-religiosa del Estado. Un caso crítico es el que examina a propósito de las condiciones previas a la Segunda Guerra Mundial, cuando la democracia, “que pretendía autoprotegerse” (p. 105), llevó al notable publicista Karl Loewenstein a acuñar la expresión *democracia militante*, “pues hay que poner fuego para luchar contra el fuego” (p. 107). En la actualidad, los sistemas democráticos prevén medidas que impiden transgredir el orden de las libertades otorgadas y garantizadas por el Estado.

Europa hace frente a graves desafíos. Uno de ellos es el terrorismo, otro, la multiplicación de las organizaciones de extrema derecha, cuyas proclamas atacan sin subterfugios los fundamentos y los procedimientos del Estado constitucional. Esto plantea el dilema entre la tolerancia y la intransigencia, por lo que Revenga emprende la difícil argumentación de “una (moderada) defensa de la intransigencia” (p. 151). Lo hace con éxito, pues demuestra, junto con otros autores, que la tolerancia no puede ser concebida en términos absolutos. Advierte que un motor de esa derechización europea es la ola de inmigrantes islámicos, detractados incluso por pensadores de trayectoria liberal como Giovanni Sartori. Después de sortear las “dificultades de gestionar la intransigencia” (p. 175), concluye de manera elocuente que “proclamar derechos fundamentales equivale a pensar en lo que compartimos todos los individuos de la especie humana” (p. 194).

El concepto loewensteiniano de *democracia militante* reaparece en varias partes de la obra de Revenga para diferenciarlo de la *democracia tolerante* y de la *democracia intransigente*. La primera, de perfil estadounidense, se traduce en un “reconocimiento del derecho irrestricto a decir cualquier cosa” (p. 202), en tanto que no se traduzca en la causación de delitos o rebase los límites establecidos. En la *democracia intransigente*, de matriz europea, los derechos fundamentales no amparan “actividades que tiendan a la destrucción del propio sistema de los derechos” (p. 213).

Entre estas acciones figuran los discursos de odio, la apología del terrorismo y los mensajes xenófobos o racistas.

La *democracia militante* también se diferencia de la *democracia iliberal*, caracterizada por la “pérdida de la independencia judicial” (p. 232). La *militante* permite incorporar otro tipo de elementos, en especial la defensa de los principios fundamentales de la democracia, a condición de no convertirse en “una etiqueta confusa” (p. 215) o de exagerar en las cláusulas pétreas que hacen irreformables algunos aspectos de las constituciones.

El libro culmina con una amplia y sobria reflexión sobre el discurso de odio, cuyo tratamiento oscila entre la banalización y la hiperpenalización. Aquí el autor nos entrega un concepto muy convincente: el discurso de odio simboliza “el síntoma de una práctica social desigualitaria y cargada de prejuicios y déficits educativos seculares que afectan de lleno a ciertos grupos o individuos como consecuencia de sus características, reales o atribuidas, y por ello mismo convertidos en el objeto de formas expresivas que los menosprecian o ultrajan” (p. 234).

Como bien señala, cualquier tipo de discurso tiene que ser analizado a la luz del lenguaje propio del lugar. Por lo mismo, el profesor Revenga sugiere no confundir ese lenguaje con lo que, en el contexto de determinados usos coloquiales, podrían ser expresiones absurdas o de mal gusto que por sí mismas no resulten punibles. En cambio, si corresponden a una práctica ultrajante de grupos o de personas, se trata de un comportamiento que debe ser combatido mediante disposiciones penales. Esto no excluye que antes de que el discurso de odio se establezca como una práctica, se plantee la corrección oportuna de la tendencia a través de acciones de pedagogía social. Si se consigue evitar el extremo punitivo es porque se pone en juego la ponderación de principios, como el de libertad de expresión frente al de igualdad o al de no discriminación.

Una de las paradojas del Estado constitucional consiste en que enuncia y garantiza el mayor espacio posible para las libertades y la igualdad y, al mismo tiempo, cuida que ese espacio no se vea afectado o cercenado por los enemigos de las libertades y de la igualdad. Es un error confundir la represión, que

consiste en una reacción del poder, desmesurada y sin fundamento jurídico, con la función coercitiva del Estado, legitimada por el orden constitucional y exigida para la preservación de ese orden. Como consigue demostrar el autor, un sistema constitucional bien construido permite sortear los problemas más agudos que pueden poner en riesgo su propia existencia. Por lo mismo, este sugerente volumen culmina con una exhortación a la prudencia.

En México, el tema del odio tiene una relevancia especial, en tanto que en Estados Unidos se ha estandarizado un discurso hostil para los mexicanos. Por otra parte, en México tienden a normalizarse expresiones que enfrentan a los partidarios y a los antagonistas del gobierno, aunque todavía no alcanzan el nivel de discurso de odio, y se advierte el riesgo incipiente de incubar un discurso de este tipo con relación a los inmigrantes de diferentes países, en especial los centroamericanos.

Miguel Revenga dicta cátedra en Cádiz, como antes lo hizo en la Universidad Carlos III de Madrid. Es un jurista que goza de amplio reconocimiento en Iberoamérica, donde muchas universidades lo han recibido para escuchar sus lecciones magistrales. Presidió la Asociación de Constitucionalistas de España, y desde ahí tendió puentes de colaboración con instituciones afines de América, como el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Su obra es objeto de estudio, pues incide en los temas de vanguardia del constitucionalismo y los aborda con mano maestra.

Esta obra es una invitación a dialogar. El autor es un erudito que conoce a fondo la doctrina sobre la materia y que aporta ideas originales acerca de la tolerancia. En estas páginas se encontrarán respuestas y propuestas para los problemas y dilemas que plantea el Estado constitucional en una etapa crítica. Mantener la vigencia de ese Estado sin exponerlo a sucumbir por defecto o por exceso en su defensa es plantear un asunto que tiene complejas implicaciones teóricas y prácticas. En ambas dimensiones encontraremos un sólido razonamiento y una abundante aportación de datos por parte del autor. La doctrina de juristas y filósofos, las elaboraciones de los legisladores y las resoluciones de los jueces son la base a partir de la cual Miguel Revenga

construye sus propias tesis y configura una auténtica teoría de la tolerancia del Estado constitucional.

Muy lejos de intentar un estudio introductorio, que este libro sin duda merece, limito estas palabras a dar la bienvenida a una obra esclarecedora y orientadora, por lo que agradezco al editor la oportunidad que me ha dado para dejar aquí un testimonio de reconocimiento a un gran jurista de nuestro tiempo.

DIEGO VALADÉS
Ciudad de México, junio de 2019

Nota preliminar

Gracias a la cordial invitación de Rogelio Flores, director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, entrego a la imprenta una recopilación de algunos de mis escritos de los últimos años cuyo denominador común es la cuestión de los límites de la tolerancia en el Estado constitucional. En realidad, cualquier forma política organizada tiene como trasfondo la divisoria entre lo que está permitido y lo que está prohibido, pero lo que singulariza este problema, en el caso de la democracia constitucional, son los compromisos sobre los que esta se funda: la defensa de la dignidad y de la libertad de cada cual para desarrollar su personalidad, la valoración positiva del pluralismo como algo consustancial al estilo de vida que se pretende propiciar y el respeto y la realización de un núcleo de derechos calificados, con razón, como *fundamentales*. Si el concepto de tolerancia desempeñó un papel decisivo para asentar el poder político más allá de las pugnas religiosas, hoy podría decirse que la fortaleza de la democracia constitucional depende de la aceptación mayoritaria de las convicciones que la legitiman, pero también de la determinación para salvaguardarlas frente a quienes las desdeñan y luchan por destruirlas.

Mientras que la palabra tolerancia tiene una fortísima connotación positiva, la palabra intransigencia la tiene negativa, como si nadara a contracorriente de los impulsos primigenios que sirvieron al empeño —siempre imperfecto y en vías de realización— de poner en marcha una forma de gobierno generadora de libertad. Y sin embargo, cuanto más arraigada esté nuestra creencia en la superioridad moral de la democracia sobre cualquier otro tipo de organización política, más necesario resulta valorar la intransigencia como un componente estructural e im-

prescindible para asegurar la subsistencia del tipo de convivencia por el que hemos optado. Intransigente, o al menos constitucionalmente intransigente, no es el que impone un dogma porque piensa que la firmeza y la bondad de sus convicciones le eximen de entrar en discusiones; al contrario, el acto de intransigencia es consustancial a una razón constitucional que exige atender puntos de vista diversos, por erróneos o injustificados que parezcan, para marcar, tras sopesarlos, la línea que separa lo admisible de lo inaceptable. Y esa máxima de conducta, expresada en abstracto, debería servir también en los diversos ámbitos a través de los cuales se desarrolla la experiencia jurídica: el de la creación de las normas y el de su aplicación por parte de la administración y de los jueces. Para ser *constitucional*, la intransigencia no puede ser, en definitiva, la tapadera de un “buenismo” paternalista alejado de la realidad social ni el cauce a través del cual la democracia acabe deslizándose por las sendas del autoritarismo.

Los siete estudios que a continuación se incluyen tratan la contraposición entre tolerancia e intransigencia a propósito del ejercicio de derechos tan básicos como el de asociación política y la libertad de expresión; cubren un arco temporal que va desde los primeros años del siglo XXI hasta 2018 y abordan los problemas desde una perspectiva prevalentemente española y europea. Esta última está presente de manera particularmente intensa en los trabajos sobre los valores europeos y la defensa de la democracia, así como en el que trato específicamente el problema de la tolerancia “situado” en el horizonte de la Unión. Ahí aparece además un modesto intento por replantear, desde un punto de vista teórico, el significado actual de la tolerancia y la cuestión de sus límites para el Estado constitucional.

Todos ellos reflejan la impronta del momento en el que fueron escritos y están ordenados aquí precisamente en forma inversa a la cercanía con el momento en el que redacto estas líneas. Ello provoca inevitablemente algunas reiteraciones de argumentos, referencias jurisprudenciales y citas de autoridad por las que de antemano pido disculpas al paciente lector. En general he preferido publicarlos tal y como fueron escritos, aunque en algún caso no he podido resistir al deseo de añadir alguna nota al pie para actualizar algún dato o afirmación. Cuando es así, lo hago constar expresamente.

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ
Rota, Cádiz, septiembre de 2018

1. El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España

1.1. INTRODUCCIÓN

El de democracia “militante” es uno de esos conceptos cuya imprecisión le hace idóneo para evocar muchas cosas. Es algo que ocurre a menudo con los conceptos de las ciencias sociales y, especialmente, en el ámbito del derecho constitucional y demás disciplinas circundantes. Militantes suelen denominarse aquellas democracias que cuentan con medios de defensa para “plantar cara” a quienes aprovechan las posibilidades abiertas por un sistema de libertad para todos, con el fin de intentar destruirlo. En términos de *ingeniería constitucional*, sus señas genéticas están en la Constitución alemana y son consecuencia directa de las circunstancias históricas que precedieron a su aprobación en 1949.

El problema es que actualmente sería difícil encontrar democracias que carecieran de instrumentos de defensa de sus propios valores. Allí donde hay mecanismos de vigilancia y punición —algo apreciable en todas partes sin necesidad de ser entusiasta de Foucault—, hay con seguridad formas de poner coto a quienes amenazan la vigencia de tales valores. La calificación de la democracia como militante no se refiere, sin embargo, a esa clase de defensa genérica. Alude más bien a formas específicas de protección, que actúan en la dirección opuesta a la de un sistema de libertades gracias al cual es posible concebir, expresar y aspirar a ver plasmado cualquier proyecto político. En sus manifestaciones concretas, semejante clase de defensa plantea siempre

difíciles cuestiones de validez jurídica; también de legitimidad política y de racionalidad desde el punto de vista de sus resultados prácticos.

En este capítulo comenzamos por discutir los criterios seguidos tradicionalmente para calificar como militante a una democracia. A nuestro juicio, el hecho de que la fórmula siga apareciendo como “la fórmula alemana” para luchar contra la destrucción de la democracia impide ver hasta qué punto están hoy generalizadas formas muy diversas de democracia militante. La secuencia histórica que va desde la caída de la República de Weimar hasta las dos célebres sentencias de 1952 y 1956 del Tribunal Constitucional alemán (mediante las que los partidos nazi y comunista fueron prohibidos, en aplicación del art. 21 de la *Grundgesetz*) tiende a encasillar el concepto de democracia militante en coordenadas muy diferentes a las actuales.

En otro apartado nos preguntamos si el sistema de defensa de la democracia, estatuido en 1978 por la Constitución española, cabía ser calificado de militante. Como se deduce del título del trabajo, intentamos explicar las razones por las cuales dicho sistema no funcionó como tal durante bastantes años. Analizamos luego en qué ha consistido el “tránsito” que da título al trabajo, cuya principal plasmación se encuentra en la nueva Ley de Partidos de 2002. Y finalmente situamos dicha ley en su dinámica de aplicación efectiva durante los últimos meses, caracterizando el nuevo “escenario” abierto por la prohibición de *Batasuna* como una lucha por la reafirmación de la democracia militante.

1.2. LA GENERALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA MILITANTE

El concepto de democracia militante procede, como es sabido, del título del trabajo que Karl Loewenstein publicó en 1937 desde su exilio norteamericano.¹ Es un concepto de combate, concebido para agitar las conciencias frente a la *legalistic self com-*

¹ Loewenstein, Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights”, en *The American Political Science Review*, vol. XXXI, núm. 3, pp. 417 y ss., y vol. XXXI, núm. 4, pp. 638 y ss., ambos de 1937.

placency de unas democracias ingenuas e incapaces de advertir que sus reglas estaban siendo —en palabras de Loewenstein— el “caballo de Troya a cuyos lomos el enemigo invade la ciudad”.

El trabajo no entra en polémica con las ideas que Carl Schmitt venía difundiendo desde algunos años atrás. Loewenstein no quiere hacer teoría; simplemente describe un proceso, advierte sobre lo que él considera como un riesgo inminente y reclama actuaciones de urgencia para impedirlo. Carl Schmitt, en cambio, hace teoría e identifica —antes de ser “coronado” como jurista oficial del *Reich*— lo que él cree que es la fuente del problema. En *Legalität und Legitimität*, publicado en 1932, vincula las posibilidades de defensa de la democracia a la existencia de un núcleo constitucional inquebrantable y resistente a la reforma. Schmitt denunció la falta de sustancia política de la Constitución de Weimar; y años más tarde, en contraste con tal indiferentismo y tras haber pasado por el trauma de los procesos de Núremberg, creyó ver plenamente confirmada sus tesis en la cláusula de irreformabilidad del artículo 79.3 de la Constitución alemana de la posguerra.²

Hoy sabemos que la defensa de la democracia es una cuestión abierta, como pocas, a las falsas “ilusiones del jurista”. La experiencia del periodo de entreguerras acredita que las medidas que entonces se adoptaron, o fueron inútiles o fueron triviales. Y ello por la simple razón de que su efectividad estuvo condicionada, en proporción inversa, al grado de asentamiento y apoyo de que gozaban los grupos objeto de las medidas.³

Pero siendo más amplia nuestra experiencia y abundando los “estudios de caso”, no deja de sorprender que las categorías de fondo continúen tan aferradas a las construcciones doctrinales de los años treinta del siglo pasado. Nuestro modo de abordar el gran dilema de toda sociedad abierta, el de los límites de su apertura y el de la protección frente a quienes tienen como obje-

² Véase la “Introducción”, escrita por Carl Schmitt, a una edición del libro publicada en 1968, y a partir de la cual se realizó la versión española; *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971, pp. IX-X.

³ Remito a los diferentes trabajos, entre ellos, Capoccia, Giovanni, “Defending Democracy: Reactions to Political Extremism in Inter-war Europe”, en *European Journal of Political Research*, vol. 39, núm.4, 2001, pp. 431 y ss.

tivo acabar con ella, se inclina hacia planteamientos en términos de *todo o nada*. “Todo” significa democracia de límites estrictos, sustantiva en fundamentos expresos y beligerante en extremo a la hora de defenderlos. “Nada” quiere decir democracia de procedimientos, con resonancias *kelsenianas*, y neutral e indiferente hacia los fines.

Tales construcciones dicotómicas llevan a olvidar que entre un extremo y otro hay espacio para categorías intermedias. Y difícilmente encontraremos en la práctica de nuestros días ejemplos que respondan con nitidez a los modelos “ideales” de democracia *sustantiva* o democracia *de procedimientos*. El trabajo de los politólogos estadounidenses Fox y Nolte, sobre “Democracias intolerantes”, es un buen ejemplo de hasta qué punto puede ser deformante seguir aplicando modelos que existen solo sobre el papel.⁴ El estudio aplica a los mencionados modelos de democracia —sustantivas y de procedimientos— las variables tolerante/militante. Y de ahí resultan democracias de procedimiento (*procedural democracies*): *tolerantes* (Reino Unido) y *militantes* (Estados Unidos); e igual para las democracias sustantivas (*substantive democracies*): *tolerantes* (Francia) y *militantes* (Alemania). Una dicotomía cuya línea de separación está justamente, como lo estaba en Carl Schmitt, en la posibilidad, o falta de ella, de reformar cualquier precepto de la Constitución.

Haciendo abstracción de lo que hayan podido cambiar las cosas a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre en suelo estadounidense, uno se pregunta si lo que falla no es el lugar sobre el que tendemos a depositar la mirada. La reforma es un instrumento para la supremacía constitucional. Convierte, como diría Ackerman, a las democracias en democracias *dualistas* (*dualist democracies*), con carriles diferentes para transitar por los momentos de la política “ordinaria” y por los momentos extraordinarios de la política “constitucional”.⁵ La reforma introduce estrictas garantías democráticas en el caso de estos últimos,

⁴ Fox, Gregory y Nolte, Georg, “Intolerant Democracies”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 36, núm. 1, 1995, pp. 1 y ss.

⁵ Ackerman, Bruce, *We the People, Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, cap. I (Higher Lawmaking).

pero es dudoso que de su diseño formal o de su virtualidad práctica puedan derivarse argumentos decisivos para cualificar el sentido y las inclinaciones de la vida democrática a cuya defensa sirve. Y ello por no hablar de lo difícil que es hallar ejemplos en los que la reforma haya sido un parapeto eficaz frente a procesos de destrucción de la Constitución.

Volviendo a los modelos: ¿no da qué pensar que la *tolerante* Francia pueda disolver asociaciones políticas mediante simples decretos del Consejo de Ministros (*Décrets*), mientras que la *militante* Alemania necesita poner en marcha un complejo procedimiento ante el Tribunal Constitucional? Entre 1936 y 2003, Francia había prohibido no menos de 80 asociaciones políticas. Y Alemania, por su parte, parece haber hecho de los procedimientos de defensa de los artículos 18 (abuso de derecho como causa de la privación individual de determinados derechos) y 21.2 de la Constitución (prohibición de partidos contrarios al orden liberal-democrático), curiosidades históricas u objetos de museo a los que el paso del tiempo no parece haber sentado muy bien.⁶

Democracias sustantivas, en el sentido de protegidas frente a la reforma de partes esenciales de la Constitución, son hoy las menos. De los 44 miembros actuales (2003) del Consejo de Europa, solo 14 tienen disposiciones de ese carácter (Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Chipre, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Moldavia, Noruega, Portugal, Rumania, Turquía y Ucrania). En las demás, siguiendo procedimientos más o menos complejos, se puede reformar todo.

⁶ El episodio de la (frustrada) prohibición del neonazi Partido Nacional Democrático, NPD, resuelto definitivamente con la sentencia desestimatoria del Tribunal Constitucional, de 18 de marzo de 2003, así parece atestiguarlo. Los datos de Francia están tomados del documento parlamentario *Rapport fait au nom de la Comisión d'Enquête sur les agissements, l'organisation, le fonctionnement, les objectifs du groupement de fait dit "Département Protection Sécurité"*, disponible en <http://www.assemblee-nat.fr/dossiers/dps/r1622p03.asp> A la relación de grupos prohibidos incluida en tal documento, que está cerrada en mayo de 1999, hay que añadir la decretada en agosto de 2002 contra el movimiento de extrema derecha *Unité Radicale*, a la que pertenecía el autor del intento de atentado contra Chirac, del 14 de julio de dicho año.

Pero ello nada tiene que ver con las formalidades, requisitos y prohibiciones que suelen establecerse con respecto a los partidos políticos. Aquí la regla es la inversa: la gran mayoría de las constituciones exigen que los partidos sean de una determinada manera y les prohíben defender ciertas cosas. El repertorio es amplísimo. Va desde la exigencia positiva de respeto a los principios de la soberanía nacional, la integridad territorial, el pluralismo político y el Estado de derecho, hasta prohibiciones específicas de muy diferente tipo: por ejemplo, “resucitar” ciertos partidos, defender objetivos de carácter exclusivamente regional, poner en peligro el principio de separación entre Iglesia y Estado, promover la violencia, incitar al odio racial o religioso, etcétera.

Recientes documentos e informes oficiales del Consejo de Europa permiten ver hasta qué punto es amplio dicho repertorio.⁷ También posibilitan comprobar que el problema de la defensa de la democracia frente a la actividad de los partidos ya ha dejado atrás la secuencia histórica que empezaba en Weimar y terminaba en 1956 con la ilegalización del Partido Comunista de Alemania (KPD) por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Hoy podemos hablar de una generalización de formas de defensa que se concretan, sobre todo, en un sistema de variadas limitaciones al derecho de asociación política. Dichos límites suelen venir expresados en términos negativos y a través de una relación “cerrada” de supuestos. Pero tampoco son infrecuentes las exigencias “positivas” de respeto y lealtad hacia determinados valores.

Todo ello es consecuencia de unas circunstancias políticas muy distintas de aquellas que, en plena Guerra Fría, justificaban la reafirmación democrática contra los totalitarismos de uno u otro signo. La extensión y diversidad de supuestos tiene que ver

⁷ Véase European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures*, adopted at its 41st plenary session, Venecia, 10-11 de diciembre de 1999, disponible en [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)001-e.html](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)001-e.html) Más recientemente, puede verse también la resolución 1308, 2002 del Consejo de Europa, sobre “Restrictions on Political Parties in the Council of Europe Member States”, disponible en <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/TA02/ERES1308>

con las necesidades particulares de cada caso concreto. Pueden responder al deseo de consolidar la transición hacia la democracia después de décadas de gobierno autoritario de un solo partido. También pueden ser instrumentos de salvaguarda frente a tendencias de desintegración territorial; o bien, como ocurre en los Estados de más larga tradición democrática, ser medidas de combate contra quienes cuestionan o atacan aquellos valores que hacen posible la vida en común.

Por suerte para nosotros, ninguna declaración de derechos se nos muestra hoy sujeta al riesgo de transformarse, como consecuencia de sus supuestos excesos *libertarios*, en el “pacto suicida” del que hablara el juez estadounidense Robert Jackson en un caso de 1949.⁸ Los peligros parecen derivar más bien de la inoperancia del legislador o de su falta de acierto a la hora de configurar el contenido de los derechos. Pero tal riesgo queda bastante neutralizado mediante los mecanismos de defensa “normalizada” de la Constitución. Y además, los controles transnacionales de naturaleza política —Unión Europea y Consejo de Europa— y el sistema de recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) limitan las posibilidades de abuso.

De hecho, hoy puede hablarse de un claro paralelismo entre la opción por un tipo de democracia *sustantiva* y *militante*, como la que aparece en importantes textos internacionales, y la tendencia hacia la generalización de la misma opción en las constituciones y en la práctica de los países de nuestro entorno.⁹

⁸ “There is danger —escribió Jackson en su opinión discrepante— that, if the Court does not temper its doctrinaire logic with a little practical wisdom, it will convert the constitutional Bill of Rights into a suicide pact”, Corte Suprema de Estados Unidos, *Terminiello vs. City of Chicago*, 337 U.S., 1949, 1, 13.

⁹ Remito de nuevo al trabajo de Fox y Nolte sobre las *Democracias intolerantes*. A los autores se les antoja significativo el ejemplo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En ambos, la prohibición de abuso de derecho (arts. 30 del Pacto, y 17 del Convenio), combinado con la sistemática relativa a los límites de los derechos, ha dado lugar a elaboraciones jurisprudenciales que cabría calificar de “militantes”. Hoy sería ineludible completar la lista con una referencia al art. 54, que cierra la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

1.3. EL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS INCOHERENCIAS

La transición hacia la democracia se hizo en España en un periodo relativamente corto y con unos resultados que podemos calificar de óptimos. Ello fue posible gracias a una estrategia de reformas efectuadas paso a paso que llevaron finalmente a la aniquilación del entramado jurídico y político en el que se apoyaba el régimen de Franco. Un ingrediente esencial para el éxito del proceso fue la voluntad generalizada de consenso entre quienes lo impulsaban “desde arriba”, a fin de ganar credibilidad quienes estaban en la oposición, para no comprometer el resultado final que todos deseaban.

El objetivo de cerrar para siempre las divisiones del pasado, mediante el compromiso y el acuerdo, fue aún más intenso durante los meses que transcurrieron desde la celebración de las primeras elecciones democráticas (junio de 1977) hasta la aprobación de la Constitución en el referéndum de diciembre de 1978. Se trataba de ganar para ella la función que raras veces pudo cumplir entre nosotros: la de un símbolo integrador en el que todos se reconocieran.¹⁰

Pero toda Constitución digna de tal nombre, además de símbolo de integración, ha de actuar como instrumento normativo. Y la voluntad de incluir y sumar acuerdos da a veces como resultado cierta ambigüedad e inconsistencia en lo que se deja escrito.

Me parece que algo así puede decirse del sistema de defensa de la democracia que se aprecia en la Constitución. Su artículo 1 “proclama” valores superiores: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político. También habla de la dignidad de la persona, con sus derechos inviolables como “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1). Un lenguaje “fuerte”, en el mismo frontispicio del texto constitucional, que no se corresponde con

¹⁰ Una idea que aparece reiteradamente en las contribuciones de los siete autores del anteproyecto constitucional (Cisneros, Fraga, Herrero de Miñón, Peces-Barba, Pérez-Llorca, Roca Junyent y Solé), recogidas en el libro *20 años después. La Constitución cara al siglo XXI*, Madrid, Taurus, 1998.

el indiferentismo que denotan sus disposiciones de reforma. Estas dividen la Constitución en dos: una parte es más fácil de reformar que la otra. Pero esto es solo a primera vista, porque en lo que es más difícil de reformar (el Título Preliminar, el núcleo de los derechos fundamentales más importantes y las disposiciones relativas a la Corona), los requisitos son tan exigentes que, en realidad, parecen concebidos para evitar la reforma. Ello por no hablar de la absurda inclusión de la *revisión total* como un supuesto “tipificado” de reforma.

Afirmar una cosa y la contraria al mismo tiempo —todo es reformable, pero hay cosas tan difíciles de reformar que es mejor no intentarlo— es un síntoma de esquizofrenia política. En el horizonte inmediato, la aplicación del artículo 168 de la Constitución no aparece como plausible. Pero en el terreno de la hermenéutica jurídica, el peso de los argumentos tradicionales otorgó durante muchos años a dicho artículo una importancia decisiva, hasta el punto de convertir en meras formalidades “vacías”, y de imposible verificación práctica, todo aquello que el artículo 6 de la Constitución exige a los partidos políticos.

Este artículo les pide una estructura interna y un funcionamiento democráticos. Una ley de 1978, aprobada casi al mismo tiempo que la Constitución, también se los exigía. Y además permitía la disolución judicial de los partidos en dos supuestos: 1. cuando incurrieran en supuestos tipificados como de asociación ilícita en el Código Penal, y 2. cuando su organización o actividades resultaran contrarias a los principios democráticos.

Entre 1978 y 2002, tales disposiciones nunca fueron aplicadas, pero tras la aprobación de la nueva Ley de Partidos, en junio de 2002, el Parlamento se apresuró a solicitar ante el Tribunal Supremo la ilegalización del partido *Batasuna*. Se trata de un partido con existencia legal desde 1978, cuya línea política de proximidad a (¿o simbiosis con?) los objetivos y a los medios empleados por el grupo terrorista ETA no ha variado desde entonces. El paso del sistema constitucional español hacia la democracia militante es, sobre todo, una cuestión de cambio profundo en la actitud general frente a quienes apoyan o justifican políticamente la violencia terrorista.

Los excesos en las actitudes tolerantes frente a los enemigos de la democracia suelen ser síntoma de escasa tradición democrática. Así lo demuestra, al menos, un trabajo donde se analizan las actitudes frente al radicalismo político de extrema derecha en 12 países europeos.¹¹ La actitud mantenida frente a *Batasuna* encaja perfectamente en tal diagnóstico. Durante casi 25 años se pensó que cuanto más tolerante se fuera, más se iban a debilitar las supuestas razones de justificación del terrorismo. En el régimen jurídico de los partidos, ello se tradujo en la imposibilidad de extraer consecuencia alguna de la falta de lealtad u hostilidad frente a las reglas del juego democrático.

Los argumentos de interpretación constitucional empleados hasta ahora para alcanzar ese resultado distan de ser convincentes. En una Constitución abierta a la reforma de todos sus artículos, han dicho los jueces, no hay fines prohibidos. Y en tales condiciones, la vinculación a la Constitución no puede ser para los partidos más exigente de lo que lo es, con carácter general, para los ciudadanos y para los poderes públicos (art. 9.1 de la Constitución). Por eso, el Tribunal Constitucional quitó cualquier valor sustantivo al requisito de jurar o prometer acatamiento a la Constitución, incluido en las normas parlamentarias, y permitió que los miembros electos de *Batasuna* manipularan la fórmula a su antojo.¹²

No acatar la Constitución, o hacerlo de mala gana “por imperativo legal”, es de por sí un síntoma de deslealtad y “juego sucio” que podría haber sido suficiente para poner en marcha los mecanismos prohibitivos de la Ley de Partidos. Pero durante muchos años de pasividad *tolerante*, nadie quiso profundizar en lo que la Constitución quiso decir al exigir a los partidos una actuación democrática.

La pasividad política, y no los rasgos “genéticos” del texto constitucional, es la que nos llevó hacia el gran dilema de todos estos años. Tal dilema ha sido: o represión penal por actividades

¹¹ Duch, Raymond M. y Gibson, James L., “«Putting Up With» Fascism in Western Europe: A Comparative, Cross-Level Analysis of Political Tolerance”, en *Western Political Quarterly*, núm. 45, 1992, pp. 237 y ss.

¹² Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 101/1983, y 119/1990.

criminales del partido, o falta absoluta de cualquier control, preventivo o *ex post*, relacionado con las actitudes políticas del mismo. Lo primero está estrechamente relacionado con los principios de responsabilidad individual y aplicación taxativa de la ley penal. Lo segundo se ha considerado incompatible con los imperativos de un régimen de libertad en el derecho de asociación y con las exigencias derivadas de la libertad ideológica y de expresión. Así que el resultado ha sido amparar con todas las garantías constitucionales la conducta de quienes han venido haciendo de la complicidad política con el asesinato, y con los demás delitos de los terroristas de ETA, un ingrediente esencial de su oferta a los electores. Y también ha llevado a financiar generosamente esa conducta con recursos públicos.

El paso hacia la democracia militante representa el intento de acabar con ese sinsentido.

1.4. LA NUEVA LEY DE PARTIDOS

Desde su fundación en 1968, la banda terrorista ETA ha causado en España más de 800 muertes.¹³ El asedio del terrorismo fue muy intenso mientras se elaboró la Constitución, pero la única respuesta que esta dio fue la posibilidad de la suspensión, a título individual, de ciertas garantías. Diversas leyes han desarrollado esa posibilidad, la última de ellas en 1988. Todas fueron cuidadosamente discutidas y tuvieron que superar un estricto control por parte del Tribunal Constitucional.¹⁴

La Ley de Partidos, aprobada en junio de 2002, es también una norma relacionada con la persistencia del terrorismo en la política española. Pero no se trata de una ley cuya justificación resulte evidente en función de los objetivos que persigue. Esto diferencia a la Ley de Partidos de la serie de leyes antiterroristas aprobadas en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. En

¹³ **Nota de 2018:** entre 1968 y 2010, la acción terrorista de ETA causó 854 víctimas mortales. Tras proclamar la suspensión de la lucha armada, ETA anunció su disolución definitiva en mayo de 2018.

¹⁴ Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional español 25/1981, 199/1987 y 71/1994.

estas últimas hay una clara razón instrumental: debilitar ciertas garantías para hacer más eficaz la persecución penal de ciertos delitos. En la Ley de Partidos, en cambio, la justificación por los fines —contribuir a la lucha contra el terrorismo— no parece tan convincente como la justificación basada en principios.

De hecho, un argumento central en el discurso de quienes se oponen a la ley es que la prohibición de partidos no es nunca un medio eficaz para aminorar la violencia terrorista o acabar con ella. Y en apoyo a semejante modo de ver las cosas, se aduce a veces, como contraste, el proceso de paz en Irlanda del Norte. En la “vía irlandesa”, la capacidad del partido *Sinn Féin* para actuar *de facto* como portavoz político del IRA fue esencial para el éxito de las negociaciones. En el caso del País Vasco, ETA se avino a “decretar” una tregua entre septiembre de 1998 y enero de 2000, pero no renunció durante esta a la “legitimidad de las pistolas” ni demostró pragmatismo ideológico alguno. *Batasuna* no pudo actuar entonces como el *Sinn Féin* español. Pero eso no significa que se debilitara la percepción de una clara simbiosis entre el grupo armado (ETA) y el brazo político (*Batasuna*). Al contrario, acentuó la sensación de dependencia del segundo con respecto del primero.

Para situarse en el contexto, no hay que olvidar que la totalidad de los miembros de la *Mesa Nacional* —algo así como el Comité Ejecutivo de *Batasuna*— habían sido condenados por el Tribunal Supremo, en diciembre de 1997, por el delito de colaboración con banda armada.¹⁵ En 1999, el Tribunal Constitucional anuló la condena, pero no porque considerase como no probado el delito de colaboración, sino porque la pena prevista para el mismo en el Código Penal vulneraba por entonces, a juicio del Tribunal, el principio de proporcionalidad, al no ser susceptible de aplicación gradual en función del tipo de colaboración prestada.¹⁶

¹⁵ Los hechos que dieron lugar a la condena de los miembros de la *Mesa de Batasuna* consistieron en la difusión de un video, durante la campaña electoral de 1996, en el que tres terroristas de ETA, cubiertos con capuchas, explicaban los puntos de vista *oficiales* de la organización respecto a la situación política del País Vasco.

¹⁶ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999. Los miembros de *Batasuna* habían sido condenados a siete años de prisión.

El final de la tregua representó el fracaso de la alianza del nacionalismo no violento, representado por PNV-EA, con el entramado de *Batasuna*-ETA. Y terminó también con la esperanza de que los terroristas se avinieran a dejar las armas. En diciembre de 2000, un acuerdo “por las libertades y contra el terrorismo”, suscrito por el PP y el PSOE, hablaba ya de la posibilidad de impulsar reformas legales contra las “actitudes y comportamientos que constituyeran objetivamente colaboración o incitación al terrorismo”. Un primer fruto del acuerdo fue la reforma del Código Penal para hacer mucho más nítida la definición del delito de exaltación del terrorismo. Con ello se hizo posible la persecución penal de los promotores de homenajes a los terroristas, una conducta habitual en *Batasuna*, practicada notoriamente el mismo año 2000 por su portavoz y máximo dirigente a raíz de la muerte de cuatro miembros de ETA mientras manipulaban una bomba.

Otro de los objetivos de la reforma del Código Penal, a la que acabamos de referirnos, fue proteger a las víctimas de los delitos terroristas, y a sus familiares, frente a aquellos actos capaces de producir en ellos sentimientos de “descrédito, menosprecio o humillación”.¹⁷ Este punto de vista, que se refiere a la dignidad de determinadas personas, atañe a los requisitos morales mínimos que se piden al orden democrático de una “sociedad civil”. Esta se nos aparece hoy en el espacio europeo como una nueva abstracción, cuyas condiciones básicas de existencia pueden dar razones para prohibir partidos sobre bases que no son exactamente las de la democracia militante. Así lo analiza con detalle un excelente trabajo sobre los paradigmas justificativos —anti-extremismo, republicanism *negativo* y “sociedad civil”— de la prohibición de partidos.¹⁸

¹⁷ Art. 578 del CP: El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos [de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

¹⁸ Niesen, Peter, “Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties”, en *German Law Journal*, vol. 3, núm. 7, disponible en <http://www.germanlawjournal.com>

La voluntad de introducir estándares mínimos de moralidad política en el régimen jurídico de los partidos fue uno de los argumentos de más peso a la hora de justificar la nueva ley. Durante los meses que precedieron a su aprobación, los impulsores de esta la presentaron como una exigencia que la democracia española no podía dejar de atender por más tiempo. Además, muchos de quienes pusieron más entusiasmo en la defensa de la ley dijeron desconocer o no tener preocupación por las consecuencias inmediatas que pudiera producir la ilegalización de *Batasuna*.

Estrictamente hablando, la ley decepciona si se contempla como lo que su nombre anuncia. No es una ley que aspire a regular de manera completa el régimen de los partidos. Falta absolutamente todo cuanto atañe a la financiación de estos y no es lo suficientemente detallada a la hora de desarrollar el requisito de la democracia interna. En cambio es prolija, hasta lo exasperante, en la regulación de las conductas que pueden dar lugar a una declaración de ilegalidad.¹⁹ Lo que se pide a los partidos es que respeten los valores constitucionales, “expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos”. Y de ahí descienden los supuestos en los que cabe la declaración de ilegalidad, cuando las actividades de los partidos representen una amenaza para los principios democráticos.

Durante la elaboración de la ley se suprimieron algunas causas de ilegalización que fueron consideradas demasiado ambiguas y/o excesivas.²⁰ Tras la depuración parlamentaria, lo que ha quedado en la ley es la prohibición de conductas que, *de forma reiterada y grave*, acrediten simpatía con respecto a los actos violentos o de carácter terrorista. Aunque la ley también se refiere a

¹⁹ Remito a los diferentes análisis ya publicados sobre la ley; entre ellos, el de Luis María Díez Picazo, “Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos”, disponible en <http://www.aranzadi.es/online/publicaciones/aja/diario/activos/d050203/coment.html> y el de Eduardo Virgala, “Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, 2002, pp. 203 y ss.

²⁰ Concretamente, las que se referían a “fomentar un clima social degradado de enfrentamiento y exclusión”, así como a “apoyar a agrupaciones alternativas a las instituciones constitucional y legalmente establecidas”.

la prohibición de conductas que supongan “exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual”, son las conductas relacionadas con el terrorismo las únicas que se contemplan de manera exhaustiva. Así, a título de ejemplo, cuando se habla de “promover, justificar o exculpar los atentados contra la vida o la integridad de las personas”; “fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos”; “apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas”; “colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista”; “utilizar [...] símbolos o mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo”; “dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo”, o “incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo”.

Como puede comprobarse, la lista de conductas es amplia, repetitiva y manifiestamente mejorable desde el punto de vista de la certeza jurídica. Pero el objetivo de la ley es bien concreto y determinado. Podría resumirse en la idea de que la nueva ley exige a los partidos políticos un *precompromiso democrático* expresado en un claro distanciamiento con respecto al terrorismo. Y para ello les prohíbe hacer determinadas cosas y también les obliga a hacer otras, por ejemplo, adoptar medidas disciplinarias contra cualquiera de sus afiliados con doble militancia en organizaciones vinculadas a un grupo terrorista o violento.

En agosto de 2002, un nuevo atentado mortal de ETA, acompañado de la habitual reacción frente a él por parte de *Batasuna*, dio ocasión para que el Congreso de los Diputados ejercitara la acción de ilegalización prevista en la Ley de Partidos ante el Tribunal Supremo. Y simultáneamente, determinadas actuaciones penales seguidas desde hace tiempo en la Audiencia Nacional contra miembros de *Batasuna*, por el delito de colaboración con banda armada, llevaron a la suspensión cautelar de dicho partido y al cierre de sus sedes.

En la demanda de ilegalización se describe la larga historia de connivencia política de *Batasuna* con ETA desde que el partido, con ese u otros nombres, comenzó a actuar públicamen-

te en 1978.²¹ También se aporta abundante material probatorio. Por su parte, los abogados de *Batasuna* basaron su defensa en la inexistencia de vinculación orgánica entre dicho partido y ETA; aduciendo también que la Ley de Partidos es una ley “de caso único” dirigida *ex profeso* contra ellos, y que atenta contra sus derechos fundamentales y determinadas garantías constitucionales básicas.

El Estado democrático de derecho tiene unos componentes y exigencias vinculantes para todos. A los jueces les impone razonar sus decisiones con base en una técnica jurídica cuidadosa y meditada. Su aplicación del derecho es siempre susceptible de control, y en este caso no solo de un control *último e interno* por parte de la justicia constitucional, sino también de carácter transnacional. Pero, por muy sofisticada que haya llegado a ser la técnica jurídica de la libertad en el Estado democrático, nunca podrá ser ciega ante lo que es evidente para cualquiera con someros conocimientos de la vida política española. Y aquí tan evidente es para todos que la Ley de Partidos se hizo con el fin de ilegalizar *Batasuna*, como notorio que *Batasuna* y la organización terrorista ETA han mantenido conexiones organizativas y estratégicas que van mucho más allá de la mera coincidencia ideológica.

1.5. DESDE EL “TRÁNSITO” HACIA LA “LUCHA” POR LA DEMOCRACIA MILITANTE

Para entender la complejidad del escenario político y jurídico abierto por la iniciativa de ilegalizar *Batasuna*, es preciso tener en cuenta varios factores. En el plano jurídico, la cuestión sigue abierta. Y ello no solo porque el asunto ha emprendido ya, por iniciativa del Gobierno vasco, el camino hacia el TEDH, sino porque el propio Tribunal Constitucional español tendrá que volver a pronunciarse en los próximos meses sobre el fondo del problema. La razón de ello es que el sistema español hace compatible, como de sobra es sabido, un control abstracto sobre la constitu-

²¹ Está disponible en <http://www.basque-red.net/cas/bat/doc/dil.htm> donde, en cambio, falta la contestación presentada por la representación de *Batasuna*.

cionalidad de la ley, con una defensa concreta de los posibles derechos fundamentales vulnerados en el momento en el que la ley se aplica. Algo que en el caso presente puede dar lugar a decisiones de fondo reiterativas, sobre todo si tenemos en cuenta que, en el periodo entre marzo y mayo de 2003, se emitieron cuatro importantes decisiones judiciales sobre la prohibición de *Batasuna* y sus consecuencias prácticas: la del Tribunal Constitucional en el recurso interpuesto contra la ley por el Gobierno vasco, la del Tribunal Supremo resolviendo la demanda de ilegalización, y de nuevo las del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en el conflicto planteado por la impugnación en el País Vasco de determinadas listas electorales, en las elecciones locales de mayo de 2003.²²

En el terreno político, las elecciones locales de mayo de 2003 permitieron no solo descartar aquellos vaticinios que pronosticaron, tras la prohibición, la imposibilidad de celebrar los comicios en condiciones normales, sino comprobar cuál ha sido el impacto de la prohibición sobre el clima político y el comportamiento electoral en el País Vasco.

Un argumento jurídico que aparece reiteradamente en la primera de las decisiones del Tribunal Constitucional, así como en la del Tribunal Supremo, es que la ley en absoluto supone un paso hacia la democracia militante. Con ello se paga tributo a la concepción más tradicional de tal idea y se pretende demostrar que, puesto que en la Constitución todo es reformable, todo puede defenderse, siempre que los medios para hacerlo sean legales. Consecuentemente, se insiste mucho en que lo que la ley penaliza es la colaboración material con el terrorismo, demostrada no a través de actos singulares, sino mediante una clara actividad persistente en el tiempo. Y ambas —especialmente la del Tribunal Supremo— hacen un considerable esfuerzo probatorio para demostrar que *Batasuna* había incurrido en tal tipo de conducta, incluso tomando solo como referencia temporal el periodo que se inició tras la aprobación de la ley en junio de 2002.

²² Sentencias del Tribunal Constitucional, 12 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2003, y sentencias del Tribunal Supremo, 27 de marzo de 2003 y 3 de mayo de 2003.

El punto débil de una línea argumental sólidamente trabada radica en la insistencia de resaltar que la ley no persigue ideas. Entonces, ¿qué pasa si un partido considera legítima la violencia terrorista frente a otro tipo de violencia, institucional, de clase o de cualquier otro tipo? ¿Resulta apropiado seguir diciendo que la Constitución sería neutral, incluso en tal caso? ¿O es que cabría una reforma constitucional que hiciera de la violencia un instrumento legítimo? Uno de los puntos más discutidos de la ley es el considerar el rechazo a condenar atentados como una muestra de apoyo tácito al terrorismo (art. 9.3 a de la ley). Si tal cosa sucede sin que se demuestre al mismo tiempo una colaboración más fuerte, es difícil mantener que la ley no está penalizando un tipo de expresión, de odio si se quiere, pero perfectamente legítima desde los condicionantes de un sistema de libertad de expresión.

En realidad, el paso que la ley refleja es la justificada respuesta a una situación insostenible. Sus concretas cláusulas prohibitivas del artículo 9 parecen hechas a la medida para expulsar de la escena política a un partido asociado mediante vínculos personales, ideológicos y organizativos, a un grupo terrorista. Y vista así, bien pudiera ocurrirle que acabara haciendo de todo cuanto atañe al grueso de su contenido, una ley de caso único. Frente a los reproches jurídicos basados en ello, el Tribunal Constitucional recurre a la diferencia entre la *occasio* de la ley, esto es, las razones políticas que llevaron a su aprobación, y la *ratio* de la misma, esto es, el contenido objetivo de una ley que desarrolla en términos generales lo que el artículo 6 de la Constitución exige a los partidos políticos.

Pero el paso hacia la militancia contra la complicidad con el terrorismo no se completa mediante una simple ley y su aplicación *ad casum*. Luego hay que ejecutar las decisiones judiciales y extraer las consecuencias que se derivan de la prohibición de un partido que venía gozando de considerable apoyo electoral en las circunscripciones del País Vasco.²³

²³ Tomando como base las elecciones locales de 1999, el porcentaje de votos a *Batasuna* fue de 27.49% en Guipúzcoa, 16.24% en Vizcaya y 13.91% en Álava.

La respuesta de *Batasuna* frente a la prohibición fue instaurar una llamada “Plataforma por la Autodeterminación” y promover, de cara a las elecciones, candidaturas *independientes* en la mayoría de las circunscripciones del País Vasco. La ley electoral así lo autoriza, pero la nueva Ley de Partidos Políticos también había previsto tal contingencia, añadiendo a la ley electoral un párrafo prohibiendo la presentación de candidaturas a “agrupaciones de electores que, de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido declarado judicialmente ilegal” (art. 44.4 de la Ley Electoral, conforme a la redacción dada al mismo por la Disposición Adicional 2ª de la Ley de Partidos). Ello dio lugar a una nueva batalla judicial, que tuvo que ser resuelta con la rapidez propia de la justicia electoral y que dio lugar a dos nuevas decisiones del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, anulando la mayoría de las listas, con el argumento de que las mismas incluían un buen número de candidatos que habían sido candidatos de *Batasuna* en anteriores elecciones. Esto ocurría, según el Tribunal Supremo, en 241 de las 249 listas “independientes” recurridas por el Fiscal, pero el Tribunal Constitucional rebajó el cómputo hasta 225 listas, por entender que un solo candidato en el total de la lista o una vinculación con *Batasuna* muy alejada en el tiempo no era razón suficiente para anular la entera candidatura.

La consiguiente campaña de *Batasuna*, en favor del uso de papeletas nulas, permite especular acerca del apoyo que el partido declarado ilegal aún conserva en el País Vasco. En las elecciones locales de 1999, *Batasuna* obtuvo un total cercano a los 272 000 votos, incluyendo los resultados obtenidos en el País Vasco y en Navarra. Y en las de 2003, sumando el voto nulo de ambas regiones, la cifra se redujo a 145 850, de los que 127 335 correspondieron al País Vasco. Esas son cifras globales que se prestan a poca discusión. Otra cosa es el cálculo de quien fue el principal beneficiario de la prohibición, pues lo cierto es que en las elecciones de mayo de 2003, todos los partidos que concurrieron a las elecciones en el País Vasco —y de modo especialmente acusado los nacionalistas “legales”— experimentaron un incremento en su porcentaje de voto y en el número de representantes en los ayuntamientos.²⁴

²⁴ Ciñéndonos al País Vasco, la coalición nacionalista PNV-EA incrementó su porcentaje sobre el total de voto válido, desde el 34.16 en 1999 hasta

Para no llevar esta contribución más allá de los límites razonables, no entraremos en tal debate. Simplemente añadiremos que la prohibición de *Batasuna* no parece haber reforzado significativamente la posición de supremacía que ya ostentaba la coalición PNV-EA. Dicha coalición nacionalista viene gobernando en el País Vasco, sola o junto con otros partidos, desde la celebración de las primeras elecciones autonómicas en 1980. Su ambigüedad con respecto al fenómeno terrorista forma parte de una estrategia de confrontación con los partidos “españolistas”, que ha encontrado en la prohibición una nueva y fructífera causa. Su falta de colaboración institucional para lograr una completa ejecución de la sentencia está en la base del enfrentamiento abierto entre el Tribunal Supremo y el Parlamento vasco —donde *Batasuna* cuenta con siete escaños—, motivado por la negativa de este a disolver el grupo parlamentario formado por los representantes de *Batasuna*. Las argucias legales utilizadas para ello —básicamente la defensa de la autonomía parlamentaria y la falta de una previsión expresa en el Reglamento de la Cámara— importan menos que la deslealtad política manifestada por una posición a la que los propios miembros de *Batasuna* pudieron contribuir mediante sus votos.

La cuasiruptura institucional capitaneada por el nacionalismo vasco ha culminado en un plan de reforma del Estatuto de Autonomía —en realidad de reforma de la Constitución por falsa vía—, en el que se da un “salto en el vacío”, para convertir la posición del País Vasco en un “Estado libre asociado” a España.²⁵ Durante la campaña electoral, los terroristas de ETA rechazaron el (llamado) plan Ibarretxe y pidieron el voto para las candidaturas “independientes” anuladas por los jueces. El rechazo del plan se basa sobre todo en que este se refiere solo a las tres provincias del País Vasco, mientras que ETA mantiene su aspiración a reunificar todos los territorios vascos dispersos en el Estado español

el 43.83 en 2003, y de 1 135 concejales a 1 601; el Partido Socialista, PSE-PSOE, de 18.88 a 22.08, y de 243 a 296; el Partido Popular, de 17.49 a 18.71, y de 223 a 232; e Izquierda Unida, de 4.38 a 7.90, y de 26 a 79.

²⁵ Sobre las implicaciones jurídicas y políticas del plan, véanse las contribuciones incluidas en el libro *Estudios sobre la Propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, Oñate, IVAP, 2003.

—las tres provincias vascas más Navarra— y en el Estado francés —territorios de Behenafarroa, Lapurdi y Zuberoa—, para convertirlos en un Estado plenamente independiente. Además, desmintieron que hubieran acordado una tregua encubierta, aunque su comunicado deja entrever sus dificultades para reubicarse en el nuevo escenario producido por la prohibición de *Batasuna*; algo que puede resumirse en la pragmática idea de que el balance entre lo que ETA aporta a *Batasuna* y su entorno, y lo que esta tiene que pagar por su relación con ETA, ha comenzado a ser negativo.

1.6. CONCLUSIÓN

No es previsible que las demandas que *Batasuna* tiene pendientes ante el Tribunal Constitucional obtengan resultados distintos a los que ya conocemos. El acceso del caso al TEDH tampoco parece que pueda alterar la decisión de prohibir, ratificada por los jueces españoles.²⁶ Especialmente si tenemos en cuenta que los tribunales españoles —Supremo y Constitucional— se apoyaron extensamente en la jurisprudencia de Estrasburgo. Con ocasión de un buen número de prohibiciones de partidos políticos llevadas a cabo por Turquía, el TEDH ha tenido, en efecto, ocasión en los últimos años de ocuparse detenidamente de cuándo la prohibición de un partido resulta legítima desde el punto de vista de los estándares de protección asegurados por el Convenio. Ese mismo 2003, la importante decisión de la Gran Sala, en el caso *Partido de la Prosperidad vs. Turquía*, confirma las tesis que el Tribunal ha venido manteniendo.²⁷

El clima post 11 de septiembre favorece sin duda un entendimiento del sistema de libertades donde no cabe connivencia alguna con el fenómeno terrorista. El Gobierno de Aznar —apoya-

²⁶ **Nota de 2018:** el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco contra la Ley de Partidos fue desestimado en la STC 48/2003. Por su parte, el TEDH dictó sentencia en junio de 2009, en el caso *Herri Batasuna y Batasuna vs. España*, declarando conforme al Convenio la aplicación de la Ley de Partidos realizada por las autoridades españolas.

²⁷ Véase la decisión de la Gran Sala, 13 de febrero de 2003, así como la recaída en el caso *Yazar, Karatas, Aksoy and People's Labour Party (HEP) vs. Turkey*, 36 *European Human Rights Reports*, 2003, 6, especialmente párrs. 47-49.

do en esto por la oposición— ha sido especialmente beligerante en difundir la idea de que *Batasuna* y ETA son la misma cosa. Y fruto de ello, ha conseguido que tanto el Departamento de Estado estadounidense como la Unión Europea incluyan a *Batasuna* en sus respectivas “listas negras” de organizaciones terroristas. Paralelamente a tales esfuerzos diplomáticos, que han incluido rápidas respuestas a editoriales de prestigiosos periódicos sobre el “problema vasco”,²⁸ el Gobierno ha impulsado una ley para hacer frente al problema de la financiación del terrorismo, que el Parlamento aprobó con amplísima mayoría.²⁹

La resistencia de la argumentación jurídica para calificar como militante a una democracia que ha decidido emplearse a fondo en la lucha contra el terrorismo no puede entenderse sino como el tributo que seguimos pagando a construcciones doctrinales propias de una época que ya no es la nuestra. Lo que a nosotros nos corresponde, como ciudadanos comprometidos con nuestro estilo de vida, es estar vigilantes para que la lucha contra el terrorismo no se convierta en una “carta blanca” letal para el Estado de derecho.

²⁸ Me refiero al Editorial del *International Herald Tribune*, 25 de junio de 2003, (“Dealing with the Basques”), y a la respuesta de la ministra Ana Palacio, publicada en el mismo periódico el 2 de julio de 2003.

²⁹ Ley 12/2003, de 22 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo. Hay que destacar, asimismo, la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales. La ley introduce reformas en una serie de leyes ordinarias y orgánicas, entre ellas la Ley de Bases del Régimen Local, para adicionar al supuesto de disolución de las corporaciones locales, cuando las mismas actúen de manera gravemente lesiva para el interés general, la presunción *iuris et de iure* de que tal es el caso de los ayuntamientos que adoptan reiteradamente acuerdos, o incurren en actuaciones, que demuestran complicidad o apoyo, expreso o tácito, con el terrorismo.

2. Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa del *ethos* democrático

2.1. INTRODUCCIÓN: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA CAPACIDAD DE LAS PALABRAS PARA HACER DAÑO

La libertad de expresión ocupa, entre los derechos fundamentales, el lugar más cercano al núcleo de lo que solemos entender por Estado democrático. Hay teorías de la democracia que pueden resultar convincentes, pese a silenciar el sitio que en ella ocupan los derechos, pero ninguna teoría es posible sin una referencia, que a menudo es esencial, a la libre circulación de ideas y opiniones.

Bajo la diversidad de fórmulas de reconocimiento y medios de garantía, la libertad de expresarse se nos aparece como la quintaesencia del ser y sentirse libre, y una de las llaves maestras del Estado constitucional desde su primera hora. Quizá por eso no es fácil pensar en ella sin las adherencias teóricas que se le han ido incorporando con el paso del tiempo. Las construcciones doctrinales y las aportaciones de los jueces, en ciertos casos señeros, han convertido el estatuto teórico de la libertad de expresión en algo confuso y alambicado. Todo el mundo entiende en qué consiste —cuál es su *contenido esencial*, valdría decir—, pero cuando se trata de avanzar en la cuestión de hasta qué punto es legítima la expresión de ciertas ideas y sobre la base de qué presupuestos cabe prohibir la difusión de estas en determinados casos, comienzan los desacuerdos.

Ni el más partidario de un entendimiento “absolutista” de la libertad de expresión podrá negar nunca la capacidad de la palabra para hacer daño. Quienes redactaron la Declaración de derechos francesa de 1789 fueron muy conscientes de ello, cuando vincularon la libertad de comunicar pensamientos y opiniones a la “responsabilidad que el abuso de tal libertad genere en los casos determinados en la ley”. Y en Estados Unidos, la deriva preventivo-institucional de la Primera Enmienda (“El Congreso no hará ley alguna que coarte las libertades de expresión y prensa”) no impidió que este aprobara muy pronto, bajo la estela de la tradición inglesa, una *Sedition Act*, castigando la publicación de libelos maliciosos referidos al presidente.¹

La historia de la libertad de expresión suele escribirse explicando su progresivo afianzamiento frente a las censuras e intromisiones injustificadas por parte del poder político. Pero también podría ser escrita como la búsqueda de un sistema de limitaciones que corresponda a la capacidad de las palabras para producir consecuencias dañinas. Capítulos destacados de ella serían la jurisprudencia estadounidense de los años veinte del siglo pasado, y especialmente las aportaciones del juez Holmes sobre el “peligro claro e inminente” y la imposibilidad de amparar el derecho a gritar ¡fuego! en un teatro atestado de gente.² Conti-

¹ La ley, aprobada en 1798, fue un instrumento de la pugna entre los partidarios del presidente, el “federalista” John Adams, y los del vicepresidente, el “republicano” Thomas Jefferson. Tanto este último como Madison consideraron la ley un ataque frontal a la Primera Enmienda y, de hecho, cuando Jefferson ganó las elecciones de 1800, una de sus primeras medidas fue perdonar a quienes habían sido condenados en aplicación de la misma; narra bien el episodio Wagman, Robert J., *The First Amendment Book*, Nueva York, Pharos Books, 1991, cap. 3 (“Press and Speech Freedom: the First Hundred Years”).

² Corte Suprema de Estados Unidos, *Schenk vs. Estados Unidos*, 249 U.S., 47, un caso en el que estaba en entredicho el derecho a criticar la implicación del gobierno de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial por parte de algunos líderes del Partido Socialista y que fue resuelto, por unanimidad, en sentido contrario a tal derecho de crítica. El mejor contraejemplo al célebre “gritar fuego en un teatro” sigue estando, a mi juicio, en el clásico trabajo de Chafee, Zechariah, “Freedom of Speech in War Time”, en *Harvard Law Review*, núm. 32, 1919, en el que se plantea cuál sería la legitimidad de un discurso desarrollado por un espectador del mismo teatro durante el entreacto, poniendo de relieve las insuficiencias y la peligrosidad de las salidas de emergencia.

nuaría con los procesos de Núremberg y la condena al patíbulo de Julius Streicher, acusado de los gravísimos delitos que allí se juzgaron, precisamente en razón de los sentimientos antisemitas que se dedicó a divulgar mediante sus escritos, y especialmente durante la guerra, desde las páginas de *Der Stürmer*.³ Y podría llegar hasta fechas muy recientes, glosando la importante decisión del Tribunal Especial de la ONU para el genocidio de Ruanda, que condena a cadena perpetua a dos altos mandos responsables de medios informativos —uno de ellos conocido popularmente como “Radio machete”— y a 35 años de cárcel a un tercero, por instigar entre la mayoría hutu las horribles matanzas de tutsis caecidas en 1994.⁴

Los esfuerzos de la técnica jurídica encaminados a prevenir los riesgos inherentes a la libertad de palabra se han traducido en un progresivo refinamiento de los límites de la libertad de expresión. El lector del artículo 20 de la Constitución española (CE) podría pensar, por ejemplo, y bien justificadamente, que en el elenco de derechos constitucionales no hay ninguno que esté sujeto a límites tan extensos. Decir, como hace el artículo 20.4,

³ Al respecto, puede verse el libro-reportaje de Overy, Richard, *Interrogatorios. El Tercer Reich en el banquillo*, Barcelona, Tusquets, 2003, donde se narran las dudas sobre la pertinencia de acusar a Streicher, dado su alejamiento de la vida pública desde mucho antes de que comenzara el Holocausto, y el interés en hacerlo, especialmente por parte de los británicos, con el fin de abordar de manera concluyente el problema del racismo del NSDAP. Aunque el libro de Overy no se refiere a ello, también estuvo detenido y sujeto a interrogatorio preliminar Carl Schmitt, cuya línea de defensa se basó en la falta de nexo causal entre las elaboraciones intelectuales y los impulsos para actuar en política. Reproduce íntegramente el interrogatorio de Schmitt, a cargo del estadounidense Robert Kempner, Bendersky, Joseph, “Carl Schmitt at Nuremberg”, en *Telos*, núm. 72, 1987, pp. 91 y ss.

⁴ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ICTR-99-52-T, *The Prosecutor vs. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, sentencia de 3 de diciembre de 2003; disponible en <http://www.ictor.org/ENGLISH/cases/Nahimana/index.htm> “Este caso [señala la propia sentencia en el punto 8 de la Introducción] plantea importantes cuestiones de principio sobre la función de los medios de comunicación a las que ningún tribunal penal internacional se había enfrentado desde Núremberg. La capacidad de los medios de comunicación para crear y destruir valores humanos conlleva una grave responsabilidad. Y quienes controlan tales medio son responsables de las consecuencias que generen”.

que “[...] estas libertades (las de expresión e información) tienen su límite en los derechos reconocidos en este Título (y) en los preceptos de las leyes que lo desarrollan [...]” puede parecer pura retórica, ya que nada añade a cuanto se deduce de los artículos 9.1 y 10.1 —concepción *relacional* y dimensión *objetiva* de los derechos—, o bien, pasar por llamativa desconstitucionalización de lo proclamado en los apartados anteriores. Bien sabemos que esto último no es cierto, pues está la garantía del contenido esencial para impedirlo (art. 53.2), pero en todo caso no deja de ser curioso un “enjambre semántico” como el del artículo en cuestión, tan amplio en el reconocimiento de derechos y expresión de garantías y prohibiciones, como indeterminado y genérico a la hora de contemplar la posibilidad de limitaciones legítimas.

Una interpretación plausible del artículo 20.4 es que, con la llamada al resto de los derechos del Título I, y especialmente a aquellos más susceptibles de ser vulnerados mediante la libertad de expresión, la CE estaría expresando en positivo (“Estas libertades tienen su límite...”) lo que un artículo como el 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) expresa en negativo: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos [...]”.⁵ Pero, con independencia de que la disposición del CEDH es tan solo —¿o nada menos que?— una regla hermenéutica que opera además en sentido bidireccional —respecto a los individuos, pero también con respecto a los Estados—, tal interpretación supondría admitir que la CE recoge en materia de libertad de expresión una prohibición genérica de abuso de derecho fundamental conectada con la persecución de ciertos fines. Y eso, me parece, no se corresponde con lo que ha venido siendo hasta ahora la interpretación ortodoxa y, en términos de juicio global, en materia de aperturas de la Constitución.

Si concebimos, en definitiva, la libertad de expresión como algo consustancial al Estado democrático, pero admitimos al mis-

⁵ Apunta tal posibilidad el temprano trabajo de García Herrera, Miguel Ángel, “Estado democrático y libertad de expresión (I)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 64, 1980, pp. 141 y ss.

mo tiempo la capacidad de la palabra para causar daño, un punto de conexión capital entre las teorías de la democracia y las de la libertad de expresión será el que consista en justificar por qué en determinados casos la defensa de la democracia puede justificar, y aún exigir, la exclusión de ciertos discursos y la disposición de los cauces que correspondan para hacer efectiva aquella responsabilidad a la que ya se refería la Declaración de 1789. Un tema amplísimo, para cuyo tratamiento hemos procedido a “podar”, ya desde el mismo título de nuestra intervención, muchas de las ramas de ese frondoso árbol llamado “Estado democrático y libertad de expresión”.

Nuestro trabajo se refiere a una práctica constitucional concreta, la española, que acaba de cumplir los 25 años de vida. Y lo que pretende poner de relieve es que un determinado entendimiento de los límites de lo constitucionalmente admisible ha venido provocando algunas incoherencias a la hora de justificar ciertos límites de la libertad de expresión en nombre de la defensa de la democracia. Para ello procedemos del siguiente modo: el primer apartado tiene, al igual que el segundo, un contenido puramente especulativo; ahí exponemos lo que nos parece la teoría central desde la que el Tribunal Constitucional español (TC) construye toda su doctrina de las restricciones legítimas, y partimos de la base de que tal teoría no es seguida por el TC hasta sus últimas consecuencias. En el apartado segundo intentamos explicar las razones de esa discordancia y exponemos ciertos argumentos en materia de defensa del *ethos* democrático. Y en los apartados tercero y cuarto examinamos, a la luz de lo dicho, los puntos débiles de la argumentación del Tribunal en sendas categorías de “discurso de odio”: el racista y el de carácter filoterrorista.

2.2. SOBRE AGNOSTICISMOS CONSTITUCIONALES Y BÚSQUEDA DE RAZONES PARA LA INTRANSIGENCIA

No toda teoría de la libertad de expresión es capaz de encontrar un fundamento adecuado para explicar por qué no son admisibles ciertos discursos. De hecho, algunas no se plantean la capacidad de herir de las palabras; o si lo hacen, piensan que es más lo que se pierde prohibiendo que dejando que fluyan. Una teoría de

la libertad de expresión basada en el derecho a la libertad y a la autonomía personal de quien habla tendrá más dificultades para justificar las restricciones que una que tome en cuenta la perspectiva de la audiencia y la dimensión colectiva de tal libertad.⁶

En cierto modo, una Constitución que opta por una prohibición irrestricta de la censura previa es una Constitución que ya ha tomado partido: el derecho a expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones, así como el de comunicar y recibir libremente información se presentan *prima facie* como derechos absolutos, en el sentido de que su ejercicio no está sujeto a formalidades o condicionamientos de ningún tipo. El legislador podrá considerar que hay ciertas categorías de expresión merecedoras en abstracto de sanción penal, y el intérprete tendrá que decidir si cierto discurso está amparado o no por la Constitución, pero los conflictos en la materia suelen ser conflictos “de hecho consumado”. Es verdad que tal característica no es privativa de los conflictos a propósito de la libertad de expresión, pero se trata de un ámbito en el que, con frecuencia, la dimensión propedéutica de la jurisprudencia del caso sobrepasa por mucho a sus dimensiones reparadoras o vindicativas.⁷

El carácter indeterminado y deliberadamente amplísimo de los límites de la libertad de expresión es además un factor que realza el valor de la “regla jurisprudencial”. Solo esta permite satisfacer hasta cierto punto las aspiraciones de cognoscibilidad y certeza jurídicas que la Constitución, por sí sola, no es capaz de dar.⁸ Además, en este ámbito esto es así con una particularidad: la de que la consistencia —y la coherencia— de las reglas juris-

⁶ *Cfr.*, en general, desarrollando el argumento a propósito de la pornografía, Dworkin, Ronald, “Do We Have a Right to Pornography?”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 335 y ss.

⁷ Lo cual hace, dicho sea de paso, que en términos de análisis económico del derecho, la decisión de llevar adelante conflictos por tal motivo se aparezca muchas veces como irracional y causante de efectos contrapuestos (notoriedad, difusión, permanencia en el tiempo, etc.) a los que se pretenden.

⁸ Sobre este aspecto, referido al derecho penal, *cfr.*, en general, el trabajo de Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002.

prudenciales sobre el significado y los límites de la libertad de expresión (que es el genérico con el que nos referimos a *todas* las libertades del art. 20 CE) están acentuadamente marcadas por la impronta de la teoría justificativa elegida por el intérprete. Ello quiere decir que según cuál sea el valor o significado último que se le atribuya a la libertad de expresión, así podrá ensancharse o reducirse el alcance de los límites, y así podrá advertirse si la línea explicativa del caso concreto resulta o no coherente con el punto de partida elegido.

Las teorías justificativas de la libertad de expresión han acabado por adquirir una fuerte dimensión normativa. Se ha producido aquí un curioso fenómeno de *contagio* y *ósmosis jurisprudencial*, en un viaje de ida —pero no de vuelta— desde la Corte Suprema de Estados Unidos a la justicia transnacional europea —Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sobre todo—, y de ahí a los tribunales nacionales. Pero tal dimensión normativa hace que a veces se olvide lo que tales teorías tienen de reconstrucción artificiosa. Quiero decir: dista mucho de ser evidente que la libertad de expresión cumpla en la práctica las funciones que los tribunales dicen que cumple; estamos más bien en el terreno de las declaraciones axiomáticas: se *adscribe* un significado a la libertad de expresión y desde ese postulado teórico se *extrae* una doctrina sobre los límites, que no siempre aparece dotada de la claridad y consistencia que serían de desear.⁹

¿Cuáles son las teorías justificativas hacia las que el TC español se ha mostrado más adepto? En una apretada síntesis podría decirse que hay una teoría *fuerte* que prevalece desde el principio sobre todas las otras. Dicha teoría sirve para construir la línea divisoria que separa la libertad de expresión, propiamente dicha, de los derechos a comunicar y recibir información; y es además el núcleo en torno al cual parecen girar los *dicta* jurisprudencia-

⁹ Como dice gráficamente Robert Post, refiriéndose a la cuestión en Estados Unidos, “[...] las palabras simples y rotundas de la Primera Enmienda flotan sobre un tumultuoso mar doctrinal. La jurisprudencia sobre libertad de expresión [...] es llamativa por su capacidad para generar reglas abundantes y contradictorias y por su caótica acumulación de métodos y teorías”, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, Working Paper 9, 2000, Institute of Governmental Studies.

les más o menos favorables a reconocer la legitimidad constitucional de ciertos discursos.

Dicha teoría preponderante en la jurisprudencia constitucional española rememora la célebre aportación de Alexander Meiklejohn sobre “La libertad de palabra y su relación con el autogobierno”.¹⁰ Se trata, como es sabido, de una defensa instrumental de la libertad de expresión, por lo que tiene de relevante para la formación de una opinión pública libre y la realización del valor pluralismo.¹¹ Está conectada con las necesidades de un discurso público “poderoso y desinhibido” y con la capacidad para debatir sin restricciones los asuntos de interés público de cada momento. Este tema *central* admite muchas variaciones, pero en lo esencial ha servido para establecer la célebre regla de colisión, consistente en afirmar la “posición preferente” de las libertades del artículo 20, siempre que lo que se halle en juego sea el conocimiento de *hechos o informaciones* de interés público.

Si de lo que se trata es de facilitar el proceso democrático, es fácil convenir que ciertos tipos de discurso son susceptibles de ser excluidos *a priori*, debido a su nula contribución a dicho proceso. De hecho, incluso en el modelo de un partidario del entendimiento más radical de la libertad de expresión, como Meiklejohn, la función de los poderes públicos bien podría concebirse sobre la imagen de lo que debe hacer el (buen) moderador de una asamblea: regular imparcialmente el debate, alentándolo, pero sin claudicar ante actitudes o comportamientos que pongan en peligro la posibilidad misma del diálogo.

Pero tal posibilidad no se aprecia, ni siquiera por aproximación, en la jurisprudencia del TC. La discusión de los asuntos de interés público aparece en ella como un prerequisite del orden

¹⁰ Meiklejohn, Alexander, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Nueva York, Harper and Brothers, 1948.

¹¹ El FJ. (fundamento jurídico) 3 de la STC 6/1981 lo dice con elocuencia difícilmente superable: “El artículo 20 de la CE, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la CE consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad que enuncia el artículo 1.2 de la CE, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política”.

democrático, que alcanza su mayor intensidad cuando se trata de criticar la actuación de los gobernantes. Un célebre *dictum* del caso *New York Times Co. vs. Sullivan* actúa entonces como la fuente inspiradora para situar la libertad de expresión en un lugar en el que las restricciones tienen poca cabida. Me refiero a aquel pasaje de la sentencia en el que la Corte Suprema de Estados Unidos afirma contemplar el caso “con el trasfondo del arraigado compromiso nacional en favor del principio de que la discusión sobre los asuntos públicos ha de ser desinhibida, consistente y amplia, de tal manera que la misma bien puede conllevar críticas vehementes o cáusticas, así como ataques incisivos que resulten poco gratos para el gobierno o para quienes desempeñan cargos públicos”.¹² Esta afirmación también ha sido recogida y repetida hasta la saciedad por el TEDH, pero aquí con el añadido de que el “pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras”, sin las cuales no hay sociedad democrática, exige dar cobertura a las “ideas” o “informaciones” contempladas como inofensivas o indiferentes, pero también a aquellas otras “capaces de ofender, sacudir o molestar al Estado o a un sector de la población”.¹³

Como punto de partida, una visión semejante de las funciones de la libertad de expresión en la sociedad democrática no parece propicia para interferencias de los poderes públicos en el libre flujo del discurso. Si hay algún guardián, este no debería ser otro que aquel que cumpla las funciones de regulador último de los conflictos, y con un cometido no muy distinto al de “desobturar” y reforzar, cuando fuere necesario, los canales participativos, por decirlo de acuerdo con el famoso modelo explicativo de la revisión judicial defendido por Ely.¹⁴

Y sin embargo, hablando en términos generales, que bien podrían abarcar el estado de la cuestión en el nivel europeo, sabe-

¹² Corte Suprema de Estados Unidos, *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 US, 1964, 254, 270; sobre la historia del caso puede verse la monografía de Lewis, Anthony, *Make no Law. The Sullivan Case and the First Amendment*, Nueva York, Random House, 1991.

¹³ *Cfr.*, por ejemplo, el párr. 65 de la sentencia del TEDH, *Handyside vs. Reino Unido*, 1 *European Human Rights Reports (EHRR)*, 1979, 737, que creo es la primera de una larguísima saga que realiza esas afirmaciones.

¹⁴ Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

mos que el de las libertades de expresión e información no es un ámbito que se preste fácilmente a regirse por reglas absolutas. La zona gris situada entre lo claramente permitido y lo meridianamente prohibido siempre plantea a la decisión jurisprudencial el reto de justificar las excepciones a la lógica del autogobierno y el fomento de la tolerancia. En el caso español, y al menos por lo que se refiere al derecho a comunicar información, dicha tarea justificativa viene facilitada por el requisito de que la misma ha de ser “veraz” (art. 20.1.d), una exigencia bastante infrecuente, por cierto, en el panorama comparado. Pero la subjetivización del requisito llevada a cabo por el TC, en el sentido de no excluir el “derecho al error” por parte del informador, sino tan solo la transmisión maliciosa y consciente de falsedades, ha minusvalorado bastante el alcance del requisito.¹⁵

Lo que defendemos en este trabajo es que la vía seguida por el TC español para excluir ciertos discursos del ámbito protegido por el artículo 20 adolece de considerables problemas de coherencia interna, y ello por llevar aparejada la defensa de concepciones incompatibles. Por un lado, el TC sigue aferrado a la idea de que una Constitución como la española, carente de límites materiales para la reforma constitucional, no puede imponer más limitaciones que las derivadas del respeto a los procedimientos y a las reglas del juego del proceso democrático; pero, por otro lado, no ha planteado objeción alguna a la posibilidad de prohibir en términos absolutos la difusión de ciertas ideas, algo que se corresponde precisamente con una determinada defensa del *ethos* democrático, compartida en el nivel europeo y plenamente asumida por España.

Ambas concepciones, imposibles de reconciliar entre sí, son consecuencia de lo que pudiéramos llamar el “síndrome de Wei-

¹⁵ Cfr., por todas, el FJ. 5 de la STC 6/1988: “Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz», no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas [...] cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado”.

mar”, al que ahora mismo me referiré. Pero además, cuando se compara la jurisprudencia del TC español en torno a dos categorías distintas de “discurso de odio”, el de carácter racista y el filoterrorista, se comprueba que las aproximaciones de carácter absoluto utilizadas por el TC en el primero de tales ámbitos no se han aplicado como pauta o criterio interpretativo en el segundo.

2.3. LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA Y EL “SÍNDROME DE WEIMAR”

Llamo “síndrome de Weimar” al influjo que la secuencia de los acontecimientos relacionados con el acceso al poder del nacional-socialismo y la destrucción de la democracia en Alemania, continúa ejerciendo sobre ciertos planteamientos generales en materia de defensa de la Constitución. Entiéndase bien: no es que impugne la impronta histórica de los hechos que estuvieron en la raíz de la Segunda Guerra Mundial. De ellos, y del rechazo frontal de las experiencias totalitarias, viene hoy el constitucionalismo. Lo que afirmo es que el planteamiento teórico de la defensa de la democracia se nos aparece quizá demasiado marcado por ciertas “ilusiones del jurista” y, concretamente, por la creencia de que en ella ocupan un lugar decisivo las disposiciones sobre la reforma constitucional.

Como es sabido, este síndrome tiene su origen en las aportaciones de Carl Schmitt y en las ironías que dirigió contra el indiferentismo ideológico de la Constitución de Weimar. En *Legalidad y legitimidad*, publicado por vez primera en 1932, Schmitt asocia las posibilidades de hacer frente a las ideologías extremistas a la existencia de un núcleo constitucional inquebrantable y resistente a la operación de reforma. Y esta tesis se vio, según él, confirmada mediante el cambio radical de perspectiva operado en las disposiciones de los artículos 79 y concordantes de la *Grundgesetz* de 1949.¹⁶ Además, no debe olvidarse que el propio concepto de “democracia militante”, cuyo paradigma para la teo-

¹⁶ Cfr. la Introducción, escrita por el propio Schmitt, a una edición de 1968, sobre la que se basa la traducción española, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Alianza Editorial, 1971.

ría constitucional sigue siendo el de la actual Constitución alemana, se fraguó como una respuesta *ad hoc* frente a la situación de ciertas democracias durante el periodo de entreguerras.¹⁷

El influjo del síndrome de Weimar ha estado bien presente durante muchos años en la práctica constitucional española. Las disposiciones de la CE en materia de reforma, con el “troceamiento” de la Constitución en parcelas más o menos fáciles de reformar, pero reformables al fin, así como la posibilidad de una “revisión total” de la Constitución, han actuado quizá como los argumentos más fuertes en favor de un ensanchamiento indefinido de los límites de la tolerancia.

Una de las manifestaciones más espectaculares de tal actitud ha sido la renuencia a extraer consecuencia alguna de las exigencias de “respeto a la Constitución y a la ley” que el artículo 6 de la CE impone a los partidos políticos. Una situación a la que vino a poner fin la aprobación de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, por virtud de la cual el Congreso de los Diputados instó y obtuvo del Tribunal Supremo (TS) un pronunciamiento favorable a la prohibición de un partido, debido a sus conexiones con la banda terrorista ETA.¹⁸

Aunque no es el propósito de este trabajo discutir si la nueva Ley de Partidos configura las cláusulas prohibitivas sobre la base de persecución de fines ideológicos, no deja de ser curioso que la sentencia del TS decretando la disolución de *Batasuna*, así como las dos dictadas por el TC, una resolviendo el recurso de incons-

¹⁷ Loewenstein, Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights”, en *The American Political Science Review*, vol. XXXI, núm. 3, pp. 417 y ss., y núm. 4, pp. 638 y ss., ambos de 1937. Sobre el problema de la defensa de la democracia durante el periodo de entreguerras, *cf.*, en general, Capoccia, Giovanni, “Defending Democracy in Inter-war Europe”, en *European Journal of Political Research*, vol. 39, núm. 4, 2001, pp. 431 y ss.

¹⁸ Sobre la prohibición de *Batasuna* me permito remitir a mi trabajo “The Move Towards (and The Struggle for) Militant Democracy in Spain”, disponible en www.essex.ac.uk/ECPR/events/generalconference/marburg/papers así como a las ponencias (a cargo de Bastida Freijedo y Blanco Valdés) y comunicaciones presentadas al Primer Congreso de la Asociación de Constitucionalistas Españoles, recogidas en López Guerra, Luis y Espín, Eduardo (eds.), *La defensa del Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

titucionalidad contra la Ley de Partidos (STC 48/2003) y otra decidiendo sobre el amparo presentado contra la sentencia del Supremo (STC 5/2004), continúan repitiendo que, puesto que todo es reformable, cualquier proyecto ideológico es compatible con la Constitución, siempre que se persiga por medios legítimos, con el corolario de que el carácter militante de la Constitución se deniega fehacientemente.¹⁹

El tópico de la falta de militancia, argumentado desde las disposiciones sobre la reforma, es algo que aparece aquí y allá en algunas de las decisiones clave del TC. Y aunque bien sé que ello no equivale a indolencia o indiferentismo constitucional —entre otras cosas porque no creo que ninguna Constitución digna de tal nombre pueda ser solo Constitución *de procedimientos*— es algo que plantea graves dificultades para una estructuración coherente de la defensa de la democracia. Recordemos, por ejemplo, el caso —o mejor, la saga de casos— donde se cuestionó si era constitucionalmente válido que los reglamentos parlamentarios condicionaran el ejercicio del mandato a la prestación de un juramento o promesa de acatar la Constitución.²⁰ El TC resolvió que sí lo era y admitió incluso que, a tal efecto, una mera resolución supletoria de la presidencia de la Cámara podría contemplar la fórmula ritual de prestar dicho juramento o promesa.²¹ El proble-

¹⁹ Cfr. el FJ. 1º.3 de la sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003, y los FFJJ. 6 y 7 de la STC 48/2003, así como el 17 de la STC 5/2004. “En nuestro ordenamiento constitucional [se lee, por ejemplo en la STC 48/2003] no tiene cabida un modelo de democracia militante [...], esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. *Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta [...]*”.

²⁰ Sobre este problema y, en general, sobre los límites de la apertura constitucional, es de gran utilidad el libro de Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw Hill, 1997.

²¹ Véase, por todas, la STC 101/1983, donde se destaca la especial intensidad del deber de sujeción a la Constitución en el caso de los titulares de cargos públicos; pero sin dejar de señalar, a renglón seguido, que ello “no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total

ma surgió cuando los diputados electos de la misma formación política —cuya disolución fue decretada años más tarde por el Tribunal Supremo— decidieron manipular la fórmula ritual, anteponiendo a la misma las palabras “por imperativo legal”. En la STC 119/1990, la cuestión se resuelve invocando una interpretación “integradora” de la Constitución (*sic*) y en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos (véanse los FFJJ. 4 y 7 de la misma). Y en la 79/91 (que afectaba a senadores de *Herri Batasuna*), lo mismo, pero con marcada proclamación del indiferentismo ideológico de la Constitución.²² A poco que ambas sentencias hubieran profundizado en lo que significa la lealtad constitucional, y en la cualidad del acto de jurar o prometer como “expresión realizativa”, el resultado no hubiera podido ser otro que la negativa a dar validez a una argucia que suponía en la práctica desvirtuar por completo los objetivos perseguidos por el requisito en cuestión.²³

La principal patología del “síndrome de Weimar”, con su fijación germana, es que dificulta apreciar la medida en que la defensa del *ethos* democrático se ha diversificado en el constitucionalismo de nuestros días. Una democracia puede ser intolerante —institucionalmente intolerante— pese a carecer de fórmulas pétreas en cuanto a la reforma de la Constitución; y a la inversa,

contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo (*sic*) de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los artículos 166 y siguientes de la Ley fundamental”. (FJ. 3)

²² “El acatamiento a la Constitución, como instrumento de integración política y de defensa constitucional, exige una clara manifestación formal de voluntad, *pero no entraña una prohibición de representar o perseguir ideales políticos diversos de los encarnados por la Constitución, siempre que se respeten las reglas del juego político democrático [...]*”. (FJ. 5)

²³ El sintagma “expresión realizativa” (*performative utterance*) procede, como se adivina, de la filosofía del lenguaje de John Langshaw Austin, en la traducción española de su obra *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós, 1998. Característica de las mismas es que al emitir la expresión se realiza un acto (“ilocucionario”, lo llama el traductor). Y no casualmente el “Sí juro” es elegido por Austin como ejemplo típico de ellas. Profundiza en el significado de la promesa como “acto ilocucionario” el discípulo de Austin, Searle, John, *Actos de habla*, Madrid, Cátedra, 2001, pp. 62 y ss., donde se explica precisamente cómo las promesas, al convertirse en “defectivas”, mutan radicalmente su significado.

puede practicar formas extremas de tolerancia e impedir al mismo tiempo la reforma de alguna parte sustancial de la Constitución.²⁴ Dicho con otras palabras: para ser *militante* y defender su propia subsistencia, una democracia puede acudir a expedientes distintos de los que utiliza la Constitución alemana, con su paradigmática prohibición de los partidos que “por sus fines o la actitud de sus adherentes tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia [...]” (art. 21.2).²⁵

La pujanza cobrada en las sociedades democráticas de nuestros días por el viejo dilema “qué margen de libertad para los enemigos de la libertad” nos obliga, me parece, a renunciar a ciertas inercias teóricas y a replantear sobre bases más sólidas los fundamentos y la legitimidad de ciertas acciones de intransigencia. Si, vistas las cosas desde la óptica de las funciones que desempeña la libertad de expresión en la formación de una opinión pública libre, creemos que lo esencial no es que se diga cualquier cosa, sino —parafraseando a Meiklejohn— tan solo “aquello que merezca la pena ser dicho”, entonces habrá que esforzarse en razonar por qué determinados discursos no cumplen tal requisito. A tal efecto, una posibilidad es decir que no lo cumplen ciertas manifestaciones ideológicas, debido a su incompatibilidad frontal con las bases ideológicas de la Constitución. Es lo que hace la Constitución de Alemania mediante una opción, elevada a categoría, que pretende ser —neutralmente— antiextremista, pero cuyos problemas de acomodo con las exigencias de lo que hoy

²⁴ Un desarrollo de este argumento puede verse en el ya clásico trabajo de Fox, Gregory y Nolte, Georg, “Intolerant Democracies”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 36, núm. 1, 1995, pp. 1 y ss.

²⁵ El modelo agotó quizá sus frutos con las dos históricas decisiones del Tribunal Constitucional alemán, prohibiendo la refundación del partido nazi (1953) y el partido comunista (1956). De hecho, con motivo del reciente intento de ilegalizar un partido de extrema derecha, como el NPD, intento frustrado definitivamente en marzo de 2003 por el propio Tribunal Constitucional, no han faltado comentarios doctrinales poniendo de relieve las múltiples contradicciones inherentes al concepto de democracia militante, y las escasas posibilidades de aplicación de un artículo como el 21.3; *cfr.*, en este sentido, el trabajo de Rensmann, Thilo, “Procedural Fairness in a Militant Democracy: The «Uprising of the Decent» Fails Before the Federal Constitutional Court”, en *German Law Journal*, vol. 4, núm. 11, 2003, pp. 1117 y ss.

entendemos por orden democrático neutralizan bastante su potencial práctico.²⁶

Una segunda posibilidad consiste en el repudio expreso de ciertas experiencias históricas, en respuesta a las cuales y mediante un proceso político de ruptura con el pasado, se erige un nuevo orden constitucional. Y como corolario del nuevo comienzo, la estrategia de cierre del pasado se materializa en una prohibición *ad hoc* dirigida contra los intentos de vivificar ciertos partidos, ideologías o símbolos. Es un modelo por el que optaron, en sus “momentos” constitucionales correspondientes, Italia (Disposición Transitoria XII) y Portugal (art. 51.4), y que ha cobrado un nuevo auge en algunas de las nuevas constituciones de los países del Este de Europa.²⁷ Además, este principio de exclusiones *ad hoc*, calificado como modelo de “republicanismo negativo” (Niesen), le ha servido al TEDH para dotar de plena virtualidad a la prohibición del abuso de derecho del artículo 17 del Convenio, excluyendo *a priori* del ámbito protegido por el artículo 10 el discurso de impronta filonazi.²⁸

Y una tercera posibilidad puede basarse, finalmente, en la profundización de las implicaciones morales y normativas del propio concepto de democracia. Aquí no se trataría ya de razonar salvando lo contradictorio de ciertas exclusiones o resaltando su carácter excepcional, sino de argumentar directamente desde la necesidad de mantener en el presente —y preservar para el futuro— el reconocimiento de igual dignidad y respeto recíproco, como condiciones *sine qua non* del proceso democrático.

²⁶ Además del trabajo de Rensman recién citado, véase para esto y, en general, para lo que sigue el de Niesen, Peter, “Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties”, en *German Law Journal*, vol.3, núm. 7, 2002, disponible en <http://www.germanlawjournal.com>

²⁷ Un ejemplo paradigmático es el del art. 13 de la Constitución de Polonia de 1997, con su prohibición de los partidos y organizaciones “cuyos programas estén basados en los métodos de actuación del nazismo, el fascismo o el comunismo”.

²⁸ Permítaseme remitir, para un tratamiento detenido del asunto, a mi trabajo *La Europa de los derechos, entre tolerancia e intransigencia*, Madrid, Difusión Jurídica, 2008.

La jurisprudencia del TC niega fehacientemente la presencia de cualquier atisbo antiextremista en el sistema constitucional español y es por completo ajena a un paradigma de “republicanismo negativo”, que ciertamente encaja mal con las características de nuestra transición a la democracia. En cambio, sí justifica ciertos límites de la libertad de expresión recurriendo a la idea central de la dignidad de la persona. Pero ese modelo de razonamiento desde las necesidades de la “sociedad civil” aparece lastreado por un punto de partida —el del derecho al honor— que no sé si es el más indicado; y además, el TC lo ha venido aplicando en el caso de un cierto tipo de “discurso de odio”, el de carácter racista —o, mejor dicho, filonazi—, pero no —o al menos no del todo— en otro supuesto en el que hubieran sobrado las razones para hacerlo: el del discurso filoterrorista.

2.4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DISCURSO RACISTA

Uno de los contrastes más intrigante entre la jurisprudencia estadounidense y la europea en materia de libertad de expresión es el que se produce precisamente en el ámbito del “discurso de odio”. Decisiones como la que autorizó una manifestación de nazis en un distrito habitado mayoritariamente por judíos o, más recientemente, la que declaró contrario a la Primera Enmienda un estatuto que penalizaba la quema de cruces con ánimo intimidatorio, resultan llamativas no ya desde los estándares nacionales europeos, sino desde los recogidos por el derecho internacional.²⁹

²⁹ Me refiero especialmente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 20.2) y al Convenio para la Eliminación de la Discriminación Racial, cuyo art. 4 establece obligaciones precisas para los Estados en materia de lucha contra la propaganda de ideas racistas. Uno y otro artículo de tales textos internacionales fueron objeto de sendas reservas al momento de la ratificación por Estados Unidos, dirigidas a desvincularse de cualquier obligación “que pudiera infringir el derecho constitucional a la libertad de expresión”. La decisión, conocida como la de los “nazis en Skokie”, es *Collin vs. Smith*, 578 F.2d. 1197, 7th. Cir. 1978; la de la quema de cruces como manifestación de hostilidad contra los negros, es *R.A.V. vs. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 1992, a la que puede añadirse, en idéntico sentido, una de 2003: *Virginia vs. Black*. Véanse, entre otros muchos, Rosenfeld,

La explicación más evidente de tal discordancia es la que se centra en la persistencia de los sentimientos asociados a la tragedia europea del siglo xx y en los peligros asociados a la complacencia con el discurso racista. Ambos factores, presentes de manera especialmente intensa en Alemania, vendrían a ser razones sobradas para justificar determinados absolutos en la definición de límites, y para alimentar de continuo un compromiso europeo en la lucha contra el racismo.

Pero más allá de la característica genéticamente antifascista de la democracia en Europa —de la que tanto hablara Bobbio—, una explicación más sofisticada de aquella divergencia es la que se apoya en un supuesto influjo de ciertas culturas del honor que están muy presentes en Europa y faltan en Estados Unidos. Esta tesis se sostiene en un extenso estudio comparativo sobre las implicaciones de la —llamada por el autor— “ley de civilidad” en Alemania y Francia, por un lado, y en Estados Unidos, por el otro.³⁰ Mientras que en los dos primeros casos, ciertas “gramáticas del honor”, asociadas a la emulación de la antigua cultura aristocrática del duelo, habrían desembocado en rígidas “normas” —sociales y jurídicas— dirigidas a salvaguardar la consideración y el respeto en las relaciones interpersonales, en Estados Unidos el proceso de igualación “por abajo” habría situado el valor de la llaneza y la sinceridad por encima de las exigencias de la consideración y la etiqueta.

Aunque ese apretado resumen traiciona un poco las sugestivas tesis del autor, lo que nos interesa destacar es que la herencia europea de la cultura del honor produce una ley del insulto que actúa como límite de la expresión, algo que, desde luego, cuadra perfectamente con la opinión del TC español y su insistencia en

Michael, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, en *Cardozo Law Review*, vol. 24, núm. 4, 2003, pp. 1523 y ss.; Kübler, Friedrich, “How Much Freedom of Speech?: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights”, en *Hofstra Law Review*, vol. 27, 1998, pp. 335 y ss.; Douglas-Scott, Sionaidh, “The Hatredfulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches”, en *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol 7, núm. 2, 1999, pp. 305 y ss.

³⁰ Whitman, James Q., “Enforcing Civility and Respect: Thre Societies”, en *The Yale Law Journal*, vol. 109, núm. 6, 2000, pp. 1279 y ss.

que la Constitución no ampara el derecho al insulto.³¹ También se corresponde con tales tesis la necesidad de un artículo como el 26 de la CE, que contiene una tajante prohibición de tribunales de honor en la Administración y en las organizaciones profesionales, ámbitos en los que aquellos se venían desempeñando con celo. En cambio, basta un seguimiento superficial de una parte no desdeñable de la programación de las televisiones, públicas y privadas, para comprobar la grotesca farsa en que ha degenerado la ley del respeto interpersonal, y la defensa de los viejos códigos del honor aristocrático por obra de un cierto sector social que se caracteriza, precisa y exclusivamente, por el *factum* de su visibilidad pública.

Sea como fuere, la doctrina del TC en materia de discurso racista continúa basculando sobre el derecho al honor. No es ajeno a ello la propia escasez de decisiones de fondo al respecto —únicamente dos sentencias resolviendo amparos—³² como tampoco lo es que el hecho de que ambas decisiones daten de una época en la que el legislador no había iniciado aún el posicionamiento contra las actitudes xenófobas o racistas que adoptó, a partir de 1995, con la aprobación del nuevo Código Penal.

Las peculiaridades del caso *Violeta Friedman*, fallado en 1991, han hecho de él una de las causas más célebres en los anales jurisprudenciales del TC. El semanario *Tiempo* consideró que podía tener interés —lo que de por sí es bastante dudoso— difundir una entrevista-reportaje con el señor Leon Degrelle, excombatiente nazi durante la guerra y antiguo jefe de *Rex*, un partido fascista belga fundado en 1930. En ella, Degrelle, suponemos que azuzado por el entrevistador, denuncia el “victimismo” de los judíos y se suma al coro de quienes ponen en duda que las cámaras de gas existieran alguna vez. La señora Violeta Friedman, que había estado internada en Auschwitz, donde su familia —padres, abuelos maternos y una bisabuela— murió gaseada, interpuso una demanda civil por el cauce de la Ley Orgánica 1/1982, de “protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar

³¹ Véase, por todas, el FJ. 8 de la STC 105/90 (caso *José María García*).

³² Se trata de la STC 214/1991 (caso *Violeta Friedman*), que comentamos en seguida, y la STC 176/1995 (caso *Cómic racista*).

y a la propia imagen”. En las dos instancias de la vía ordinaria, las decisiones judiciales se aferraron al sesgo personalísimo del honor —la denunciante no había sido aludida en las declaraciones— y denegaron a la demandante legitimación activa, postura que fue confirmada en casación por el Tribunal Supremo.

La concurrencia del requisito de la postulación procesal en la señora Friedman quedaba así vinculada de forma inseparable con la cuestión de fondo. Si las opiniones de Degrelle eran susceptibles de lesionar en concreto el honor de esta, la había; pero si estas no se consideraban difamatorias, la señora Friedman carecía de legitimación activa. El TC resuelve la disyuntiva resaltando que el recurso de amparo se vincula en la Constitución a la mera presencia de un “interés legítimo” (art. 162.1.b CE) y entra al fondo, lo que produce en este caso las curiosas consecuencias desde un punto de vista procesal que no dejan de señalarse en un voto particular. Pero lo más llamativo es que, para otorgar el amparo y “reconocer a la recurrente el derecho al honor” —con cuya declaración y la consiguiente nulidad de lo decidido por la jurisdicción ordinaria agota el amparo sus efectos— el TC se ve obligado a alargar el ámbito de incidencia del derecho al honor hasta un punto que va mucho más allá de su tradicional significado.

Lo que siempre se ha entendido por honor como bien jurídico objeto de protección tiene que ver con la estima, el aprecio o la consideración ajenas. Es un derecho de la personalidad cuyo ámbito de actuación son las relaciones interpersonales y, en el plano de la protección penal, un bien cuya tutela no se considera, debido a la falta del suficiente interés público, merecedora de la intervención de oficio.³³ Para poder identificar como atentado al honor de una persona concreta las manifestaciones genéricas del señor Degrelle, el TC necesitó realizar varias operaciones sucesivas: primera, dar un salto desde la dimensión subjetiva del honor hasta una dimensión objetiva del mismo, por su vinculación con la dignidad de la persona y la consiguiente responsabilidad del “Estado español de derecho” para reaccionar contra las campañas de carácter racista o xenófobo, contrarias a la igualdad; segunda,

³³ En la doctrina española puede verse la monografía de Vidal Marín, Tomás, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid, BOE-CEPC, 2000.

reconocer a todos y cada uno de los miembros de “grupos étnicos o sociales determinados” el derecho a obtener satisfacción frente a ofensas dirigidas contra el colectivo, y tercera, atribuir a las manifestaciones de Degrelle un carácter ofensivo y, por tanto, indigno de la protección constitucional de la libertad de expresión.

Las tres operaciones son realizadas por el TC de la manera más convincente, mediante unos razonamientos que, como ya hemos dicho, son pioneros con respecto a las reformas que el legislador acometería en los años sucesivos.³⁴ El *obiter dictum* con el que arranca el fundamento 8 se presenta, sin embargo, en contradicción frontal con alguna de ellas. Me refiero a aquella parte de la sentencia en la que el TC da a entender que la libertad de expresión ampara el derecho a poner en duda la existencia de cámaras de gas en los campos de exterminio.³⁵

El artículo 607.2 del Código Penal castiga precisamente “[...] la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas *que nieguen* o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo [...]” (se refiere a diversos actos delictivos “[...] realizados con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”). En enero de 2000, el TC recha-

³⁴ La propia Ley Orgánica 1/1982, de protección del derecho al honor, fue reformada mediante la Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal. El apdo. 7 de su art. 7, que es el que define lo que la propia ley considera intromisiones ilegítimas, quedó redactado en términos mucho más amplios (“La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”).

³⁵ “[...] es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean [y ciertamente lo son por negar la evidencia de la historia] quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión [...] Pero también es indudable que, en las declaraciones publicadas, el demandado no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas [...], sino que [...] efectuó juicios ofensivos al pueblo judío [...]”. Una amplia defensa del derecho a poner en duda hechos históricos, al amparo de la libertad de expresión, en el que se cita el párr. recién transcrito, puede verse en el voto particular del magistrado Conde Martín de Hijas a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 1 de abril de 1995 (art. 3169).

zó la admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 607.2 planteada por una Audiencia Provincial.³⁶ En el auto de planteamiento, la Sala de la Audiencia Provincial de Barcelona sostiene que la conducta allí sancionada “[...] no tiene otro contenido que la difusión de ideas o doctrinas que nieguen determinados hechos históricos [...], sin que exista ningún otro elemento, como la incitación a la realización de conductas [...], o bien que tales doctrinas lleven aparejadas expresiones o manifestaciones que atenten contra la dignidad de las personas”.³⁷ Pero el TC no entró a responder tales argumentos, debido a que consideró prematuro el planteamiento de la cuestión, al tener la Sala pendiente de resolver un recurso solicitando la práctica de determinadas pruebas y la celebración de vista oral.³⁸

De todos modos, si tuviéramos que despejar la duda de constitucionalidad sobre la penalización del “negacionismo” a la luz de lo que el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado al respecto, no habría lugar para matices: según el TEDH, acusar a las propias víctimas de falsear la historia e incurrir en cuestionamientos relativos a la existencia de crímenes contra la humanidad se presenta como “[...] una de las formas más graves de difamación racial contra los judíos y de incitación al odio contra ellos [...]”, cosas que para el Tribunal son incompatibles con el sistema del Convenio y denotan, por parte de quienes las difunden, “[...] una intención destructiva contraria al artículo 17 del mismo”.³⁹

³⁶ Véase Tribunal Constitucional, auto 24/2000, de 18 de enero.

³⁷ Audiencia Provincial de Barcelona, apelación penal 0024/1999, caso *Librería Europa*. Comenta muy críticamente la postura de la Audiencia Martínez Sospedra, Manuel, “Aplastar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP”, en *Revista General de Derecho*, núms. 664-665, 2000, pp. 99 y ss.

³⁸ **Nota de 2018:** finalmente, el Tribunal Constitucional entró al fondo cuando la cuestión fue planteada de nuevo en el momento procesal oportuno y resolvió en la STC 235/2007 que el art. 607.2 era parcialmente inconstitucional, por cuanto penalizaba el mero cuestionamiento o negación del Holocausto cuando no iba acompañado de la intención de menospreciar o humillar a las víctimas. Véanse ulteriores referencias en el trabajo sobre los discursos de odio que cierra el presente volumen.

³⁹ *Garaudy vs. Francia*, demanda 65831/01, decisión de la sección cuarta, de 24 de junio de 2003, párr. 1 de los *En Droit* (cdos.). Y véase, como con-

Ventajas de un sistema en el que cláusulas prohibitivas de contenido absoluto (como la del citado art. 17 del CEDH, reproducido también en el 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) no tienen que leerse a la luz de disposición alguna situada en un plano superior, como le ocurre al 607.2 del Código Penal español, un artículo objeto de abundantes críticas por parte de la doctrina.⁴⁰ Y otro tanto cabe decir del artículo 510.1 del mismo Código Penal, en el que se tipifica la “[...] *provocación* a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias [...]”. Se trata de un delito calificado por la dogmática penal como “de peligro abstracto”, por lo que ha sido interpretado en el sentido de que el tipo no incluye entre sus elementos esenciales la concreción, simultánea o futura, de resultado delictivo alguno.⁴¹

Es decir, algo que trasladado al campo del derecho constitucional recuerda aquel famoso criterio de la *bad tendency*, o peligro potencial, utilizado en 1919 por la Corte Suprema de Estados Unidos para reprimir la difusión de ideas comunistas y frente al cual los jueces Brandeis y Holmes, en un voto particular conjunto, escribieron una de las páginas más brillantes en defensa de la libertad de expresión.⁴² Se lee allí que quienes hicieron la Consti-

traste, *Leideux e Isorni vs. Francia*, 30 EHRR (1998), 665, que considera desproporcionada la sanción penal impuesta en Francia a quienes divulgaron un escrito justificando la actitud colaboracionista del mariscal Pétain durante la guerra.

⁴⁰ Véanse, por todos, Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 1422 y ss.; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 657 y ss.

⁴¹ En este sentido, es ejemplar la sentencia en primera instancia del ya citado caso de la *Librería Europa*, sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, 16 de noviembre de 1998, cuyo contenido íntegro puede consultarse en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/sentencia_varela_europa.html *Ley de Partidos* (**Nota de 2018**: y véase, al respecto, el trabajo sobre los discursos de odio que cierra este volumen).

⁴² El caso es *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357, 1927; véase Blasi, Vincent, “The First Amendment and the Ideal of Civil Courage: The Brandeis Opinion in *Whitney vs. California*”, en *William and Mary Law Review*, vol. 29, núm. 4, 1988, pp. 653 y ss.

tución creyeron que “la libertad es el secreto de la felicidad, pero que la valentía es el secreto de la libertad”, y que el derecho de decir lo que se piensa “es algo indispensable para descubrir y difundir la verdad política”. Del racismo, y más concretamente del antisemitismo, sabemos por amargas experiencias históricas que nada cabe esperar ya desde el punto de vista de la averiguación de la verdad, ni desde ningún otro. Me parece que sobran las razones para ser intransigente.

Pero, dicho esto, también hay que ser conscientes de que, al hacer anatema de ciertos discursos, producimos un rotundo “efecto de desaliento” sobre el ejercicio de la libertad de expresión que no sé si encaja en el sistema de garantías y limitaciones del artículo 20 de la CE. Por ejemplo, en el caso *Cómic racista* (STC 176/1995) se denegó el amparo frente a una condena penal por el delito de injurias. Estas se produjeron como consecuencia de la publicación de unas viñetas agrupadas bajo el título “Hitler=SS”, cuyos autores —un guionista y un dibujante de nacionalidad francesa— las crearon con el propósito de satirizar y ridiculizar las opiniones del líder de la extrema derecha francesa, Le Pen.⁴³ Pues bien, aunque no faltan en la sentencia las correspondientes loas de la tolerancia y ciertas “perlas” propias del “síndrome de Weimar” en fase aguda (“al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático”),⁴⁴

⁴³ Como se dice en la demanda de amparo (antecedente 1 de la STC), el cómic fue concebido como respuesta al auge obtenido en un cierto momento por el fenómeno Le Pen, frente al cual los autores “[...] se plantearon la realización de un cómic en el que satirizar y ridiculizar, con el grafismo y el lenguaje que le es propio, el fenómeno distorsionador o negador de la existencia de los campos de exterminio nazis, tomando como idea estandarte las frases y escritos del líder de la extrema derecha francesa, Le Pen. Cobra por ello todo su sentido la apostilla crítica y satírica, contenida en el libro, de que «todo parecido con seis millones de personas que jamás han existido es pura coincidencia», frase atribuida precisamente a dicho dirigente político”.

⁴⁴ FJ. 2. Y añade: “La Constitución, se ha dicho, protege también a quienes la niegan. En consecuencia, no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria [...]”.

lo cierto es que el *animus iocandi*, al que la jurisdicción ordinaria no otorgó eficacia exculpatoria, tampoco se considera relevante, desde la perspectiva constitucional, como criterio para tener en cuenta en el juicio de ponderación.⁴⁵

2.5. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DISCURSO FILOTERRORISTA

Antes de seguir adelante, y para intentar explicar mejor mi argumentación, me gustaría recapitular. He sostenido que la elasticidad del artículo 20 de la CE en materia de límites de la libertad de expresión confiere a la jurisprudencia sobre la materia un rango equiparable al de un conjunto de reglas subconstitucionales. He afirmado también que el sentido de tales reglas depende en buena medida de las teorías sobre el valor de la libertad de expresión en una sociedad democrática y que es, a la luz de la teoría por la que se opte, como pueden valorarse la solidez y la coherencia de las decisiones judiciales. He discutido el valor que han alcanzado, en la argumentación sobre límites de la libertad de expresión, las disposiciones sobre la reforma constitucional, y he descrito diversas formas de ser “militante” en defensa del *ethos* democrático. Todo eso es lo que me propuse explicar antes de resumir la aportación del TC en materia de los dos tipos de “discurso de odio”. En el primer tipo, el del discurso racista, hemos visto que la jurisprudencia constitucional fue por delante del legislador, en el sentido de que “creó” una regla clara y absoluta: el discurso de carácter racista —aunque más exacto sería decir “filonazi”— no tiene cobertura constitucional, por su carácter potencialmente lesivo de la dignidad y del honor de unos colectivos, cuyos miembros están habilitados, a título individual, para reaccionar contra las ofensas infligidas al grupo.

Lo que afirmo es que una regla semejante, que era identificable desde la STC 214/1991, falta todavía hoy en el campo del discurso filoterrorista. Con ello —me apresuro a decirlo— no estoy

⁴⁵ “Un cómic como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, *por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío [...]*”. (FJ. 5)

achacando al TC inadvertencia o descuido alguno. El TC decide casos y controversias, pero solo en la medida y hasta el punto en el que se le plantean. Y es además el intérprete *supremo* de la Constitución, lo que no implica obligación alguna de “mostrar el camino” al legislador. Simplemente constato que la jurisprudencia sobre libertad de expresión en asuntos que, al mismo tiempo, tienen una conexión más o menos cercana con el fenómeno terrorista tiene un notable déficit de razonamientos *desde o a partir del* mínimo ético de conformidad con el cual cabe esperar que se desenvuelva lo que los juristas llamamos a veces las “relaciones horizontales” (y los sociólogos el “proceso cívico”). Desde esa perspectiva, sorprende el poco espacio que ha encontrado en la jurisprudencia constitucional el genérico derecho a la libertad de los más —entendido al modo *hobbesiano* como *freedom from fear* frente a discursos amenazantes— y la escasa consideración prestada al “punto de vista” de un grupo bien concreto y determinado: el de las víctimas del terrorismo y sus familias. Algo tanto más sorprendente cuanto que sobran las razones para considerar que tal grupo no deja de ser una *discrete and insular minority*, merecedora de tutela reforzada.

Expuesta la opinión, ahorraré al lector el examen detallado de una serie bastante amplia de casos y me limitaré a destacar —siempre con el riesgo de parcialidad que ello conlleva— unos pocos rasgos de la jurisprudencia que me parecen muy ilustrativos.

El grado de violencia existente en la sociedad del País Vasco, desde los mismos inicios de la transición, se observa muy bien en un par de casos resueltos por el TC en los años ochenta. Uno es el caso *Castells* (STC 51/1985), en que el Tribunal no amparó a un senador de la izquierda independentista vasca, condenado por el delito de injurias al gobierno. El proceso penal se inició a raíz de la publicación por parte de Castells de un artículo de prensa titulado “Insultante impunidad”, en el que acusaba abiertamente al gobierno de pasividad frente a los crímenes que ciertos grupos de extrema derecha estaban cometiendo en ese entonces en el País Vasco. El Código Penal parecía estar inspirado en aquel momento por el axioma de derecho inglés *the greater the truth, the greater the libel*, de manera que no admitía en ese tipo de delito los eventuales efectos exculpatórios de la *exceptio veritatis*. Y tal

exclusión, junto con el hecho de que el condenado ostentara la condición de parlamentario, fueron dos argumentos que pesaron decisivamente para que la denuncia contra España, por haber vulnerado la libertad de expresión, diera lugar a una sentencia condenatoria del TEDH.⁴⁶ Todo esto parece tan conforme con las reglas más básicas de un sistema de libertad de expresión, que no es infrecuente ver citado el caso *Castells* como un ejemplo señero de lo que el TEDH puede hacer para remediar ciertos excesos inquisitoriales de los Estados. Pero el caso también puede analizarse desde una perspectiva que no aparece de forma tan patente: dado el clima de extrema violencia que a la sazón padecía el País Vasco, ¿no estaría transmitiendo el artículo de *Castells* un claro mensaje dirigido a alentar y justificar los atentados contra las fuerzas de orden público, como una legítima respuesta frente a la pasividad del gobierno? Jochen Frowein, que en aquel entonces era miembro de la Comisión, así lo sostuvo en un voto particular, en el que afirma que estamos ante un ejemplo clarísimo de “mensaje con consecuencias directas”.⁴⁷

⁴⁶ *Castells vs. España*, 14 EHRR, 1992, 345. Véanse, especialmente, los párrs. 42 y ss., donde el TEDH se expresa sobre el derecho a criticar la actuación del gobierno.

⁴⁷ “Durante el periodo en cuestión [se lee en el voto particular] España asistía a la transformación de un Estado autoritario en uno democrático. En las provincias vascas, determinadas organizaciones terroristas estaban matando continuamente a miembros de la policía, algo que ocurría en 1979, y sigue ocurriendo hoy [...]. La mayoría ha infravalorado el contexto en que se produjo la publicación del artículo. Dicho artículo no expresa solo una crítica a las autoridades por su actitud pasiva, sino que defiende que es la propia policía la que mata. Cuando un político [...] difunde esas afirmaciones, ello no puede ser interpretado sino como una justificación para matar [...]. Tal es el mensaje del artículo [...]”; *Castells vs. España*, demanda 11.798/1985, decisión de 8 de enero de 1991. Y véanse los comentarios, a propósito del caso, del propio Frowein en “Incitement against Democracy as a Limitation of Freedom of Speech”, en Kretzmer, David y Hazan, Francine Kershman (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, La Haya-Londres-Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 33 y ss. Como dato adicional a la opinión de Frowein, quizá no es ocioso recordar que en 1979 los atentados de la banda terrorista ETA produjeron 76 víctimas mortales, lo que convierte a dicho año en el segundo con más víctimas mortales —el primero fue 1980, con 92— desde que ETA comenzó a matar, en 1968.

El otro caso al que me gustaría referirme es el resuelto en la STC 105/1983 (caso *Vinader*). En él se niega el amparo a un periodista condenado por “imprudencia profesional grave” a raíz de la publicación de una entrevista con un policía en la que se daban los nombres —y se publicaban las fotos— de determinadas personas relacionadas con la extrema derecha. La dilucidación del concepto de “reportaje neutral”, o el alcance de la categoría de la inducción, queda allí desplazado por las consecuencias letales que tuvo la difusión de la entrevista: dos de las personas señaladas en ella resultaron asesinadas. Y esto, dice lacónicamente el TC, “era perfectamente previsible, habida cuenta de la realidad social públicamente conocida” (FJ. 9).

El caso *Vinader* es un ejemplo de libro para explicar el significado de las “palabras de combate”, una categoría tan difícil de precisar en abstracto, como fácil de entender a la luz de las circunstancias del caso.⁴⁸ En España, el criterio del “quebrantamiento de la paz pública” recuerda demasiado al concepto de orden público del que se abusó en el pasado para imposibilitar el despliegue de los derechos.⁴⁹ Y por otra parte, es dudoso que nuestro derecho de daños posibilite reaccionar, como ocurre en Estados Unidos, contra quien cause intencionadamente aflicción anímica —*intentional affliction of emotional distress*—.⁵⁰ Las leyes penales suelen delimitar, en este ámbito, las fronteras de la expresión legítima mediante el recurso a la categoría de la provocación o la apología del delito.⁵¹ Pero el inconveniente de esa apro-

⁴⁸ En el momento de escribir esto (septiembre de 2004), los periódicos traen otro ejemplo de libro. Como protesta por la crisis del sector del calzado en una localidad del levante español dedicada tradicionalmente al mismo, fue convocada una manifestación mediante unos pasquines anónimos cuyo texto incluía la invitación “a volcar y quemar contenedores de zapato asiático”. El resultado fue la quema no solo de contenedores, sino de dos naves industriales propiedad de inmigrantes chinos.

⁴⁹ Véase, por todos, el ya clásico estudio de Ballbé, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza Editorial, 1983.

⁵⁰ Véase el trabajo de Withman, James Q., “Enforcing Civility and Respect”, ... *cit.*

⁵¹ “La provocación existe [dice el art. 18 del Código Penal] cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier

ximación es que aboga por una interdependencia entre palabras y hechos —cumplida fatalmente en el caso *Vinader*—, que no deja ver la capacidad violenta que ciertas palabras o discursos tienen de por sí, esto es, con independencia de las consecuencias que las mismas puedan acarrear.⁵²

Sobre el conflicto entre apología del delito y libertad de expresión contamos también, al menos, con dos pronunciamientos del TC: la STC 159/1986 (caso *Egin*), que otorgó el amparo al director de una revista que había sido condenado por publicar un comunicado de ETA, aduciendo el valor institucional de la opinión pública y la fuerza expansiva de los derechos fundamentales;⁵³ y la STC 199/1987 (caso *Ley antiterrorista II*), que vino a decir que la escasa trascendencia de la apología como categoría delictiva hacía injustificado y contrario a la Constitución el intento de incluir en el ámbito de aplicación de la ley antiterrorista a quienes “hicieran apología” de los delitos contemplados en la misma: “La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas ac-

otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”; “la apología solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”; véase, con referencia a los delitos de terrorismo, Ruiz Landáburu, María José, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, Colex, 2002.

⁵² Como dice Schauer, habría que partir más bien de una concepción probabilística del nexo causal, esto es, de la admisión como hipótesis de que ciertos discursos, en determinadas circunstancias y difundidos entre determinados sujetos, aumentan la probabilidad de que haya más actos violentos de los que habría sin ellos; pero, dada la falta de constatación empírica, eso supone emplear categorías *adscriptivas* y no *descriptivas*. Pero también las teorías sobre la libertad de expresión, añade Schauer, son más *adscriptivas* que *descriptivas*; Schauer, Frederick, “Speech, Behaviour and the Interdependence of Fact and Value”, en Kretzmer, David y Hazan, Francine Kershman (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, ...*cit.*, pp. 43 y ss.

⁵³ “No cabe duda de que la erradicación de la violencia terrorista encierra un interés político y social de la máxima importancia, pero ello no autoriza a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual, para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida”. (FJ. 7)

ciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos”. (FJ. 4)

Aunque en 2000 el legislador reformó el artículo 578 del Código Penal, precisamente con el objeto de tutelar los sentimientos de las víctimas de los delitos de terrorismo y los de sus familias,⁵⁴ el argumento de la “diferencia constitutiva” entre la apología y los delitos de terrorismo sigue teniendo gran ascendente jurisprudencial. Es indudable que hay razones de peso para que las cosas sean de esa manera, pero el precio a pagar es que, en muchos casos, hace inviable el cumplimiento de los objetivos buscados mediante la sanción penal. En este sentido, es muy expresivo el auto de la Sala de lo Penal del TS, de 23 de mayo de 2002 (recurso 29/2001), en el que se archiva la querrela presentada contra un relevante miembro de *Batasuna* (y parlamentario vasco) por haber proferido durante un mitin celebrado en San Juan de Luz (Francia) —es decir, a apenas a 20 km de la frontera— expresiones de apoyo a ETA. El alcance extraterritorial de la jurisdicción española para conocer de los delitos de terrorismo cometidos fuera del territorio nacional —se razona en el auto— no cubre la apología, “pues la diferencia (con respecto a los delitos de terrorismo propiamente dichos) es tan clara que mientras la primera clase de acciones se ha perseguido y se persigue siempre en todas sus modalidades, la segunda (la apología) *a veces es impune y con frecuencia conoce solo fórmulas atenuadas de persecución*”.⁵⁵

⁵⁴ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, que dio la siguiente redacción al art. 578 CP: “El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código (que son los que se agrupan en la Sección correspondiente bajo la rúbrica «De los delitos de terrorismo»), o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

⁵⁵ Para decirlo todo, hay que apresurarse a añadir que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco condenó en abril de 2004, por enaltecimiento del terrorismo, al mismo dirigente político y parlamentario vasco, contra el que se interpuso la querrela a la que acabamos de referirnos; véase *El País*, 3 de abril de 2004, p. 20.

Al referirse —de modo impreciso, pero desde luego certero— a la impunidad ocasional de la apología, el autor de ese auto bien pudo tener *in mente* la STC 136/1999 (caso *Mesa de Herri Batasuna*), que es sin duda la decisión central sobre nuestro tema. El TC anuló allí la condena a siete años de cárcel, impuesta por el TS a los miembros de la *Mesa Nacional* —algo así como el Comité Ejecutivo de *Herri Batasuna*— por el delito de colaboración con el terrorismo. Como se recordará, el argumento de la mayoría fue que el precepto del Código Penal que tipificaba por entonces el delito de colaboración era contrario al principio de proporcionalidad, “[...] en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada”.⁵⁶ La conducta enjuiciada consistió en el intento de destinar los espacios gratuitos de propaganda, cedidos a *Herri Batasuna* en la radio-televisión pública durante una campaña electoral, para difundir un video —en el que aparecían unos encapuchados portando armas— y una cuña radiofónica, transmitiendo un mensaje de la banda terrorista ETA, llamado por ella “Alternativa Democrática”. El intento resultó frustrado mediante un auto de un Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional que prohibió la difusión, pero el video fue utilizado profusamente por *Herri Batasuna*, que además hizo públicos varios comunicados en los que ciertos homicidios cometidos durante aquellas fechas por ETA —entre ellos el del expresidente del TC, Tomás y Valiente, en febrero de 1996— se justificaban por la cerrazón del Gobierno a aceptar la “Alternativa Democrática”.⁵⁷

⁵⁶ FJ. 30 de la STC 136/1999. El artículo en cuestión era el 174 *bis* del Código Penal de 1973, que ya estaba derogado en el momento del pronunciamiento del TC. El artículo preveía una pena de prisión mayor (que va desde un mínimo de seis años y un día, hasta un máximo de doce) para “[...] el que obtenga, reciba o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada [...] y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas”.

⁵⁷ Sobre la STC 136/1999 puede verse el trabajo de Bilbao Ubillos, José María, “La excarcelación tenía un precio: el Tribunal Constitucional enmienda la plana al legislador, Comentario a la STC 136/1999 en el caso de la Mesa Nacional de HB”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000; y, en general, para entender las circunstancias del caso, es muy reco-

Pues bien, la querrela de la “Asociación de Víctimas del Terrorismo” frente a tales comunicados, por apología (arts. 216 *bis* y 268 del Código Penal de 1973), no encuentra en la sentencia del TS resultado favorable, pues tales comunicados no suponen, según el TS, “[...] la manifestación pública de solidaridad con una actividad delictiva que se dirija y sea apta o capaz de provocar su perpetración” (FJ. 30 de la STS, Sala Segunda, de 29 de noviembre de 1997). Cierto, pues refiriéndose los comunicados a hechos del pasado, mal podrían actuar como provocación. Y la sentencia del Tribunal Constitucional, que analiza sobre todo el contenido del video y las cuñas radiofónicas, tampoco profundiza demasiado en los efectos que pudieran producir. Descarta, eso sí, que pueda hablarse aquí de “reportaje neutral” (FFJJ. 17 y 18) y además reconoce que el contenido del mensaje era amenazante (FJ. 20). Pero veamos los *obiter dicta*.

En primer lugar, el TC sugiere que un reportaje neutral no se define por su contenido. Luego, como si hubiéramos estado en presencia de un reportaje de ese tipo, se nos sugiere la irrelevancia de los efectos amenazantes o vejatorios que el mismo pudiera producir. Y en segundo lugar y más importante: el propio fundamento jurídico 20, en el que se establece sin rodeos el carácter amenazante del mensaje, introduce como presupuesto de lo que a continuación se dice sobre la proporcionalidad, un tópico que no puede ser, dadas las circunstancias del caso, más inoportuno. Me refiero al efecto de desaliento sobre el ejercicio de los derechos: “[...] una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares [...] pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada”.⁵⁸

¿Para qué seguir? Por obra de esa desafortunada doctrina, debe tenerse cuidado para no disuadir a los verdugos y sus cóm-

mendable el excelente libro de Barbería, José Luis y Unzueta, Patxo, *Cómo hemos llegado a esto. La crisis vasca*, Madrid, Taurus, 2003.

⁵⁸ Sobre la teoría del efecto desaliento en la doctrina del TC puede verse el trabajo de Domingo Pérez, Tomás de, “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* o efecto desaliento”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122, 2003, pp. 141 y ss.

plices de ejercer sin temores la libertad de expresión, pero esa observación hace todavía más llamativo el silencio sobre los efectos potenciales que sus discursos y proclamas son susceptibles de causar, sobre la generalidad de los ciudadanos y sobre grupos concretos.⁵⁹

2.6. CONCLUSIÓN

Un sistema de libertad de expresión que descarta la censura previa y configura el secuestro de publicaciones como una posibilidad excepcional y solo al alcance del poder judicial es un sistema que bascula necesariamente sobre la responsabilidad individual y la capacidad de raciocinio de los seres humanos. Mantener las condiciones para que un sistema semejante sea posible es, en cambio, una tarea institucional que exige de legisladores y jueces considerables dosis de buen sentido, para evaluar cuándo y en qué medida están justificadas sus interferencias en el ámbito de la comunicación pública. La historia nos ha enseñado que la razón no siempre está del lado de quien todo lo fía al discernimiento de los ciudadanos para ignorar ciertos discursos o dejarse seducir por ellos. Esa visión optimista sobre las virtudes del libre flujo de la información es, al fin y al cabo, lo mismo que cualquiera otra que pudiera oponérsele, una construcción artificiosa y abstracta. En cambio, el daño que la difusión de ciertos mensajes es capaz de causar a individuos o a grupos puede llegar a tener efectos muy determinados y concretos.

Una buena teoría permitirá afrontar los conflictos de la vida real con buenos argumentos, pero siempre llegará un punto a partir del cual habrá que defender ciertas posiciones de principio, porque consideramos que estas son las que permiten un proyecto

⁵⁹ Como dice irónicamente el firmante de uno de los votos particulares, “Si así fuese [quiere decir, si hubiese efecto disuasorio], mejor que mejor. Si esta norma desanima a eventuales coautores, cómplices o encubridores de actividades terroristas, habrá conseguido su función de «prevención general» propia de toda pena. Si en cambio se pretende decir que disuade o desalienta de incurrir en estas aventuras a cualesquiera otros ciudadanos o partidos políticos, paladines y arquitectos del sistema democrático, que jamás han predicado la violencia y siempre la han condenado actuando constantemente con absoluta lealtad constitucional, lo rechazo”.

de vida en común superior a cualquier otro de los que tengamos noticia. Si creemos en el valor de la igualdad, podremos tolerar creencias que sostengan la sumisión de la mujer a la autoridad del marido, pero nunca podremos transigir con la justificación de —y menos aún con la invitación a— los malos tratos en el ámbito doméstico.⁶⁰

Si somos conscientes de las características que van cobrando nuestras sociedades desarrolladas, no es difícil percibir que la de los límites de la expresión, en aras de la convivencia democrática, se va a convertir durante los próximos años en uno de los retos más importantes a los que habrá que hacer frente. Por lo que se refiere a España, y hablando en términos generales, he intentado demostrar que la jurisprudencia constitucional ha sido intransigente con el discurso racista —sobre todo con el de un cierto tipo, el antisemita, que es el único respecto al que contamos con decisiones *ad hoc*— y tolerante con el discurso justificador del terrorismo. Pero tal generalización se refiere a un pasado que comenzó a cerrarse desde la aprobación de la nueva Ley de Partidos en 2002.

La justicia constitucional convalidó el deseo del legislador de avanzar hacia alguna forma de democracia militante —aunque renegara de llamarla así—, y seguramente ese tránsito ya no admite vuelta atrás, sobre todo después de la terrible conmoción causada por los atentados terroristas de marzo de 2004, un acontecimiento que posiblemente haya acabado para siempre con la edad de la inocencia democrática.⁶¹

⁶⁰ Véase la sentencia del Juzgado de lo Penal 3 de Barcelona, de 12 de enero de 2004 (disponible en la web), en la que se condena a una pena de un año y tres meses de prisión, como autor del delito de provocación a la violencia por razón de género, a Mohamed K. M. Este, conocido popularmente como “el imán de Fuengirola”, es el autor de un libro titulado *La mujer en el Islam*, en el que se justifica el castigo corporal de carácter leve y contra cuyo contenido se querellaron varias asociaciones de mujeres.

⁶¹ **Nota de 2018:** me refiero a los atentados mediante mochilas bomba que fueron colocadas por terroristas de *Al Qaeda* en diversos trenes de Cercanías que se dirigían hacia la estación de Atocha, en Madrid, la mañana del 11 de marzo de 2004 y que causaron 190 muertes.

3. Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

3.1. INTRODUCCIÓN

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cierra su articulado con una disposición cuyo tenor literal es el siguiente: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta”.¹ El artículo en cuestión ha pasado a ser en el Proyecto de Tratado Constitucional el II-114, y aparece encabezado bajo la rúbrica “Prohibición del abuso de derecho”.

El trabajo que ahora emprendemos intenta dar respuestas a los muchos interrogantes que una disposición como la transcrita plantea a cualquier jurista acostumbrado a hacer exégesis de textos legislativos, y familiarizado con la idea de que no hay en ellos disposiciones *vacías*, a modo de mero tributo a las necesidades de la retórica, y carentes de fuerza normativa. Si el derecho consiste

¹ Pese al carácter farragoso de su castellano, manifiestamente mejorable mediante una versión más cuidadosa, cito literalmente la versión incorporada con carácter definitivo al Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2004.

en “cómo hacer cosas con palabras” —por tomar prestado el título de la conocida obra de J. L. Austin—, y si admitimos que lo que ellas dicen tiende a cobrar vida propia con respecto a la voluntad de quienes las redactaron (“la ley es más inteligente que el legislador”), creando impulsos para actuar o produciendo “estados de cosas”,² entonces es misión del intérprete no ya desentrañar lo que el texto haya querido decir, sino indagar las posibilidades abiertas por el mismo, intentando descubrir aquello que prescribe, para separarlo de lo que excluye y proscribire.

No son pocas las dificultades que una tarea semejante plantea en el caso en examen. En primer lugar porque, como se deduce de su tenor literal, se trata de hacer exégesis de una norma interpretativa, es decir, una norma de segundo grado, con vocación explícita de servir de guía-directriz para la aplicación de otras normas, y no con la de alcanzar fuerza sustantiva capaz de fundamentar, por sí sola, determinadas decisiones. Es esta una característica que comparten la totalidad de las disposiciones agrupadas en los últimos cuatro artículos de la Carta, los del Capítulo VII sobre “Disposiciones generales”, que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta, dedicados respectivamente al ámbito de aplicación de ella (art. II-111), al alcance e interpretación de los derechos y principios (art. II-112), a su nivel de protección con respecto al derecho comunitario y al derecho internacional de los derechos humanos (art. II-113) y, como ya hemos dicho, a la prohibición del abuso de derecho (art. II-114), que viene a actuar, así, como “cláusula-cierre” de la Carta en su conjunto.

No es de extrañar que entre una bibliografía sobre la Carta, que ya va siendo inabarcable, sean tales disposiciones las que susciten más dudas y tesis aproximativas. Al fin y al cabo, todo

² Me refiero, como se adivina, a la teoría de los “actos lingüísticos”, con origen en la citada obra de John L. Austin, y desarrollada por John R. Searle, en su libro *Speech Acts* (“Actos de habla”, en la trad. publicada por Cátedra en 1980) y, en general, por Ota Weinberger y Neil MacCormick, los principales exponentes de la llamada corriente neoinstitucionalista del pensamiento jurídico; amplias referencias pueden verse en La Torre, Massimo, “Ota Weinberger, Neil MacCormick e il neoinstituzionalismo giuridico”, en Zanetti, Gianfrancesco (ed.), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milán, Cortina, 1999, pp. 1 y ss.

lo demás, es decir, las disposiciones de carácter sustantivo recogidas en los demás artículos, *suenan* a música tan conocida, que no hay argumento justificativo de las bondades y ventajas de la Carta tan repetido como el de la meridiana *visibilidad* del sistema de los derechos lograda por ella.³

Tampoco el actual estatus del documento facilita las cosas. La Carta es por el momento puro *law on the books*, un texto que seduce por muchas razones, pero situado desde el ya lejano plazo de espera marcado en el Consejo de Niza de diciembre de 2000, en el limbo de las especulaciones y glosas tentativas de la comunidad científica. Acerca de su irresistible valor simbólico y

³ Argumento en el que, por lo demás, abunda el propio preámbulo de la Carta: “[...] La Unión contribuye al mantenimiento de [estos] valores comunes, respetando la diversidad de las culturas y de las tradiciones de los pueblos europeos, la identidad nacional de los Estados miembros y su respectivo ordenamiento de los poderes públicos a nivel nacional, regional y local; intenta promover un desarrollo equilibrado y sostenible, y asegura la libertad de circulación de personas, bienes, servicios y capitales, además de la libertad de establecimiento. A tal fin, es necesario, *haciéndolos más visibles mediante una Carta*, reforzar la tutela de los derechos fundamentales a la luz de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los desarrollos científicos y tecnológicos”. En 1999, el llamado “Informe Simitis” —*Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea: ha llegado el momento de actuar*— ya había utilizado profusamente el argumento de la visibilidad de los derechos para propugnar la redacción de una tabla comunitaria. En general, sobre los dos aspectos indicados, “visibilidad” de los derechos y valor de las llamadas “cláusulas horizontales”, *cfr.*, respectivamente, los trabajos de Rubio Llorente, Francisco y Alonso García, Ricardo, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión” y “Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, ambos en García de Enterría, Eduardo (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*; Madrid, Colegio Libre de Eméritos-Civitas, 2002, pp. 113 y ss. Desde una perspectiva más actual, que ya da cuenta de las modificaciones experimentadas por la Carta al hilo de su incorporación al Proyecto de Tratado, interesan sendos trabajos de Pedro Cruz Villalón y Alejandro Sáiz Arnaiz; se trata, respectivamente, de “La Carta o el convidado de piedra (una mirada a la Parte II del Proyecto de Tratado/Constitución para Europa”, incluido ahora en *La Constitución inédita*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 115 y ss., y “Constitución y derechos: la Carta «retocada», el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado”, en Albertí, Enoch (dir.) y Roig, Eduard (coord.), *El Proyecto de nueva Constitución Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 327 y ss.

prospectivo dice mucho el hecho de que, no obstante su déficit normativo, la Carta es un argumento de autoridad en la jurisprudencia de los tribunales a escala europea.

El destino de la Carta se nos aparece indisolublemente unido al de la suerte que corra el Proyecto de Tratado Constitucional.⁴ El protagonismo de ella en las estipulaciones iniciales del tratado redobla el interés de una disposición como la de la prohibición del abuso de derecho, algo cuya contribución más importante bien pudiera acabar siendo, quizá sin pretenderlo, la de delimitar los contornos de unas supuestas señas de identidad europeas.⁵ La quintaesencia de las mismas vendría representada, en lo político y en lo jurídico, por un sistema de los derechos y de las libertades, incorporado finalmente a los tratados constitutivos y protegido en su conjunto mediante el artículo en cuestión, verdadera válvula de seguridad contra los usos desleales de tal sistema, dirigidos a destruirlo.

A la vista de su redacción, cabe plantearse muchas cosas. Una primera atañe a la rúbrica del artículo y se traduce en un interrogante sobre el extraño recuso a una figura como la del abuso de derecho. El examen de las fuentes que la explican puede resultar ilustrador, pero quizá no dé razones suficientes como para abandonar cierto escepticismo en torno a la necesidad del trasplante de tal figura, desde el campo del derecho privado, al ámbito de la defensa de los derechos fundamentales. Nuestra tesis central es que el artículo en cuestión, a pesar de lo que dice en su encauzamiento (“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta

⁴ **Nota de 2018:** como es sabido, el Proyecto de Tratado Constitucional fue finalmente abandonado ante la suerte adversa que corrió en los referéndums celebrados en algunos países de la Unión. Su sustancia, sin embargo, fue recogida en el actualmente vigente Tratado de Lisboa que se aprobó en 2007 y cuyo artículo 6 otorga a la Carta de los Derechos Fundamentales el mismo valor jurídico del que gozan los tratados constitutivos.

⁵ Sobre las implicaciones de la incorporación de la Carta al Proyecto de Tratado Constitucional, remito en general a los trabajos incluidos en Eriksen, Erik O.; Fossum, John Eerik y Menéndez, Agustín José (eds.), *Constitution Making and Democratic Legitimacy*, ARENA Report 5/2002, así como, con los mismos coordinadores, *The Chartering of Europe. The European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

podrá ser interpretada en el sentido...”), está llamado a tener un peso muy relativo como criterio-guía de interpretación de la Carta para la resolución de conflictos concretos. A efectos de interpretación, la Carta sería la misma si se prescindiese de él, puesto que las directrices generales en materia de límites de los artículos II-112 y II-113 ya permiten deducir, y presuponen, lo que el artículo II-114 expresa con otros términos.⁶

La cláusula de cierre de la Carta importa más bien por su carácter de norma de estructura para reforzar en lo simbólico, y rearmar en lo político, la defensa a escala europea de los grandes valores que encabezan los diferentes capítulos de ella. Es una plataforma, o precipitado jurídico, que invita al replanteamiento de una de las cuestiones clave de la filosofía política contemporánea: la de los márgenes de elasticidad de la tolerancia y la justificación de la intransigencia. Y al mismo tiempo abre acuciantes interrogantes sobre el objeto, los sujetos y los modos de gestión de la propia intransigencia.

En las páginas que siguen comenzaremos por plantearnos la pertinencia de la rúbrica “prohibición del abuso de derecho”, a cuyo fin estudiaremos el problema teórico que puede suscitar el trasplante de semejante doctrina al campo de los derechos fundamentales. A tal efecto, identificamos las fuentes inspiradoras de tal rúbrica y consideramos de manera especial el momento en el que el abuso de derecho parece cobrar carta de naturaleza, sobre todo en el derecho internacional, a raíz del intento de depuración de responsabilidades llevado a cabo por el Tribunal de Núremberg, tras la Segunda Guerra Mundial. Enmarcamos luego el artículo de cierre de la Carta en el contexto contemporáneo del derecho internacional y prestamos consideración detenida a la aplicación por parte de los órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) del artículo 17 de dicho texto, que es la disposición gemela de aquella a la que dedicamos nuestro estudio.

⁶ Una excelente visión general sobre el sistema de las cláusulas generales de los artículos finales de la Carta, centrada sobre todo en el problema de sus relaciones con el derecho comunitario, puede verse también en Liisberg, Jonas Bering, “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?”, en *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 4/1, 2001.

En una segunda parte analizamos, ya desde la perspectiva específica de la Unión Europea, la recurrente cuestión sobre el margen admisible de libertad para los enemigos de la libertad, un asunto sobre el que la filosofía política contemporánea viene debatiendo en los últimos tiempos con renovado ímpetu, como consecuencia de los retos, cada vez más palpables, que una serie de fenómenos, percibidos como novedosos, vienen planteando a la coherencia y viabilidad de los sistemas democráticos. Y finalmente examinamos determinadas actuaciones comunitarias —cuyo punto de inflexión es el caso de las sanciones a Austria— dirigidas a la difusión y salvaguarda del sistema de los valores sobre el que la propia Carta —y ahora también el Proyecto de Constitución— articula la proclamación de los derechos fundamentales de la Unión.

3.2. EL PRESUPUESTO: LA EXTRAÑA PERVIVENCIA DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE DERECHO

¿Pertenece la doctrina del abuso de derecho al patrimonio jurídico europeo? Si atendemos a lo que dicen dos de los juristas que más pueden caracterizarse por haber profundizado en la cuestión de la existencia de una cultura jurídica común en Europa, la respuesta tiene que ser decididamente afirmativa.⁷ Peter Häberle señala cuatro grandes componentes de dicha cultura común —la historicidad, el carácter “científico” de la dogmática jurídica, la independencia del poder judicial y la neutralidad del Estado frente a lo religioso—, que individualiza y separa con respecto a los elementos más específicos del arquetipo de la Constitución democrática. Aunque no se refiere expresamente al abuso de derecho, entre los elementos de la historicidad cita a modo de ejemplo un supuesto perfectamente equiparable: el del enriquecimiento injusto de los artículos 812 y siguientes del Código Ci-

⁷ Y otro tanto puede decirse si observamos lo que se dice en las conclusiones generales, a cargo de Robert Krieps, del Decimonoveno Coloquio sobre Derecho Europeo, celebrado en Luxemburgo en 1989 y consagrado al tema “Abuse of Rights and equivalent Concepts: the Principle and its Present-day Application”; está publicado en *Proceedings of the 19th Colloquy on European Law*, Estrasburgo, Les éditions du Conseil d’Europe, 1990.

vil alemán.⁸ Por su parte, Alessandro Pizzorusso remite también al Código Civil alemán (arts. 226 y 826) y habla del abuso de derecho como un “tema clásico de la doctrina civilista y comparatista”, que el artículo 54 de la Carta (en la antigua numeración) habría tenido el mérito de “transferir” al nivel constitucional.⁹

Que el abuso de derecho, al igual que el fraude de ley, son categorías jurisprudenciales que han venido gozando de gran predicamento en la interpretación del derecho comunitario, es algo, por lo demás, inobjetable.¹⁰ Pero lo que el artículo II-114 plantea, a propósito del abuso, es una cuestión en la que no se detienen los autores citados. El problema para nosotros es otro; consiste en preguntarse si la doctrina del abuso añade algo de sustancia al estado de la cuestión en materia de teoría general de los límites de los derechos en una sociedad democrática. Y esto es tanto como mostrarse escéptico con respecto a la posibilidad misma de que la teoría del abuso sea susceptible de trasplante, desde el ámbito natural en el que surgió, hasta el campo de los derechos fundamentales.

El pedigrí democrático de una transferencia semejante hasta la sede indicada es cuando menos limitado, en cuanto que su presencia en el derecho constitucional contemporáneo es más bien la excepción dentro de una regla general que no parece haber necesitado de la figura para la interpretación y la defensa de los derechos. El “trasplante” es obra del derecho internacional de la posguerra y se explica por el influjo que sobre el mismo ejerció lo que podemos llamar el “momento Núremberg”, al que más adelante nos referimos.¹¹

⁸ Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 33 y ss., y 111 y ss.

⁹ Pizzorusso, Alessandro, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bolonia, Il Mulino, 2002, p. 108.

¹⁰ Véase la monografía de Gresti, Marco, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milán, Giuffrè, 2003, en la que el autor sistematiza y estudia más de 70 sentencias del TJ (y dos del Tribunal de Primera Instancia) que recurren a tales categorías o a otras afines, como la de “elusión” fraudulenta del derecho comunitario por parte de la ley nacional. No obstante, como el propio autor aclara en vía preliminar, el estudio no atañe a la noción de “abuso de derechos fundamentales”.

¹¹ Si bien es cierto que el art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, ya sujetaba la libre comunicación de pen-

En sede de Constitución formal, el artículo II-114 no puede invocar más precedentes —al menos en el contexto europeo y salvo error u omisión por nuestra parte— que los del artículo 18 de la Constitución alemana, y el del artículo 25.3 de la Constitución griega —“no se permitirá el ejercicio abusivo de los derechos”—, a los que cabe añadir el del artículo 14 de la Constitución turca de 1982 que, al igual que otros artículos de la misma, fue en octubre de 2001 el objeto de una reforma dirigida a plegar el texto constitucional a las exigencias de la Unión Europea de cara a la posible integración de Turquía.¹²

El artículo 18 de la Constitución alemana pertenece a la batería de disposiciones concebidas para la defensa del orden constitucional y democrático, sancionando con la pérdida del derecho a quien abuse del ejercicio de determinadas libertades, que el propio artículo individualiza y menciona. Al igual que el artículo 9.2, referido a los límites del derecho de asociación, y el 21.2, so-

samientos y opiniones a “la responsabilidad que el abuso de esta libertad genere en los casos determinados en la ley”. En Estados Unidos, un caso fallado por la Corte Suprema en 1925, en el que se sostuvo la constitucionalidad de un Estatuto del Estado de Nueva York, mediante el que se declaraba punible la incitación a la “anarquía criminal”, recoge también la teoría para declarar que “es incuestionable la legitimidad del Estado, en ejercicio de sus poderes de policía, para sancionar penalmente a quienes *abusen de su libertad* y realicen llamamientos contrarios a la salud pública”. El caso, que tiene votos particulares discrepantes de los jueces Holmes y Brandeis, es *Gitlow vs. Nueva York*, 268 U.S. 652, 1925. La referencia al abuso en p. 667.

¹² El art. 14 de la Constitución de Turquía parece seguir, tras la reforma, la estela de la cláusula de cierre de la Carta: “ninguno de los derechos o libertades reconocidos en la Constitución podrá ejercerse con la finalidad de violar la indivisible integridad del Estado, con su territorio y nación, ni con la de amparar actividades cuyo objetivo sea la destrucción de la República secular y democrática basada en derechos humanos”. *Cfr.*, sobre el particular, las consideraciones sumamente críticas de Christian Rumpf, en su Informe al Consejo de Europa (Comisión de Venecia), durante su sesión, celebrada en Ankara, en noviembre de 2001, “Turkish Constitutional Law and the European Union from a European Point of View”, disponible en <http://www.tuerkei.recht.de/CE-ConstitutionTR.pdf> Amplias referencias a la posición de la “Comisión de Venecia” en López Guerra, Luis, “Integración europea y Constituciones de los países candidatos”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, pp. 249 y ss.

bre inconstitucionalidad de determinadas formaciones políticas, que es la especie con respecto a aquel, vienen a ser la expresión más característica de dicho “momento Núremberg”. Nótese que en el caso del artículo 18 no estamos ante una genérica llamada a la doctrina del abuso, referida al bloque o al sistema de los derechos, sino de un criterio más de delimitación que el texto constitucional, siguiendo el precedente del documento francés de 1789, ofrece al intérprete para definir el alcance del ejercicio legítimo de derechos concretos; señaladamente los derivados del ejercicio de las libertades de expresión, prensa, cátedra, reunión, así como el secreto de las comunicaciones, la propiedad y el derecho de asilo.¹³

En contraste con el artículo 21.2 de la Constitución alemana, que sí ha servido de fundamento para decisiones “clásicas” del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG), que son todavía una referencia central para la cuestión de la “democracia apta para defenderse”, del escasísimo —por no decir inexistente— recurso a una figura como la del abuso de derecho, concebida en términos de presupuesto para sancionar con la pérdida del derecho a quien incurriera en ella —una especie de oxímoron o *muerte cívica* del ciudadano— da idea la irónica frase de Stern, según la cual la falta de efectiva vigencia del artículo 18 habría relegado al mismo a la mera condición de “materia prima de tesis doctorales”.¹⁴

¹³ “Quienes con el propósito de luchar contra el orden fundamental liberal y democrático (dice el art. 18) abusen de la libertad de expresión y, más en especial, de la libertad de prensa (apdo. primero del art. 5), la libertad de cátedra (apdo. tercero del art. 5), la libertad de reunión (art. 8), el secreto de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas (art. 10), la propiedad (art. 14) o el derecho de asilo (art. 16), se verán privados de esos derechos fundamentales. Corresponde al Tribunal Constitucional Federal declarar la privación y su alcance”.

¹⁴ Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Madrid, CEC, 1987, p. 394, que recoge los únicos dos casos, ya lejanos en el tiempo, en los que el artículo fue invocado sin éxito ante el Tribunal Constitucional Federal. De tales procesos, emprendidos en 1952 y 1969, dice Denninger que fueron tramitados por el Tribunal “sin particular entusiasmo”, “*Democracia militante y defensa de la Constitución*”, en Benda, Ernest; Maihofer, Werner; Vogel, H.; Hesse, Konrad y Heyde, Wolfgang, *Manual de derecho Constitucional*, trad. de Antonio López Pina, Madrid, IVAP-Marcial

En sede doctrinal, la reconstrucción histórica del abuso de derecho rememora usualmente el adagio latino *qui iure suo utitur neminem laedit*, cuya dulcificación en sede jurisprudencial (*fraus semper excepta videatur*) permite encontrar en el derecho romano el antecedente remoto de la figura. En un formidable salto temporal, suele trasladarse luego a Francia, para explicar los avatares experimentados por el derecho de propiedad bajo el Código napoleónico, como consecuencia de los conflictos entre la propiedad inmobiliaria y la incipiente propiedad industrial, y la progresiva erosión del individualismo a ultranza, a resultas del impacto de las doctrinas filosocialistas y solidaristas.¹⁵ Una sentencia francesa, del Tribunal de Colmar, de 1855, en la que se afirma que el derecho de propiedad *droit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime* se invoca como firme antecedente de un estado de cosas que hierde de muerte la definición de la propiedad como *ius utendi et abutendi*, y culmina en disposiciones como la ya mencionada del artículo 226 del Código Civil alemán, de 1900, o la del artículo 2 del Código Civil suizo, de 1907.

Tres son los requisitos señalados tradicionalmente como señas distintivas del abuso:

- a) Uso de un derecho objetivo y externamente legal, con plena apariencia de legalidad.
- b) Daño, como consecuencia de ello, de un interés no protegido por una prerrogativa jurídica específica.
- c) Carácter inmoral o antisocial de ese daño.

En cuanto a este último requisito, todavía son discernibles dos criterios característicos del abuso: uno *subjetivo*, centrado en la intención del agente y en su motivación para actuar, orientada a causar daño, y otro *objetivo*, orientado hacia las consecuencias

Pons, 1996, pp. 445 y ss. Puede verse también el trabajo de Schmitt, Annette, "The Basic law and the Limits of Toleration", en *German Politics*, vol. 9, núm. 2, 2000, pp. 145 y ss., donde se analizan las razones por las cuales "Art. 18 GG has never been applied in the history of FRG".

¹⁵ Cfr. Rescigno, Pietro, *L'abuso del diritto*, Roma, Il Mulino, 1998, (1965), pp. 124 y ss, quien explica el éxito de la figura por la feliz conjunción en torno a ella de factores económicos, filosóficos y estrictamente jurídicos.

perjudiciales del ejercicio anómalo sobre los intereses colectivos. A decir de Rescigno, el primero está vinculado a la ética católica, mientras que el segundo provendría de las reacciones laicas y socializantes contra el *laissez faire*.¹⁶ Josef Esser denomina al primero abuso individual y al segundo abuso institucional.¹⁷

Aunque entre los civilistas clásicos no faltan impugnaciones del instituto, como mera logomaquia, pues *le droit cesse où l'abus commence*, la teoría del abuso de derecho sigue siendo mayormente un coto reservado de la dogmática iusprivatista, cuya traslación al campo del derecho público y al de la teoría contemporánea de los derechos fundamentales tiene, nos parece, algo de pie forzado.¹⁸ La razón es que el derecho administrativo y el derecho constitucional han desarrollado categorías y técnicas de protección de intereses que pueden considerarse próximas a la figura del abuso, pero que se alejan de ella en la misma medida en que el derecho de propiedad, que es su *suelo natural*, aunque hoy radicalmente alterado, no es ya el *genus* del derecho subjetivo, ni los derechos fundamentales son —o al menos no son solo— una especie de este. Figuras tan sólidas como el exceso o la desviación de poder, de la que Josserand dijo que era una *institution soeur* del abuso, o categorías tan centrales hoy en la teoría de la argumentación como la razonabilidad, la ponderación y la proporcionalidad —o incluso la buena fe cuando se trata de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales—, hacen del abuso de derecho una extraña *survivance*.

Algunos tratamientos doctrinales sobre la vigencia del abuso en el marco de la teoría de los derechos, o bien nos resultan “pla-

¹⁶ Rescigno, Pietro, *L'abuso del diritto*, ...*cit.*, quien finaliza su recorrido poniendo de relieve que los límites y vocación de la figura testimonian “las miserias del derecho y las fatigas del jurista que intenta rescatarlo de ellas”.

¹⁷ Esser, Josef, *Schuldrecht*, Kalsruhe, Müller, 1968, vol. I, pp. 33 y ss., cit. por Gómez Torres, Carmelo, “El abuso de los derechos fundamentales”, en Cascajo, José Luis y otros, *Los derechos humanos: Significado, estatuto jurídico, sistema*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979, pp. 301 y ss.

¹⁸ La frase “el derecho cesa donde el abuso comienza” es de Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1900, vol. I, p. 269, *apud* Gómez Torres, Carmelo, “El abuso de los derechos fundamentales...”, *cit.*

nos”, o bien adolecen, por el momento en que fueron escritos, de cierto anacronismo, y ello tanto si justifican el abuso como si lo rechazan. Al primer tipo pertenecen los escritos de autores que, acusando el impacto de las declaraciones internacionales, realizan una apología del derecho del Estado a defenderse contra los enemigos de la libertad.¹⁹ En el segundo tipo se encuadran aquellas construcciones más trabadas que profundizan en la eficacia “horizontal” de los derechos fundamentales, a partir de la cual cabría hablar de unas supuestas limitaciones “intrínsecas” de los derechos, derivadas de la actitud del titular en la forma de ejercerlos. Ello justificaría plenamente la presencia en dicho ámbito de la figura del abuso.²⁰

En el seno de quienes rechazan la aplicación de la doctrina del abuso al campo de los derechos fundamentales destaca, en la doctrina española, el autor de la única monografía sobre el particular de que disponemos por el momento. Me refiero a Rovira Viñas, quien en *El abuso de los derechos fundamentales* realiza un completo recorrido por la historia y la lógica del instituto, del que no extrae argumentos que permitan aplicar el abuso a

¹⁹ Un ejemplo característico de tal planteamiento es el epígrafe “No debe haber libertad contra la libertad”, Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1983, pp. 598 y ss., *cfr.* también el tratamiento del asunto bajo la rúbrica “Abuso de los derechos fundamentales”, Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1976, vol. III, pp. 86 y ss. Mucho más matizado es Arturo Carlo Jemolo (“La libertà ai negatori della libertà”), que plantea ya la cuestión como un problema de límites de los derechos y resalta que es “grossolana illusione quella di chi pensa che in problemi del genere possano darsi risposte nette, non sfumate, accenare a soluzioni che abbiano una piena logicità, a cui tutti debbano inchinarsi”, en *I problemi pratici della libertà*, Milán, Giuffrè, 1972, pp. 57 y ss.

²⁰ Es el caso de Carmelo Gómez Torres, en su citado trabajo de 1979, quien se apoya en la postura mantenida por Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, vol. I, Teoría general, Madrid, Guadiana, 1973, pp. 137 y ss.; de manera mucho más matizada e influida por la construcción de Häberle sobre la vertiente institucional de los derechos, el propio Peces-Barba se ha referido más tarde a la figura del abuso como un límite externo, de carácter principal, “que otorga un criterio [...] para resolver casos en el ámbito del ejercicio, criterio que se activa y se convierte en operativo ante el caso concreto”, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1995, p. 606.

los derechos fundamentales, puesto que para su defensa bastaría, según él, con el sistema de los límites ordinarios: “la teoría del «abuso» de los derechos fundamentales es la teoría de los límites ordinarios al ejercicio de tales derechos, y si son insuficientes, habrá que reformarlos o ampliarlos, pero no trasplantar un límite especial característico de otra rama”.²¹ El autor deja traslucir escepticismo sobre la consistencia de la figura (es una doctrina “polémica”, “confusa”, “ambigua”, carente, aun entre los civilistas, de un “criterio de aplicación común”) y da muestras, sobre todo, de una notable *méfiance des juges*, de la que quizá proviene toda la trama de su argumento: “la doctrina general del abuso de derecho —nos dice— supone un instrumento en manos de los jueces y estos pueden aplicarla progresiva y regresivamente, y no existe ninguna garantía de que un aumento del poder judicial contribuya hoy a que el magistrado la utilice progresivamente”.²²

Otros puntos de vista sobre el abuso de derecho y su aplicación a la dogmática de los derechos fundamentales son aquellos que ya tienen en cuenta los desarrollos logrados por lo que Cappelletti llamó tempranamente (1955) la “jurisdicción constitucional de la libertad”. En la doctrina alemana puede aducirse el nombre de Gallwas, para quien el mal uso de los derechos no vendría a representar un supuesto de límite externo al ejercicio de los mismos, sino una forma de poner de manifiesto la garantía del contenido esencial, que en ningún caso podría ampararlo. Estaríamos así ante el ejercicio aparente de un derecho, que lesiona intereses ajenos dignos de protección y de rango superior, ya sean de otro titular de derechos fundamentales, de la comunidad o del Estado.²³ El punto débil de una tesis semejante radica en la indeterminación de esos intereses de rango superior, para cuya concreción Gallwas remite a una “idea básica preconstitucional”

²¹ Rovira, Antoni, *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona, Península, 1983, p.189.

²² *Ibidem*, pp. 147-148 (en el libro, el texto se realza mediante cursiva).

²³ Gallwas, Hans-Ullrich, *Der Missbrauch von Grundrechten*, Berlín, Duncker & Humblot, 1967, cit. por Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, CEP-BOE, 2000, pp. 88 y ss.

o a un “pensamiento jurídico suprapositivo”, expresiones que no dejan de recordar una “huida” hacia el derecho natural, antesala de la más pura subjetividad del intérprete.

También Häberle deduce de su teoría *objetiva* de los derechos que una libertad de la que se abusa no es “libertad *en el seno del* derecho, sino libertad que destruye el derecho”, amenazando la propia existencia *institucional* de los derechos. Si el abuso, concluye el autor germano, “no pertenece originariamente al contenido del derecho —una intuición que es tributaria de la teoría de los llamados límites internos— entonces las leyes que prohíben el abuso en ningún caso pueden ser, a su vez, limitaciones del derecho”.²⁴

Que el abuso del derecho es en definitiva un mero principio de interpretación (como, por lo demás, dice bien el tenor literal del art. que examinamos de la Carta), es algo que ya afirmó Lambert en 1913.²⁵ A partir de tal presupuesto, profundiza en la teoría del abuso —aplicada al campo de los derechos fundamentales— el trabajo de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, sobre “ilícitos atípicos”.

Los ilícitos atípicos son, a decir de dichos autores, conductas que se oponen no a reglas de mandato, sino a *principios* de mandato del orden jurídico. Para ellos, el cambio de paradigma que supone la presencia en el ordenamiento de un sinfín de principios con pretensión de normatividad otorga al análisis de tales ilícitos una innegable trascendencia práctica.²⁶ El punto de partida

²⁴ Häberle, Peter, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 149.

²⁵ Edouard Lambert, Introducción a la obra de Fathy, Mahmud, *La doctrine musulmane de l'abus de droit*, Lyon, Henry George, 1913, p. XI, cit. por Rovira, Antoni, *El abuso de los derechos...*, cit., p. 135.

²⁶ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 10 y ss. Los autores llaman la atención sobre el hecho de que el llamado *Libro blanco de la justicia*, aprobado por el Consejo General del Poder Judicial en 1997, reclame un modelo de juez sensible a los valores y con capacidad de alerta “frente a los abusos del derecho y las desviaciones de poder”. El cambio de paradigma a que me refiero en el texto (denominado paradigma “constitucional y garantista”) es el que describe, por ejemplo, Ferrajoli, Luigi, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Ba-

del trabajo es, pues, la diferenciación, dentro de la estructura de las normas, entre reglas y principios, así como el otorgamiento a estos últimos de la capacidad de invertir el sentido de una regla: “*prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo, y en razón a su oposición a algún principio o principios, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto es [...] lo que ocurre con el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder”.²⁷

Los autores realizan una exposición convencional de la historia del instituto y de su acogida en el derecho español a partir de la monografía de José Calvo Sotelo, publicada en 1917, sobre *La doctrina del abuso de derecho como limitación del derecho subjetivo*, constatando además que la idea de abuso tampoco es ajena al derecho anglosajón, sobre todo en el ámbito de la libertad de expresión, donde el concepto de *abuse of right*, o *abuse of freedom* es, según ellos, de uso recurrente.

La aplicación de la doctrina del abuso al campo de los derechos fundamentales —en contra de lo opinado por Rovira—, cuya tesis objetan Atienza y Ruiz Manero, les parece a estos plenamente coherente con la naturaleza de tal doctrina, puesto que “a la hora de trazar reglas que concreten el alcance del derecho, el legislador no es omnisciente y no puede, por ello, prever todas las combinaciones de propiedades que los casos individuales pueden presentar”.²⁸ El abuso de derecho vendría a ser así una figura que colma lagunas axiológicas en el nivel de las reglas y “salvaguarda la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas”, convirtiéndose, en último extremo y al igual que sucede con las otras especies de la categoría —el fraude de ley y la desviación de poder—, en “principios interpretativos dirigidos al aplicador del derecho” y

ri, Laterza, 1989, pp. 347 y ss., y al que la teoría del derecho se refiere hoy comúnmente como neoconstitucionalismo; véase al respecto los diferentes trabajos incluidos en el libro, coordinado por Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

²⁷ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos, ...cit.*, p. 27. La diferenciación entre reglas y principios dentro de la estructura de las normas de derecho fundamental procede de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, cap. III.

²⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos, ...cit.*, p. 64.

también en avisos al legislador “para que legisle de manera que se eviten en la medida de lo posible las lagunas axiológicas que estas figuras vienen a remediar”.²⁹

El esfuerzo de Atienza y Ruiz Manero por construir una doctrina de los ilícitos *atípicos*, en cuyo seno el abuso de derecho encuentra pleno acomodo dentro del campo de los derechos fundamentales, es muy consistente y no tendríamos nosotros argumentos para rebatirlo. En lo que tiene de reconstrucción de la figura como un llamamiento al legislador ante un estado de cosas insatisfactorio, y frente al cual se hace sentir cierta presión social, no deja de evocarnos las consideraciones que hacen Stephen Holmes y Cass Sunstein a propósito del “costo de los derechos”: “Buena parte de la educación moral [dicen los autores estadounidenses] consiste justamente en inculcar normas y valores que desincentiven ciertos comportamientos que pueden considerarse como dañosos o reprochables, sin necesidad de ser prohibidos mediante ley. Los mecanismos informales de desaprobación social pueden ser más eficazmente disuasorios de tales comportamientos, que su transformación en delitos o en actos ilícitos”.³⁰

Pero, sobre todo, en lo que tiene de *doctrina para la interpretación de los derechos*, el gran problema de una doctrina como la del abuso, cualquiera que sea la construcción doctrinal sobre la que se apoye, es que no da pauta alguna susceptible de contener el —admisible— arbitrio del intérprete para evitar que degeneren en —proscrita— arbitrariedad.³¹ La vía subjetiva, centrada en la intención del titular del derecho, que es el punto de vista del que

²⁹ *Ibidem*, p. 128.

³⁰ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bolonia, Il Mulino, 2000, p. 173 y, en general, cap. XI (“I diritti come risposta alla caduta dei valori”).

³¹ La referencia obligada en el tratamiento del arbitrio judicial como una *virtud* inherente al acto de juzgar, y de la arbitrariedad como una vaporosa categoría prohibida en la Constitución con respecto a la actuación, en general, de todos los poderes públicos, es el libro de Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, donde se discuten las aportaciones doctrinales realizadas en los últimos años, sobre todo a propósito del control de la actividad administrativa.

es tributario el artículo de la Carta (“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta será interpretada en el sentido de amparar el derecho a dedicarse a una actividad, o realizar un acto, *cuyo objetivo sea...*”), solo puede traducirse en un juicio de intenciones (“destruir los derechos y libertades”) que remite (como diría la dogmática del derecho penal) al “elemento subjetivo” de un tipo que, aplicado en este ámbito, tiene todas las características de la *probatio diabolica*. Ello, entre otras razones, porque la propia literalidad del precepto, que es clara consecuencia de sus huellas genéticas, se convierte en un obstáculo insalvable para trasponer al campo de los derechos fundamentales los cuidadosos cánones interpretativos elaborados por la jurisprudencia al aplicar las disposiciones sobre fraude o abuso del ordenamiento privado.³² Y la vía objetiva, la del daño irrogado a intereses de carácter colectivo, conlleva una discusión sobre el alcance de estos y el perjuicio efectivamente constatado, de carácter rigurosamente *político* e inadecuado, por ello mismo, para su delimitación en sede judicial.

Podemos admitir que la escasa fuerza directriz de la dogmática sobre el abuso, como criterio-guía de las resoluciones del juez, es una característica que atañe igualmente a las teorías sobre los límites de los derechos y sobre su contenido esencial, cuajada toda ella de discusiones cuasinominalistas sobre el carácter intrínseco o extrínseco de los límites, la idea de delimitación y el propio modo de aprehender el concepto —genuino “límite de los límites”— de contenido esencial.³³

³² Véase, por todas, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2003 (recurso 1207/2002), que es un magnífico ejemplo de “contención” judicial en el uso de estas categorías, pues, como afirma el FJ. 3, “la existencia de fraude o de abuso de derecho no puede presumirse. Solo podrán declararse si existen indicios suficientes de ello que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados en el correspondiente relato fáctico de la sentencia”.

³³ Además de Häberle, Peter, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, ya citado, véase, en la doctrina española, Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994, así como Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

Pero en el caso de las teorías sobre los límites, por lo menos son operativos, en la mayoría de los casos, criterios expresos estatuidos en sede constituyente, o por obra de la delimitación infraconstitucional, que son precisamente los que añaden el plus de racionalidad del que carece la apelación aislada al abuso. Si además tenemos en cuenta que la dinámica de aplicación del sistema de los derechos en el Estado constitucional de nuestros días convierte, a su vez, al acervo jurisprudencial en un sólido referente —y en muchos casos en el principal— para la resolución de conflictos que nunca son *fáciles*, entonces la renuencia judicial a servirse de una doctrina como la del abuso vendría a ser, al mismo tiempo, causa y efecto de la poca fortuna de tal doctrina en sede de interpretación jurisprudencial de los derechos.

Es verdad, por otra parte, que hablar de abuso de los derechos en un plano tan genérico no ayuda a esclarecer las cosas. Hay derechos cuyo abuso resulta difícilmente concebible en términos lógicos (p. ej., el de no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes), mientras que hay otros más susceptibles de ser utilizados abusivamente, como es el caso del abuso en el acceso al (o en el curso del) proceso (“abuso de tutela”), un supuesto que las leyes procesales suelen contemplar expresamente y sancionar.³⁴

En las páginas anteriores hemos pasado revista a la doctrina del abuso de derecho y hemos discutido los problemas que plantea su aplicación al campo de los derechos fundamentales. Lo hemos hecho con la Carta Europea de los Derechos Fundamentales a la vista y, concretamente, con la rúbrica (“Prohibición del abuso de derecho”) que encabeza el artículo II-114 del Proyecto de Tratado Constitucional. Nuestro escepticismo inicial atañe a la propia rúbrica de dicho artículo y tiene, desde luego, presente el escaso eco que una doctrina como la del abuso de derechos fundamentales ha tenido hasta el momento en los tribunales internos e internacionales. Todo ello es la pura constatación de un

³⁴ Cfr., por ejemplo, el art. 95.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, donde la temeridad o el abuso de derecho en la interposición de recursos de inconstitucionalidad o de amparo faculta al Tribunal para imponer una sanción pecuniaria de 5 000 a 100 000 pesetas. Para Atienza y Ruiz Manero, el “abuso de proceso” se traduce en acciones que son, al mismo tiempo, abusivas y fraudulentas, *Ilícitos atípicos, ...cit.*, p. 90.

hecho y no conlleva, por nuestra parte, renuencia o posición crítica alguna con respecto a un hipotético “abuso del abuso” en que pudieran incurrir los aplicadores del derecho.

En la sociedad de la globalización y en los procesos de integración europea, el sistema jurídico responde a unas características ineluctables en las que la denuncia del activismo jurisprudencial tiene difícil encaje.³⁵ Antes bien, lo presuponen, especialmente cuando hablamos de un documento de tan elevado grado de abstracción como la Carta, por el momento más plataforma de principios dirigida a fines de integración que fuente inmediata de posiciones jurídicas o derechos.

Nuestra tesis, como dijimos, apunta hacia ese carácter del abuso de derecho y del artículo que lo desarrolla, como una idea-eje o viga maestra en el proceso de construcción de Europa, de fuerte valor simbólico en lo político, pero de improbable operatividad aislada en lo jurisprudencial. Si el primer aserto del artículo aparece en términos de principio de interpretación dirigido a impedir un uso torticero de los derechos, el segundo aserto, unido al primero por la adversativa —“o en el de someterlos a limitaciones más amplias que las previstas en la misma”—, llama claramente a una tutela transnacional de valores, en el ámbito territorial de la Unión y frente a quien pretenda integrarse en ella, que solo con carácter muy residual puede considerarse competencia de los jueces. Leído en su conjunto parece, en definitiva, una expresiva —aunque nada original— “cláusula de resistencia” que, como Tomás y Valiente indicara con respecto a la positivización de los valores, contribuiría a hacer más fuertes los tres eslabones de la cadena “derecho-moral-política”.³⁶

³⁵ Sobre las características del sistema jurídico en la sociedad de la globalización remito a Maria Rosario Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2000, así como *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bolonia, Il Mulino, 2002, en especial cap. IV (“Giustizia e istituzione giudiziaria nella globalizzazione”). Una reivindicación, ya clásica (1959), del papel del juez en el constitucionalismo de valores, propio de la posguerra, en Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.

³⁶ Tomás y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, en *Doxa*, núms. 15-16, 1994, Universidad de Alicante, pp. 635 y ss.

Si el constitucionalista suizo Hans Huber se ha referido a los derechos fundamentales como “la dirección opuesta del orden jurídico” (*Gegenrichtung in der Rechtsordnung*), podríamos concluir, parafraseándolo, que la cláusula de proscripción del abuso es “la dirección opuesta de los derechos”.³⁷

Rastrear las huellas genéticas de una disposición semejante es lo que nos proponemos hacer en las páginas que siguen.

3.3. EL ABUSO DE DERECHO Y EL “MOMENTO NÚREMBERG”

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, ningún ámbito de las disciplinas jurídicas necesitaba una puesta al día tan urgente como los englobados bajo las rúbricas generales del derecho internacional y el derecho constitucional. En los dos casos se trataba de recomponer los fundamentos de sus respectivos sistemas para acabar con su debilidad congénita y evitar la reproducción, constatada en los últimos 30 años, de un conflicto bélico de proporciones desconocidas. Con la consigna “nunca más”, ambos vivieron entonces un momento fundacional, bajo cuya estela aún seguimos, que alteró radicalmente sus correspondientes puntos de partida.

En el caso del derecho internacional, el “nuevo comienzo” intentó transformar el orden jurídico mundial, llevándolo del estado de la naturaleza, a que el modelo Westfalia (y luego Versalles) le había abocado, al estado civil de la kelseniana *Peace trough Law*, un *aggiornamento* del proyecto para la paz perpetua, con derecho cosmopolita, formulado 150 años antes por Kant.³⁸

³⁷ La referencia a Huber aparece en el trabajo de Frowein, Jochen, “Constitutional Law and International Law at the Turn of the Century”, disponible en <http://www.puk.ac.za/lawper/1998-1/froweinwp.doc>

³⁸ Para las características del modelo Westfalia como contrapuestas al modelo Carta de la ONU, que lo sustituye, pero sin arrumbar por completo los presupuestos de aquel, remito a Zolo, Danilo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milán, Feltrinelli, 1995, en especial pp. 117 y ss., y la bibliografía allí citada; *cfr.* también el *approach* crítico de Habermas, Jürgen, “La idea kantiana de la paz perpetua desde la distancia histórica de 200

Y en el caso del derecho constitucional, la oleada de nuevos textos aprobados tras la guerra produjo en nuestra disciplina el irresistible ingreso del argumento del derecho justo —del *ius normatum* a la *iustitia normans*— con su orientación hacia valores y hacia principios normativizados, y el consiguiente distanciamiento con respecto al positivismo legalista que había caracterizado una evolución culminada de la peor de las maneras.³⁹

La guerra había llevado al mundo a una jungla *hobbesiana*, en la que la imagen rediviva del estado de la naturaleza y los derechos inalienables “de todos los miembros de la familia humana”, como presupuesto del contrato social, resurgieron para alentar un esfuerzo codificador que dio sus primeros frutos en 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo 1 de esta viene a sintetizar los principios justos que han inspirado una de las más influyentes teorías de la justicia de las últimas décadas: la de John Rawls. A diferencia de lo estipulado en ella, la Declaración y los textos constitucionales que elevaron la dignidad de la persona a la condición de principio nuclear del nuevo orden no fueron, sin embargo, redactados *bajo un velo de ignorancia*; sus autores estaban plenamente avisados y conscientes de los “actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” que acababan de producirse.⁴⁰

años”, en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 147 y ss.

³⁹ La referencia al “derecho justo” rememora el trabajo de Welzel, Hans, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1961. La expresión “del *ius normatum* a la *iustitia normans*” procede de Mengoni, Luigi, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán, Giuffrè, 1996, p. 57. Entre una bibliografía abrumadora sobre el problema de la positivización de valores en los textos constitucionales podemos citar, en la doctrina española, el trabajo de Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEPC, 1997, así como, más recientemente, en la doctrina italiana, el de Longo, Andrea, “Valori, principi e Costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base”, en *Diritto e Società*, núm. 1, 2002, pp. 75 y ss.

⁴⁰ Las frases entrecomilladas proceden del preámbulo de la Declaración Universal. Sobre la relación entre su art. 1 (“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”) y los principios justos, de los que arranca Rawls en su *Teoría de la justi-*

El proceso de Núremberg simboliza el punto de arranque de la mencionada reconstrucción. Su perdurable presencia en el recuerdo de cualquier jurista está plenamente justificada, por cuanto difícilmente hallaremos un ejemplo más espectacular de contención de la pasión política en nombre del derecho. Casi nada de lo acontecido desde entonces en ese reducido ámbito de la actividad humana, que es el derecho, se entiende sin retornar a Núremberg, como tampoco es posible interpretar nuestro más inmediato presente sin traerlo a la memoria. El final de la Guerra Fría y todo lo sucedido entre 1989 y este mismo momento en el que escribo no han eclipsado su legado; antes bien, han realizado su influjo sobre el derecho internacional, en la búsqueda de instrumentos de justicia universal —Corte Internacional de Justicia, Corte Penal Internacional—, y sobre el derecho interno, con implicaciones en los dos casos que todavía es pronto para calibrar.⁴¹

Núremberg tiene para los constitucionalistas un factor adicional de interés. En él intervinieron, desde posiciones muy distintas, uno como principal encargado de la acusación y otro como coimputado, dos de los juristas que continúan teniendo un importante ascendente teórico sobre la cuestión de los límites de la democracia y la defensa contra sus enemigos. Me refiero al juez estadounidense Robert Jackson y a Carl Schmitt.

Del discurso con el que el primero de ellos abrió las sesiones del juicio se ha dicho que es “una de las piezas oratorias más impor-

cia, llama la atención Volpe, Giuseppe, *Il Costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 186.

⁴¹ Baste decir que la orden ejecutiva aprobada en Estados Unidos con carácter urgente, el 13 de septiembre de 2001, para otorgar a la jurisdicción militar el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, fue justificada por el presidente Bush con una apelación histórica a la naturaleza *fundamentally fair* del proceso de Núremberg. Las diferencias entre el momento Núremberg y el que se ha abierto en el mundo a raíz de los atentados del 11 de septiembre son tan abismales que sobran los comentarios. No menos abismales, y diferentes en el modo de plasmarse —menor consenso, conflicto todavía en curso, etc.—, han sido las circunstancias relativas a la actuación del tribunal de la Haya para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia. Sobre este particular, comparando Núremberg con La Haya, *cfr.* las consideraciones de Todorov, Tzvetan, *Memoria del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*, Barcelona, Península, 2002, pp. 316 y ss.

tantes de la moderna literatura jurídica”.⁴² En ella, Jackson realiza una encendida defensa de la racionalidad y justificación del proceso, como un acto que deja de lado la mano de la venganza, para actuar en nombre de la justicia, “uno de los más significativos tributos [son sus palabras literales] jamás pagados por el poder a la razón”.⁴³

Jackson había sido nombrado juez de la Corte Suprema estadounidense por el presidente Roosevelt en 1941, habiéndose distinguido hasta entonces por su apoyo a las políticas del *New Deal* y al *Court-Packing Plan* preconizado por este. Desde la Corte Suprema, en la que permaneció hasta 1954, convalidó la expansión del poder nacional para regular la economía de los Estados y, en general, fue proclive a defender la libertad de expresión, recurriendo al test del *clear and present danger* en su versión más estricta. Pragmático en el modo de afrontar los casos y muy meticuloso a la hora de explicar sus opiniones en votos concurrentes o discrepantes, Jackson es famoso por lo que dejó escrito en el caso *Youngstown* sobre las atribuciones respectivas del presidente y del Congreso en materia de política exterior.⁴⁴

Pero el fiscal de Núremberg es también muy conocido por la opinión expresada en un caso de 1949, en el que se planteó de lleno el problema de la defensa de la democracia frente al extremismo, y sobre la cual el influjo de su reciente experiencia en ese proceso está fuera de toda duda. El caso en cuestión fue sometido a la Corte Suprema a raíz de la sanción impuesta a un sacerdote católico, apellidado Terminiello, por quebrantamiento de la paz pública (*breach of the peace*), como consecuencia de las expresio-

⁴² La frase pertenece a la recensión, a cargo de Kenneth Anderson, del libro de Taylor, Telford, *Anatomy of the Nuremberg Trials*, reproducida en Steiner, Henry y Alston, Philip, *International Human Rights in Context. Law, Politics and Morals. Text and Materials*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 1074 y ss.

⁴³ “That four great nations, flushed with victory and stung with injury, stay the hand of vengeance and voluntarily submit their captive enemies to the judgment of the law is one of the most significant tributes that Power has ever paid to reason”. La intervención de Jackson puede consultarse al completo en el sitio de <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/Jackson.html>

⁴⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, 343 U.S. 579, 1952.

nes insultantes y despectivas —“escorias rastreras” y cosas por el estilo— utilizadas en el transcurso de una reunión de adeptos, contra Franklin y Eleanor Roosevelt y, en general, contra el “comunismo sionista”. La reunión de ultraderechistas, atraídos por el título de la conferencia, “Cristo o el caos. Nacionalismo cristiano o comunismo mundial”, convocó también, en los alrededores del local, una concentración de protesta de miembros del *American Jewish Congress*, los sindicatos y el Partido Comunista. Los allí congregados, en número cercano a los 500, asediaron el auditorio donde se celebraba la conferencia, lanzaron piedras, y algunos de ellos, pese a los esfuerzos de la policía por impedirlo, lograron acceder a él, produciéndose entonces una pelea que el propio Terminiello espoleó con sus frases insultantes.

Por una mayoría de cinco contra cuatro, la Corte se adhirió a la opinión del juez Douglas y anuló la condena en una sentencia que se separó de la línea sentada unos años antes, en el caso *Chaplinsky*, en función de la cual determinadas categorías de discurso, de carácter incendiario por el uso de “palabras de combate” (*fighting words*), caían *per se* fuera del ámbito de protección de la Primera Enmienda.

La discrepancia de Jackson, recién terminada la guerra, hay que enmarcarla en la búsqueda de un sistema de orden frente a dos “audiencias” opuestas en sus ideas políticas, pero ambas de naturaleza extremista, que dieron lugar a un encontronazo, percibido por él como “una manifestación particular del conflicto a escala mundial entre dos grupos de revolucionarios fanáticos, cada uno de los cuales [habría traído] a este país los peores procedimientos de lucha que han devastado a Europa”. El problema, para Jackson, se centraba en el desprecio intrínseco de tales ideas hacia los procedimientos de libre y pacífico debate público, y su sustitución por una estrategia de “tomar las calles” para “aniquilar al adversario y aterrorizar al indiferente”. En ese contexto, Jackson eleva el punto de mira y afronta de lleno el problema que analizamos: “Ampararse en las libertades constitucionales y degradarlas a la condición de elementos de una estrategia dirigida a destruirlas, plantea a una sociedad libre, un dilema para cuya solución no basta la lógica constitucional”. Y apelando a la “sabiduría práctica”, concluye con un famoso rechazo del *Bill of Rights* como “pacto suicida”, repetido muchas veces en sentencias posteriores

y hasta la saciedad en la literatura académica y periodística de nuestros días: “La alternativa no está entre orden y libertad. Está entre libertad con orden o anarquía sin una ni otro. Nos encontramos ante el peligro de que, si la Corte no atempera su lógica doctrinaria mediante sabiduría práctica, estará contribuyendo a convertir la Declaración de derechos en un pacto suicida”.⁴⁵

Del pensamiento de Carl Schmitt se dice hace tiempo que experimenta un resurgir entre juristas y politólogos de las tendencias más diversas. Ello suele relacionarse con las agudas tensiones que viene experimentando el Estado democrático de nuestros días y con el regreso de la guerra a escenarios centrales de la preocupación política internacional. En realidad, al menos por lo que se refiere a España, Schmitt no ha resurgido, sino que nunca ha abandonado su influyente posición sobre la ciencia del derecho constitucional y demás disciplinas circundantes. La *reductio* de su vastísima obra a la contraposición amigo/enemigo y a un decisionismo en el que todo cuanto hoy tenemos por fundamental queda degradado a simple expresión secundaria de una genuina afirmación de fuerza constitutiva son clichés ideológicos que tienden a aparecer —y con los que hay que dialogar— a poco que se profundice en el universo de lo político.

Schmitt es, en todo caso, la referencia inevitable en cualquier planteamiento sobre la defensa del orden constitucional y sobre las servidumbres propias de su lógica, a las que Jackson aludía en *Terminiello*. El interrogatorio preliminar al que Schmitt fue sometido en Núremberg con vistas a un posible encausamiento —que

⁴⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, *Terminiello vs. La ciudad de Chicago*, 337 U.S. 1, 1949, voto particular de Jackson en pp. 11 y ss. Simultáneamente a la decisión de *Terminiello*, el juez Jackson tomaba notas, hoy conservadas en sus archivos, del trabajo de Bagehot, publicado en 1874, “The Metaphysical Basis of Toleration”, en el que este presenta la tolerancia como una virtud propia de los pueblos que han alcanzado la “edad de la discusión”. Precisamente Jackson consideraba las ideologías totalitarias como una rémora, cuya presencia en la vida pública estadounidense de los momentos iniciales de la Guerra Fría podría impedir que Estados Unidos llegara a incorporarse plenamente a dicha era. La influencia de Bagehot sobre la opinión de Jackson es el objeto del estudio de Schmidt, Patrick, “The Dilemma to a Free People: Justice Robert Jackson, Walter Bagehot and the Creation of a Conservative Jurisprudence”, disponible en <http://www.historycooperative.org/journals/lhr/20.3/schmidt.html>

finalmente no se produjo— como instigador de los graves delitos que allí se enjuiciaron, tiene una considerable vis trágica.⁴⁶

Respondiendo del trabajo intelectual desarrollado a lo largo de muchos años —Schmitt contaba con 58 años cuando fue interrogado—, estaba el “ideólogo del nazismo”, el “jurista coronado del Tercer Reich” y, frente a él, pidiéndole cuentas, Robert Kempner, un miembro destacado del equipo elegido por Jackson para trabajar en la acusación. El director de ese equipo no era otro que Franz Neumann, que acababa de publicar, en 1942, desde su exilio norteamericano, *Behemoth*, una obra que contribuyó decisivamente, ya desde el título (*Pensamiento y acción...*), a dar a Schmitt esa aureola de jurista oficial del régimen, por la que ahora se le pedían cuentas.⁴⁷

El cambio de tornas en el espacio de tan pocos años entre el perseguido Neumann y el magnificado Schmitt es, ya de por sí, espectacular. “En Núremberg [dirá Schmitt muchos años después] los alemanes vencieron la guerra. Es siempre el vencido quien escribe la historia”;⁴⁸ una frase muy del estilo del autor de la *Verfassungslehre*, tan dado a las paradojas y a las yuxtaposiciones de opuestos, que contrasta con la amargura que destilan sus diarios de los años 1947 a 1951, donde no faltan las irónicas puyas contra la “criminalización de los vencidos” (*sic*) por obra de un empeño jurídico que, según él, no se tenía en pie.⁴⁹

Schmitt había perfilado su posición ante los procesos en un dictamen (*Gutachten*) escrito durante el verano de 1945 como base teórica para la defensa de algunos importantes empresarios

⁴⁶ Una transcripción íntegra del interrogatorio puede consultarse en Bendersky, Joseph, “Carl Schmitt at Nuremberg”, en *Telos*, núm. 72, 1987, pp. 91 y ss.

⁴⁷ Cfr. Neumann, Franz, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, FCE, 1983, donde menudean las referencias a Schmitt como el autor que dio la cobertura decisiva a los fundamentos doctrinales del nuevo régimen.

⁴⁸ “Un giurista davanti a se stesso. Intervista a Carl Schmitt”, a cargo de Lanchester, Fulco, *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1993, pp. 5 y ss.

⁴⁹ Schmitt, Carl, *Glossario*, Milán, Giuffrè, 2001, entradas del 14.3.48, 6.4.48, 24.4.48, 23.7.49 y 23.8.49, entre otras. Entre septiembre de 1945 y marzo de 1947, Carl Schmitt estuvo privado de libertad, bajo custodia estadounidense, en diferentes campos de internamiento y prisiones. De esa experiencia da cuenta su obra autobiográfica *Ex captivitate salus*.

alemanes. En dicho alegato impugnó el concepto de “guerra agresiva”, recogido en el artículo 6 de la Carta del Tribunal, como una categoría inédita, espuria e inventada por los aliados para ser aplicada *ex post facto*, contraviniendo todos los principios del derecho internacional. Ello por sí solo, a juicio de Schmitt, deslegitimaba los procesos y los convertía en expresión particular de una típica “justicia de vencedores”, descalificación esta que, como se ha dicho, resultaba inconsistente a la luz de las categorías centrales del pensamiento *schmittiano*.⁵⁰ En cuanto a los otros cargos contemplados en el propio artículo 6 —crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad—, Schmitt recurrió allí al ingenioso argumento de que el propio carácter desmesurado y “monstruoso” de tales cargos hacía a estos indignos de ser enjuiciados sobre la base de cualquier forma de justicia, nacional o internacional, que no tuviera un carácter estrictamente político, y ello con el fin de evitar que semejantes atrocidades pudieran ser equiparadas algún día a precedentes jurídicos dignos de tal nombre.⁵¹

En el dictamen de 1945, aunque solo fuera a efectos retóricos, Schmitt reconocía con particular hincapié la responsabilidad criminal de quienes habían participado, directa y materialmente, en el genocidio, para así resaltar mejor la falta de esta de todos aquellos —como los empresarios a cuya instancia escribía— a quienes pudiera imputárseles cierta responsabilidad *moral* por lo acaecido, pero no de otra naturaleza. Y en el interrogatorio al que iba a ser sometido pocos meses más tarde, su estrategia defensiva consistió precisamente en situarse en esta última posición.

Frente a la acusación de haber participado en la planificación de las actividades que se enjuiciaban, Schmitt se presentó a sí mismo como alguien cuyos escritos habían producido, sin él preten-

⁵⁰ Cfr. Salter, Michael, “Neo-Fascist Legal Theory on Trial: an Interpretation of Carl Schmitt’s Defence at Nuremberg from the Perspective of Franz Neumann’s Critical Theory of Law”, en *Res Publica*, núm. 5, 1999, pp. 161 y ss.

⁵¹ La diferencia apuntada por Schmitt entre formas genuinas de justicia y apariencias de ella, para encubrir decisiones políticas, es el objeto de la clásica obra de Otto Kirchheimer, de 1961, publicada ahora en España, *Justicia política*, Granada, Comares, 2002, donde el proceso de Núremberg es presentado como el proceso “sucesor” —en el sentido de haber sido llevado a cabo por los impulsores de un cambio de régimen— más importante de la historia contemporánea.

derlo, fructíferos debates académicos, pero rechazó admitir cualquier paralelismo con el papel de consejero legal de Hitler, que el interrogador Kempner pretendía endosarle.⁵² Muy influido por *Behemoth*, el libro de Neumann, Kempner intentó inducir a Schmitt a que reconociera que había dado soporte intelectual y material a la teoría del “espacio vital” (*Lebensraum*), pero este contraargumentó de forma convincente, retando al fiscal a que citara uno solo de sus escritos en el que mostrara cualquier parentesco o simpatía con el componente racial e irracionalista del nacional-socialismo.

El punto central de la autodefensa de Schmitt versó sobre la ausencia de nexo causal entre las teorías y elaboraciones intelectuales, sean cuales fueren, y los impulsos determinantes para adoptar decisiones en el campo de la acción política: “[...] Las teorías y las ideas pueden influir, pero nunca hasta el extremo de convertirse en el elemento decisivo, [...] ni siquiera unas opiniones como las manifestadas por Hitler en *Mein Kampf* pueden ser tenidas por conspiración para delinquir”.⁵³ Esa estrategia de hacer hincapié en la separación entre teoría y práctica, y en la imposibilidad de precaverse contra la explotación ajena del trabajo académico, le dio a Schmitt los resultados que buscaba. Su reputación de constitucionalista oficial del régimen y el apoyo que prestó a este como consejero de Estado prusiano no fueron considerados base suficiente para una imputación formal por los delitos que se juzgaban en Núremberg, aunque sí hubo de sufrir la expulsión de la Universidad y la confiscación de su biblioteca (un “ideicidio”, lo llama Schmitt en sus diarios).⁵⁴

El episodio Schmitt es en sí mismo fascinante por lo que tiene de máxima concentración en una sola persona de ascendente

⁵² Cfr. Bendersky, Joseph, “Carl Schmitt at Nuremberg”, ...*cit.* El empeño de Kempner, obstinadamente rechazado por Schmitt, era trazar un paralelismo entre el papel del interrogado, como experto constitucionalista y miembro del Consejo de Estado prusiano, y el del jefe de la Cancillería del *Reich* y consejero legal del círculo más próximo a Hitler, Hans Lammers, el cual resultaría finalmente condenado a 20 años de prisión. Sobre el papel de Lammers como consejero de Hitler abundan las referencias en Speer, Albert, *Memorias*, Barcelona, El Acantilado, 2001, quien, como arquitecto y ministro de Armamento de Hitler, también resultó condenado a 20 años.

⁵³ Bendersky, Joseph, “Carl Schmitt at Nuremberg”, ...*cit.*, p. 125.

⁵⁴ Schmitt, Carl, *Glossario...*, *cit.*, entrada de 22.8.49.

intelectual, debido a una obra que no es ni mucho menos la de un oportunista apologeta y a consecuencias trágicas hasta extremos incomparables. Cuando el fiscal sustituto Kempner objeta la separación radical entre teoría y praxis, pretendida por Schmitt, y apela a la perversidad de unas ideas que llevaron al exterminio de millones de seres humanos, la respuesta de este (“también el cristianismo produjo millones de muertos”) lleva toda la carga de cínico relativismo, o banalización del mal (como diría Hannah Arendt), que siempre utilizan los relativistas y “negacionistas” en defensa de lo injustificable.

Pero para el tema que nos ocupa, dicho episodio tiene aún más interés si lo situamos en el contexto del “ataque” de Schmitt a la racionalidad democrática de una Constitución como la de Weimar, algo que también salió a relucir incidentalmente en Núremberg y que nos permite recrear cuáles eran los planteamientos sobre la defensa de la democracia antes del cataclismo causado por la guerra.

El problema del abanico de posibilidades para una democracia que pretendía autoprotegerse pertenece de lleno a las preocupaciones políticas de los años treinta del siglo pasado. Más que algo novedoso, las disposiciones sobre los límites de los derechos de la Declaración Universal de 1948 —y entre ellas la del abuso— son entonces la respuesta, actualizada y perfeccionada, a un problema con el que estaban plenamente familiarizados muchos de quienes las redactaron.

El propio Schmitt, en su trabajo de 1932, *Legalidad y legitimidad*, vinculó —como es sabido— tales posibilidades de defensa frente a fuerzas políticas de ideología extremista a la existencia de un núcleo constitucional inquebrantable y resistente a la reforma, tesis que años más tarde creyó ver confirmada en el artículo 79 y concordantes de la *Grundgesetz*.⁵⁵ Y en otro trabajo, reescrito también en 1932 y completado “con un epílogo y tres corolarios”, Schmitt abunda en la misma idea, pero ahora para lamentar que el artículo 76 de la Constitución de Weimar despojara a esta de toda sustancia política, instaurando un *procedimiento de cambio*

⁵⁵ Como así lo dice expresamente en la Introducción a una edición de 1968, en la que se basa la traducción española, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971, pp. IX-X.

neutral, indiferente a todo contenido, de manera que “lo justo es en tal caso reconocer a todo partido la misma posibilidad de alcanzar la mayoría necesaria para, con ayuda del procedimiento previsto para la modificación de la constitución, alcanzar su objetivo, ya sea la instauración de una república soviética, ya un reino nacional socialista, un Estado sindical de democracia económica, un Estado corporativo de estamentos profesionales, una monarquía al viejo estilo, una aristocracia de cualquier clase, etcétera”.⁵⁶

En eso, Schmitt fue plenamente consecuente, pues pasó de asistir al presidente Hindenburg en el intento de defender el orden de la República, mediante la Ley de Defensa, de 1930, a colaborar resueltamente con los nazis una vez que Hitler afianzó su poder.⁵⁷ Y eso que el repudio del “suicidio democrático” no era algo ajeno a Schmitt, tal y como explica en el epígrafe de *Legalidad y legitimidad* dedicado a la igualdad de *chance* para el acceso al poder político: “solo se puede mantener la igualdad de *chance* para aquel del que se está seguro que la mantendría para los demás; toda otra aplicación de un principio semejante no solo equivaldría en la práctica a un suicidio, sino que significaría también un golpe contra el principio mismo”.⁵⁸

En aquellos turbulentos años quizá no hubo nadie que analizara con más detenimiento el acoso que representaba para la democracia el auge de los movimientos de corte fascista que Karl Loewenstein. A él se debe probablemente la paternidad de la expresión “democracia militante”, que utilizó en el título de un trabajo publicado desde su exilio norteamericano en 1937.⁵⁹ El trabajo de Loewenstein tiene en cuenta, según se nos informa en nota a pie, los acontecimientos registrados hasta el 1 de abril

⁵⁶ Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991, Corolario I (“Resumen de los diversos significados y funciones del concepto de la neutralidad política interna del Estado”), punto 3 (“Neutralidad en el sentido de igualdad de oportunidades en la formación de la voluntad estatal”).

⁵⁷ Bendersky, Joseph, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press, 1983, pp. 172 y ss.

⁵⁸ Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad, ...cit.*, p. 52.

⁵⁹ Loewenstein, Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights”, en *The American Political Science Review*, vol. XXXI, núm. 3, pp. 417 y ss., y vol. XXXI, núm. 4, pp. 638 y ss., ambos de 1937.

de 1937, y puede considerarse como un dramático llamamiento para salvar la democracia, aunque sea al precio de redefinirla como “disciplinada” o incluso “autoritaria”, pues “hay que poner fuego para luchar contra el fuego”. La primera parte describe el surgimiento y generalización de los grupos filofascistas a lo largo y ancho de Europa, explica sus rasgos comunes y plantea lo que puede considerarse como idea central del trabajo: la de que el fascismo, más que una ideología, es una técnica de lucha por el poder que se vale de una apelación al componente emotivo de la política, que cala en las masas y frente a la cual la democracia constitucional, con sus frías justificaciones de índole racional, se encuentra en clara desventaja. Ese carácter acomodaticio del fascismo, falta de verdadera ideología, es un rasgo que le diferencia del socialismo —“quizá la idea más fuerte desde 1789”—, por lo que no se trata de “suprimir una idea”, sino de convertir la democracia en democracia *militante*, dejando de lado los escrúpulos fundamentalistas, que habrían impedido darse cuenta de que “los mecanismos democráticos han sido el caballo de Troya a cuyo lomo ha entrado el enemigo en la ciudad”.

La segunda parte del estudio de Loewenstein pasa revista a la gran variedad de medidas adoptadas hasta entonces en diferentes Estados europeos para luchar contra el extremismo político, medidas que va describiendo y clasificando en una serie de apartados. Aquí el trabajo se resiente de todas las limitaciones propias del momento en el que fue escrito. Porque una de dos: o el impresionante despliegue de legislación concebida para hacer frente al bolchevismo y a los fascismos no era suficiente para entender que las democracias de entreguerras habían dado ya el paso hacia la democracia militante, reclamado en la primera parte —en cuyo caso habría que explicar qué escrúpulos deberían removerse aún—, o bien, la mutación de los rasgos genéticos del sistema no habría servido, o no lo habría hecho en grado suficiente, para detener un acoso que el autor continuaba percibiendo como creciente.

Lo que habría que explicar, en definitiva, es por qué las medidas antiextremismo sirvieron en algunos casos para frenar el potencial corrosivo de determinadas expresiones políticas, mientras que en otros fueron inútiles, si es que no aceleraron la destrucción de la democracia. Una explicación, por cierto, nada fácil de realizar, dada la cantidad de “casos de estudio”, cada uno de

ellos con sus peculiaridades difícilmente reducibles a modelos, y la gran variedad de tácticas políticas y recursos institucionales que, en uno u otro momento, fueron comprometidos al efecto.

Si damos crédito a lo apuntado en un trabajo consagrado al problema, el análisis de las medidas antiextremismo adoptadas entonces lleva a la desalentadora conclusión de que las mismas oscilaron entre lo inútil y lo trivial. Y ello por la simple razón de que su efectividad estuvo condicionada, en proporción inversa, al grado de asentamiento y apoyo de que gozaban los grupos objeto de las medidas.⁶⁰ Bien es verdad que el trabajo de Capoccia es, antes que otra cosa, una comparación de “casos de estudio”: los de Checoslovaquia, Finlandia y Bélgica —donde las medidas antiextremismo dieron los resultados buscados— frente al caso de la Alemania de Weimar, donde la falta de efectividad de las medidas defensivas se vio favorecida por la ausencia de coaliciones estables entre fuerzas inequívocamente democráticas.

Pese a que ante el problema de la autoconservación de la democracia, el papel que puede desempeñar el derecho es comparativamente muy inferior al que desempeñan otros factores sociales y políticos, no deja de ser interesante comprobar que los tiempos del “momento Núremberg”, en los que el problema se aborda desde nuevas bases, no tenían tras de sí el vacío.⁶¹

El repertorio de “ingeniería legislativa”, utilizado antes de la guerra, muestra —por el contrario— que el empeño de defender la democracia fue consistente en el planteamiento y multifacético e incisivo en su desarrollo. Así podemos comprobarlo mediante el cuadro siguiente, que clasifica las medidas adoptadas durante el periodo comprendido entre las dos guerras por categorías, así como en función del objetivo perseguido por las mismas.

⁶⁰ Capoccia, Giovanni, “Defending Democracy: Reactions to Political Extremism in Inter-war Europe”, en *European Journal of Political Research*, vol. 39, núm. 4, 2001, pp. 431 y ss.

⁶¹ El “puesto” del derecho constitucional ante la cuestión de la autoconservación de la democracia, y la imposibilidad de sustentar teorías constitucionales que expliquen el naufragio de las repúblicas democráticas durante el periodo de entreguerras, es uno de los puntos centrales del trabajo de Gusy, Christoph, “Las constituciones de entreguerras en Europa Central”, en *Fundamentos*, núm. 2, 2000 (*Modelos constitucionales en la historia comparada*), pp. 593 y ss.

Cuadro 1. *Medidas adoptadas en los países europeos para la defensa de la democracia durante el periodo de entreguerras*

Tipos	Legislación sobre	Contenido	Objetivo principal
I	Protección institucional	<ul style="list-style-type: none"> - Estados de excepción - Delitos especiales (alta traición) - Legislación contra incitación a la rebelión en el seno de las Fuerzas Armadas - Legislación contra actitudes desleales en el seno de la función pública 	Funcionamiento democrático de los aparatos estatales
II	Prohibición de partidos y asociaciones	Declaración de ilegalidad o suspensión del funcionamiento de determinados partidos y grupos	Eliminar de la escena política a los grupos extremistas
III	Libertad de expresión	<ul style="list-style-type: none"> - Protección de las instituciones - Protección del honor personal - Prohibición de exaltar determinados delitos - Leyes antilibelo - Restricciones a la libertad de publicación - Leyes contra la infiltración de propaganda extranjera 	Hacer frente a la propaganda deslegitimadora del sistema
IV	Formas de conducta extremista	<ul style="list-style-type: none"> - Prohibición de portar uniformes, llevar determinados símbolos, etc. - Prohibición de milicias partidistas - Prohibición de dar entrenamiento militar - Prohibición de llevar armas - Restricciones a la libertad de reunión 	Defender el orden público

FUENTE: Adaptado de Giovanni Capoccia, "Defending Democracy: Reactions to Political Extremism in Inter-war Europe".

3.4. LA CLÁUSULA DE CIERRE DE LA CARTA EN EL CONTEXTO GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

Como hemos dicho, la codificación de un núcleo de derechos humanos de alcance universal, promovida desde las Naciones Unidas en 1948, se realizó desde la plena conciencia de lo que se pretendía erradicar. En ese sentido, no falta quien atribuye al Holocausto un valor “fundacional”, en negativo, equiparable al de la Reforma o al de la Revolución francesa.⁶² Exprese o no tal opinión un juicio lo suficientemente ponderado, de lo que no cabe duda es de que un artículo como el que cierra la Declaración Universal tiene su origen en el deseo de rechazar el horror conocido y las causas que lo propiciaron. Desde el artículo 30 de la Declaración de 1948 hasta el artículo que cierra la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, discurre un hilo de continuidad, que ahora nos proponemos desvelar.

La figura del abuso de derecho no era, desde luego, algo desconocido para el derecho internacional. En 1925 ya había aparecido una monografía dedicada al tema, y un año después el Tribunal Permanente de Justicia Internacional hacía uso de la figura para resolver un contencioso entre Alemania y Polonia relacionado con la aplicación del Tratado de Versalles.⁶³ A partir de entonces, el abuso de derecho fue expediente muy común en la interpretación de tratados y convenios, tanto en vía diplomática como por parte del Tribunal Internacional de Justicia, en un sin-

⁶² Desarrolla *in extenso* el indicado valor simbólico del Holocausto, como una aberrante derogación del principio de autoconservación, presente en toda la historia del pensamiento político, Diner, Dan, “Restitution and Memory: The Second World War, the Holocaust and the Construction of a Canon of Common Values in a Uniting Europe”, disponible en http://www.epf-eu.org/pub/bulletinv04/bulletin_thema_detail_en.html?thema=37articleid=81

⁶³ La monografía es la de Politis, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus de droit dans les rapports internationaux*, y la sentencia es la dictada en 1926, el asunto conocido como “intereses alemanes en la Alta Silesia polaca”, en la que Alemania fue acusada de haber dispuesto *in extremis* de determinados bienes, en perjuicio de Polonia, a sabiendas de lo estipulado en el Tratado de Versalles; *cfr.* “Abuso del Diritto (Diritto Internazionale)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1968, vol. I, pp. 97 y ss.

fín de asuntos, alguno de ellos tan famoso como el de la *Barcelona Traction*.⁶⁴

En ese ámbito del derecho internacional general, el abuso de derecho cuaja en una categoría interpretativa muy cercana, por no decir equivalente, a la de la buena fe, y no faltan decisiones que refieren la prohibición de abuso al artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en la medida en que dicho artículo estipula el cumplimiento de las obligaciones asumidas, de conformidad con la buena fe.⁶⁵ La prohibición de abuso aparece también expresamente contemplada en recientes e importantes convenios internacionales de las Naciones Unidas, como el relativo al derecho marítimo, de 1982, o el de prohibición de armas químicas, de 1993.⁶⁶

Otro importante filón de ingreso de la teoría del abuso en el derecho internacional, y ya específicamente en el relacionado con la defensa de los derechos humanos, es el de la prohibición de abuso de proceso. Aquí ya comienzan a asomar los contrastes que hacen de la rúbrica de nuestro artículo de la Carta un *corpus* tan extraño.

La prohibición del abuso de proceso aparece por vez primera en el artículo 27 (de la versión antigua) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que es todo él una suma de cautelas y disposiciones impeditivas dirigidas a precaverse contra lo que el Convenio tuvo de más revolucionario en el momento de su aprobación en 1950. Me refiero a la posibilidad, abierta por el artículo 25 y que tardaría algunos años en materializarse, de que las demandas fueran presentadas ante la Comisión por “cual-

⁶⁴ Cfr. el exhaustivo trabajo de Gestri, Marco, “Considerazioni sulla teoria dell’abuso del diritto alla luce della prassi internazionale”, en *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXVII, 1994, pp. 5 y ss.

⁶⁵ “Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

⁶⁶ Art. 300 del Convenio sobre Derecho del Mar (“States Parties shall fulfill in good faith the obligations assumed under the Convention and shall exercise the rights, jurisdiction and freedoms recognized in this Convention in a manner *which would not constitute an abuse of right*”), y art. IX, párr. 17, del Convenio sobre la Prohibición de Armas Químicas, donde se prohíbe y sanciona el recurso abusivo a la posibilidad de solicitar inspecciones voluntarias (las llamadas *challenge inspections*).

quier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares”.

La elevación del individuo, de súbdito de un poder soberano a potencial demandante ante un tercero imparcial de ese mismo poder soberano, fue un paso que no se dio sin resistencias y suspicacias por parte de todos. La propia disposición de un órgano-filtro u órgano-conciliador —como la Comisión— fue sin duda una de las principales cautelas, como también lo fue el que dicho órgano pudiera rechazar *a limine* toda demanda “manifiestamente mal fundada o abusiva” (art. 27.2).⁶⁷ Es verdad que, en líneas generales, no puede decirse que la Comisión “abusara del abuso”; más bien puede hablarse de un uso del artículo sumamente ponderado y limitado a aquellos casos de demandas manifiestamente frívolas, o a aquellos otros en los que el demandante, requerido para ello, no prestó la colaboración necesaria para llevar adelante el proceso, o bien incurrió en “querulancia”, por repetición obsesiva de demandas idénticas.⁶⁸

Hay que tener en cuenta, además, que una temprana decisión de la Comisión en el caso *Lawless vs. Irlanda*, de 1958, afirmó que el hecho de que una demanda tuviera motivaciones de índole política o propagandística no conllevaba necesariamente que la misma incurriera en abuso, una línea de razonamiento que posteriormente repitió en muchos casos, sin que llegara nunca a apreciar abuso de proceso por razón de la utilización de este a los meros efectos de propaganda política.⁶⁹

⁶⁷ La versión inglesa lo dice de manera más elocuente: “manifestly ill-founded, or an abuse of the right of petition”.

⁶⁸ Sobre el abuso de proceso ante los órganos del CEDH, *cfr.* Monconduit, François, “L’abus de droit de recours individuel devant la Commission européenne des Droits de l’Homme”, en *Annuaire Français de Droit Internationale*, 1971, pp. 471 y ss., así como, más recientemente, Flauss, Jean François, “L’abus de droit dans le cadre de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 1992, pp. 461 y ss. La posibilidad de que la Comisión procediera al archivo de la demanda en cualquier momento del proceso fue ampliada por medio del Protocolo 8, que adicionó, con tal objeto, al Convenio un nuevo artículo, el 30 en la versión antigua.

⁶⁹ La decisión de la Comisión en el caso *Lawless* puede verse en *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, II, 1958, pp. 339 y ss. Sobre la postura de la Comisión, en general, *cfr.* también el resumen que realiza Gestri, Marco, “Considerazioni sulla teoria dell’abuso...”, *cit.*

Si hay un ámbito típico mediante el cual la teoría del abuso obtiene carta de naturaleza en el derecho internacional de los derechos humanos, tal es, pues, el del abuso de proceso. Ese es el suelo natural en el que puede germinar, y en el que el abuso es susceptible de moldearse y ser aplicado mediante las técnicas propias de la ciencia jurídica. El abuso de procedimiento lo encontramos también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (art. 3 del Primer Protocolo Facultativo), y en diversas declaraciones e instrumentos de derecho internacional, como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, o la Convención contra la tortura, de 1984.⁷⁰

Pero volvamos al artículo 30 de la Declaración de 1948 y detengámonos en el momento en que fue adoptada, pues es ahí donde se sitúa la fuente originaria de este “derecho de combate” sobre el que venimos tratando. Es curioso comprobar que respecto a dicho artículo se dan las mismas tendencias doctrinales que observamos respecto a las disposiciones “gemelas” de los textos posteriores, entre ellas, la Carta. Tales tendencias oscilan entre pasar sobre el artículo 30 como de puntillas, cuando no ignorarlo del todo, o bien destacar el carácter perfectamente prescindible y superfluo del mismo.⁷¹

Sobre los motivos para incluirlo en la Declaración, los debates que entonces se produjeron —de los que se ha dicho que fueron un episodio característico de la Guerra Fría— muestran un *bloque occidental*, liderado por Estados Unidos y deseoso de calcar el modelo de derechos constitucionales de ese país, y un *bloque socialista*, escéptico en cuanto al valor de los derechos en las sociedades capitalistas e interesado en innovar el catálogo con la adición de derechos nuevos.⁷² Los derechos económicos,

⁷⁰ Remito de nuevo a Gestri, Marco, “Consideración sulla teoria dell’abuso...”, *cit.*

⁷¹ La redundancia se produciría, sobre todo, con respecto al párr. 3 del art. 29 (“Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”), tal como destaca, en su comentario del artículo, Galinsoga, Albert, “Artículo 30”, en Asociación para las Naciones Unidas en España, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Barcelona, Icaria, 1998, pp. 467 y ss.

⁷² *Cfr.* Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 40 y ss.

sociales y culturales de los artículos 22 y siguientes proceden de este último empeño.

Al bloque socialista se debe también la insistencia en “horadar” la matriz iusnaturalista de la Declaración, para situar a esta en el contexto político del momento. De ahí proviene todo un bloque de enmiendas, de las que trae causa nuestro artículo: aquellas dirigidas a vincular el valor de los derechos a su despliegue dentro del cuadro democrático, y en la medida en que no sirvan para promover los intereses del fascismo. En este particular extremo, las diversas llamadas de atención de representantes del bloque socialista fueron secundadas por otras opiniones concordantes, como las de los delegados libanés y francés,⁷³ y de manera especialmente destacada por este último, quien defendió la necesidad de incluir una disposición preventiva como la que finalmente recogería el artículo 30, “para cortar de raíz y desde el mismo comienzo cualquier actividad dirigida a destruir los derechos y libertades incluidos en la Declaración”.⁷⁴

Con la Declaración —valga subrayar lo obvio— se trataba de proclamar solemnemente unos derechos de alcance universal, a modo de “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, como afirma el preámbulo. Nadie hizo cuestión de los problemas jurídicos que podía suscitar la aplicación práctica de sus disposiciones, sencillamente porque la perspectiva de las instituciones de salvaguarda —el otro componente esencial, junto con las normas, de cualquier sistema evolucionado de defensa de los derechos— estaba todavía tapada. Pero gracias a su valor como fuente de normas fue posible adoptar en 1966 los dos pactos en que se desdobló la Declaración: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el primero de los cuales crea ya, como es sabido, un Comité de garantía, disponible para enjuiciar las demandas individuales por vulneración de los derechos del Pacto.

⁷³ No es ocioso recordar que el delegado de Líbano fue Charles Malik, uno de los *Padres fundadores* del movimiento pro derechos humanos, junto con el delegado francés, René Cassin, y la delegada estadounidense Eleanor Roosevelt.

⁷⁴ La intervención de René Cassin puede verse en U.N. GAOR 3d. Comm., 3d. Sess., 156 Mtg, p. 673, U.N. Doc. A/C.3/SR.156, 1948.

En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5.1 reproduce exactamente el 30 de la Declaración de 1948 (“Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades, o realizar actos, tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”), pero ahora adiciona un inciso que, como veremos, también encontramos en el artículo 17 del CEDH (“o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”), que denota algunas cosas de interés.

El inciso acredita, desde luego, el intento de situar la prohibición general del artículo dentro del contexto de una teoría general de las limitaciones de los derechos. Ahora ya no pretende ser solo norma interpretativa de alcance general, dirigida a cerrar el paso a una concreta tendencia política, sino criterio ponderativo de enjuiciamiento acerca del grado o medida en que un derecho en cuestión aparezca limitado. Cuál sea esa teoría general de las limitaciones es algo que también aquí, como en el caso del CEDH, se aprecia en las maneras, liberales al estilo más clásico, de reconocer determinados derechos (reunión y asociación) y libertades (expresión y religión): con un reconocimiento de lo tenido por natural e inherente a la persona, al que se adicionan una garantía formal de su desarrollo en exclusividad por el legislador, así como la imposición a este de un régimen cautelar de *numerus clausus* de finalidades legítimas de los límites.

El último inciso del artículo 5.1 del Pacto ya no es prohibición genérica dirigida a grupos o a personas, sino interdicción concreta dirigida al Estado, quizá al “Estado-legislador”, pues solamente a él, mediante el ejercicio de su imperio, le resultaría posible incurrir, por vía interpretativa, en limitaciones *ultra pactum* de las prohibidas por el inciso. Lo que no se comprende es cómo podría el Estado hacerlo invocando un supuesto derecho, absurdo en sí mismo (antiguo art. 5.1), que vendría a ser una especie de lectura en positivo del régimen de limitaciones legítimas de los derechos.

Quizá la única forma de salvar la coherencia de dicho inciso sería mediante una interpretación sistemática del Pacto, que llevara a ponerlo en relación con la cláusula de las necesidades

de la sociedad democrática, contemplándolo entonces como un factor adicional disponible para ser usado *ad abundantiam* en los complicados razonamientos ponderativos sobre la legitimidad de determinados límites. Visto así, una cláusula como la que nos ocupa no es solo un absoluto político oponible al enemigo *schmittiano*, sino un componente más, disponible para ser incluido en el haber racional de la hermenéutica jurídica.

Animado de un espíritu semejante al que inspira el artículo 5.1, el artículo 20 del Pacto también recoge prohibiciones absolutas con carácter de limitaciones de la libertad de expresión. Concretamente, exigiendo a la ley que prohíba la propaganda en favor de la guerra (art. 20.1), así como la “apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia” (art. 20.2). El Comité de Derechos Humanos se ha basado en él para estatuir que el discurso de carácter antisemita “cae claramente bajo los supuestos de incitación al odio racial o religioso prohibidos por tal artículo”.⁷⁵ Y también ha recurrido al artículo 5 del Pacto para declarar inadmisibles la queja de un nacional italiano, condenado en su país por hechos encaminados a la reorganización del Partido Fascista, en vulneración a un artículo del Código Penal de 1952, introducido por medio de la llamada Ley Scelba.⁷⁶ Frente a la alegación del recurrente en el sentido de que la citada prohibición constituía un supuesto de vulneración a la libertad ideológica, y además inherentemente discriminatorio, en la medida en que no comprendía bajo su ámbito de aplicación a “todos los movimientos pretendidamente (*sic*) antidemocráticos”, el Comité se limita a decir, con todo laconismo, que “los actos objeto de la condena, por reorganizar el Partido Fascista, [...] están excluidos de la protección del Pacto, de conformidad con lo previsto en el artículo 5”.⁷⁷

⁷⁵ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *J.R.T. & W. G. Party vs. Canadá*, comunicación 104/1981, 1983.

⁷⁶ Se trata de la Ley 645/1952, mediante la que se vino a dar aplicación a la Disposición Transitoria XII de la Constitución, que prohibió “la reorganización, bajo cualesquiera formas, del disuelto Partido Fascista”.

⁷⁷ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *M. A. vs. Italia*, comunicación 117/1981, 1984.

3.5. EL CONTEXTO ESPECÍFICO DEL
“DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS”:
EL ARTÍCULO 17 DEL CONVENIO

Poco a poco se va abriendo paso la idea de que, en materia de interpretación de los derechos, ningún tribunal *nacional* o *comunitario* está en condiciones de disputar el liderazgo que ha adquirido en los últimos tiempos el Tribunal de Estrasburgo. La jurisprudencia del TEDH es hoy el referente central de una supuesta cultura de los derechos, que le debe a ella el ir aproximándose a ser genuinamente *común* y *europea*.⁷⁸ Tales atributos lo son además en un doble sentido. El más evidente es el que presupone la idea de una “gran Europa”, capaz de amalgamar las diversas “europas”: la latina y la anglosajona, la del Norte y la del Sur, la occidental y la oriental, todas ellas parte integrante de un solo *macrocosmos* cultural, lleno de complejos contrastes.⁷⁹ El otro sentido es el que apunta al laborioso proceso de construcción de unos estándares compartidos en materia de interpretación de los derechos; este es un componente técnico-jurídico de esa supuesta cultura común, para cuya consolidación la virtud propia de la flexibilidad *iuris prudente* está teniendo un peso decisivo.⁸⁰

Si la doctrina del margen de apreciación nacional pudo ser durante bastante tiempo el “expediente-clave” del que se valió el TEDH para reforzar la normatividad del Convenio,⁸¹ desde mediados de los años noventa para acá, y sobre todo a raíz de la gran reforma operada por el Protocolo 11, parece como si el Tribunal

⁷⁸ Véase, entre otros muchos, el trabajo de López Guerra, Luis María, “Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65, núm. 2, 2003, pp. 191 y ss.

⁷⁹ Cfr. Spadaro, Antonino, “La Carta Europea dei Diritti fra Identità e Diversità e fra Tradizione e Secolarizzazione”, ponencia presentada al Convenio sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, celebrado en Génova, el 16/17 de marzo de 2001.

⁸⁰ Valga, por todos, la referencia a los múltiples trabajos de Peter Häberle relacionados con el tema, buena parte de los cuales están agrupados ahora en el libro *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milán, Giuffrè, 2003.

⁸¹ Véase Yourow, Howard C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, La Haya, Kluwer, 1996.

buscara cada vez más un sólido término medio de referencia a partir del cual pueda aplicar, de manera decidida, las nociones autónomas por él construidas.

La ductilidad en la indagación de lo compartido se conjuga así con la inflexibilidad para denunciar como incompatible con el Convenio todas aquellas prácticas nacionales que sitúan los derechos por debajo de los mínimos definidos en el acervo jurisprudencial. Y mediante tal forma de proceder, al margen de resabios de índole competencial o preocupaciones por las consecuencias inmediatas de sus resoluciones, el TEDH es hoy, con su política de los derechos, el indudable “señor” de un concepto tan volátil como el del orden público europeo, cuando menos en lo que a los derechos se refiere.

Si la posición institucional del TEDH es la óptima para realizar una *propedéutica* de los derechos del Convenio, más necesaria que nunca por la intensidad y la velocidad con que determinados fenómenos —sociedad de la información, ingeniería genética, inmigración, terrorismo, etc.— afectan al entendimiento de ellos, el gran riesgo al que el Tribunal se enfrenta es el de ser depositario de expectativas desmesuradas. En lo cuantitativo, por la ligereza con que se tiende a buscar en él un último *remedio* transnacional, sin apenas “coste ni esfuerzo”, pero con previsibles rendimientos, al menos en lo propagandístico. Y en lo cualitativo, porque la incuria legislativa, que es generalizada en materia de delimitación de los derechos, unida a la disposición —que no está ausente de la Carta— para endosar al TEDH la responsabilidad de decir la última palabra, han acabado por convertir al Tribunal en una especie de *dworkiano* juez-Hércules a escala europea, de cuya obra se espera que emane toda la certeza jurídica que ningún legislador acierta a dar.⁸²

Como ya hemos dicho, la disposición gemela del artículo de la Carta que examinamos es, en el Convenio, el artículo 17. Durante los debates conducentes a la proclamación de la Carta, este último artículo fue reiteradamente aludido como la fuente

⁸² Trato con más detalle estos aspectos en mi trabajo “Acerca de la eficacia de las sentencias del TEDH: ¿amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina? Una propuesta de reforma”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12, 2004, pp. 521 y ss.

inspiradora de la cláusula de cierre de la Carta. Pero con la particularidad —ciertamente decepcionante para quien pretendiera encontrar en los debates informaciones de sustancia— de que el hecho de reproducirlo casi al pie de la letra parece como si hubiera servido de coartada para no entrar en detalles relativos a la razón de ser de la cláusula, y su posible puesta al día, a cincuenta años de distancia del momento en que fue adoptada por los *Padres fundadores* del Convenio.⁸³

Los sobrentendidos parecen, pues, de rigor cuando se trata de hacer profesión de fe democrática, pero no deja de ser chocante la falta de profundización sobre el alcance de una cláusula que se dejó caer precisamente allí —en las llamadas “disposiciones horizontales”— donde la Carta deja ver los criterios generales acerca de su valor jurídico. Que quienes la redactaron estuvieran al corriente de la “lectura” dada al artículo 17 por los órganos del Convenio es cosa discutible; la lectura, por lo demás, ilustra poco, pues los casos centrados en la aplicación del artículo siguen siendo escasos y demasiado marcados por la impronta del tiempo en que fueron resueltos. Sin embargo, también aquí, como ocurre en general con el Convenio, las decisiones más recientes muestran signos de una evolución de la que quizá deberían haber dejado constancia los redactores de la Carta, aunque solo fuera por aquello de la posible utilidad, a efectos hermenéuticos, de la voluntad del legislador.

Sobre la base de lo afirmado por la Comisión y el TEDH, las glosas doctrinales del artículo 17 suelen destacar, con toda razón, su carácter subalterno y en cierto modo prescindible, pues no puede darse violación del mismo que no comporte, al propio tiempo, vulneración de otro artículo del Convenio, cuya consideración sustantiva es la determinante para apreciar si concurre o no vulneración de aquel artículo.⁸⁴ El análisis del Convenio, desde la perspectiva del artículo 17, tiende a cobrar así una deri-

⁸³ Así se aprecia en la nota del *Praesidium* sobre explicaciones relativas al proyecto, despachadas, por lo que al (antiguo) art. 54 de la Carta respecta, con un escueto “se corresponde con el artículo 17 del CEDH” (Doc. Chartre 4473/00, CONVENT 49).

⁸⁴ Véase, por todos, el tratamiento de la cuestión que realizan Dijk, Pieter van y Hoof, Fried van, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Deventer-La Haya, Kluwer, 1990, pp. 562 y ss.

va o bien superflua, o bien reiterativa, terreno abonado para las invocaciones retóricas y los *obiter dicta*, en lugar de ser fuente de criterios inflexibles y categorías generales en materia de interpretación. Aunque algún autor haya querido ver en el artículo 17 una obligación dirigida a los Estados parte para mantener incólumes las señas de identidad democrática, en general no parece que ello sea lo que puede deducirse de los pocos casos en los que el artículo 17 ha merecido los honores de una consideración más allá de lo puramente retórico.⁸⁵

En 1957, la Comisión rechazó la demanda interpuesta contra la ilegalización del Partido Comunista de Alemania por el Tribunal Constitucional de aquel país, realizando así su contribución a una jurisprudencia de condena del marxismo-leninismo —típica de la Guerra Fría—, cuyos ejemplos más señeros, además del citado, se encuentran en sendos casos de los tribunales supremos estadounidense y australiano.⁸⁶ Los razonamientos de la Comisión se tradujeron entonces en una descalificación de las fuentes y líneas programáticas del partido, en las que se encontró una incompatibilidad radical con el sistema de valores implícito al Convenio.⁸⁷

La identificación del sistema del Convenio con los rasgos de una democracia capaz de defenderse de sus enemigos será resalada de nuevo por la Comisión, al remitir al Tribunal el ya citado caso *Lawless vs. Irlanda*, en el que el artículo 17 viene considerado como una válvula de seguridad para evitar la “explotación” de los derechos *más políticos* del Convenio por parte de “agitadores

⁸⁵ Sostiene la mencionada interpretación del art. 17 Fawcett, James, *The Application of the European Convention of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 275 y ss.

⁸⁶ Me refiero a los casos *Dennis vs. Estados Unidos*, 341 U.S. 494, 1951, y *Australian Communist Party vs. Commonwealth*, 83 CLR, 1, 1950-1, este último con una vigorosa defensa de la independencia judicial para realizar un escrutinio sobre los motivos aducidos por el legislador para ilegalizar.

⁸⁷ “[...] el recurso a la dictadura para la implantación de un determinado régimen resulta incompatible con el Convenio, por cuanto comportaría la destrucción de los derechos y libertades garantizados en el mismo [...]”, *Partido Comunista de Alemania vs. la República Federal de Alemania*, decisión de 20 de julio de 1957, cdo. 8, *Yearbook of the European Convention of Human Rights*, vol. I, 1955-1957, pp. 222 y ss.

que persigan objetivos de tipo comunista, fascista, nacionalsozialista o totalitarios”. En la sentencia, el Tribunal abunda en la misma idea (“el propósito general del artículo 17 es impedir que grupos de carácter totalitario puedan utilizar en su propio interés los principios recogidos en el Convenio”), pero ahora para resaltar que ello no puede legitimar la privación de cualesquiera garantías a los miembros de tales grupos.⁸⁸

En estas tempranas decisiones se aprecia ya que el artículo 17 tiende a actuar en la dirección que va desde el Estado hacia los individuos, pero no en la inversa. La perspectiva usual es la del *plus* de restricción excepcional de determinados derechos —disponible para las autoridades estatales— ante circunstancias o destinatarios concretos, no la del rasero añadido para enjuiciar, “de abajo a arriba”, la legitimidad de lo que el Estado hace.⁸⁹ Ese es un rasgo característico de la jurisprudencia sobre el artículo 17 que se mantiene hasta hoy. Y ello no porque escaseen las invocaciones del artículo por parte de quienes acuden a Estrasburgo, sea en condición de demandante o en la de Estado demandado, sino porque la Comisión —y hoy el Tribunal— suelen considerar que la perspectiva del artículo 17 no añade nada al análisis de fondo sobre la legitimidad de las restricciones, ni mucho menos permite constatar que el Estado demandado se halle embarcado en actividades destructoras del sistema. Un párrafo de la sentencia en la que Turquía fue condenada por haber disuelto el Partido Comunista Unido expresa, concisa y perfectamente, semejante idea:

⁸⁸ “Para conseguir ese objetivo [el de “cerrar el paso” a grupos totalitarios] no es preciso excluir a las personas implicadas en actividades dirigidas a destruir el sistema del Convenio del disfrute de todos los derechos que él reconoce. El art. 17 se refiere únicamente a aquellos derechos cuya invocación pudiera traducirse en la defensa del derecho a dedicarse a tales actividades”, *Lawless vs. Irlanda*, 1 *European Human Rights Reports* (EHRR), 1961, 15, cdo. 6.

⁸⁹ Hay que tener en cuenta, además, que esa dirección de juicio implicaría la entrada en juego de otro de los artículos del Convenio todavía más “olvidado” en su aplicación jurisprudencial que el que estamos analizando. Me refiero al art. 18: “Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicados más que con la finalidad para la cual han sido previstas”.

[...] el compromiso entre las exigencias que impone la defensa del orden democrático, y el valor de los derechos individuales es algo inherente al sistema del Convenio [...] De ahí se infiere que, para alcanzar tal compromiso, cualquier intervención de las autoridades ha de realizarse en consonancia con lo exigido por el artículo 11.2 [...] *Y solamente una vez que hayamos comprobado si se da tal requisito, estaremos en condiciones de decidir, a la vista de todas las circunstancias del caso, la posible aplicación del artículo 17.*⁹⁰

De hecho, la invocación del artículo 17 contra el Estado es, cada vez más, preludio de una decisión de inadmisibilidad de la demanda, por manifiestamente mal fundada, en los términos del artículo 35 del Convenio.⁹¹

Las posibilidades de actuación del artículo 17 —y lo mismo parece que puede afirmarse de su disposición gemela de la Carta— dependen, pues, de la definición de todo aquello que el Convenio no ampara en ningún caso o, dicho de otro modo, de la delimitación de un ámbito de intransigencia establecido *a priori* y capaz de reforzar el sistema de restricciones impuestas al ejercicio de determinados derechos, hasta el punto de justificar un discurso argumentativo que pueda soslayar una consideración detenida de tal sistema. Así viene ocurriendo en los casos de los discursos susceptibles de alentar sentimientos de carácter racista —y especialmente antisemita, al hilo de versiones sesgadas de nuestro inmediato pasado—, así como, en general y de manera creciente, con respecto a actitudes de complacencia o complacencia con la violencia terrorista. Veámoslo más despacio.

⁹⁰ *Partido Comunista Unido de Turquía y otros vs. Turquía*, 26 EHRR, 121, 1998, párr. 32. Esta sentencia, junto a la dictada en el caso *Vogt vs. Alemania*, 21, EHRR, 1996, párr. 205, son los mejores ejemplos para comprobar el giro realizado por el Tribunal, con respecto a la decisión de la Comisión de 1957, a la hora de examinar la compatibilidad de la ideología de inspiración comunista con el sistema del Convenio.

⁹¹ En el carácter superfluo del análisis del antiguo art. 17, una vez contemplada la cuestión de manera exhaustiva, desde la legitimidad de las restricciones señaladas en el art. 11, insiste, por ejemplo, el párr. 85 de la importante sentencia del TEDH, de 31 de julio de 2001, en *Refah Partisi (Partido del Bienestar) y otros vs. Turquía*, 35, EHRR, 2002, párr. 56.

3.6. ABUSO DE DERECHO, DISCURSO RACISTA Y NEGACIÓN DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Si nos atenemos a lo que se constata en las decisiones de la Comisión, y últimamente en las del propio Tribunal, no parece exagerado afirmar que el artículo 17 ha quedado como punta de lanza para la defensa jurídica de los valores del Convenio frente a los discursos de un determinado carácter: el que lleva la impronta del componente más racista o xenófobo, propio de las ideologías filonazis, a las que les es consustancial.⁹²

Si algo puede afirmarse con toda seguridad acerca del valor del artículo 17 es, en definitiva, que sirve como fundamento para repudiar la difusión de opiniones del indicado tipo como algo incompatible con el Convenio. Hasta mediados de los años noventa no encontramos sino algunas decisiones aisladas de la Comisión que analizan el discurso racista, pero desde entonces para acá parece como si el repunte de tal discurso a escala europea, entre movimientos y grupos de la más diversa naturaleza, estuviera motivando un incremento notable del repertorio de casos relacionados con él. Curiosamente también se constata, sin embargo, que aquellos que pasan el filtro de la admisibilidad tienden a preludiar decisiones del Tribunal que matizan aquel repudio. Analicémoslo detalladamente.

En 1979, una decisión de inadmisibilidad en el caso *Glimmerveen y Hagenbeek vs. Países Bajos* permitió a la Comisión fijar su postura sobre la relación entre los artículos 10 y 17 del Convenio y sobre la aplicación de este último a la difusión de ideas racistas. Los demandantes habían sido condenados en el país referido por instigación al odio racial contra los inmigrantes originarios de Surinam y Turquía, y se les había impedido promover una candidatura electoral para la difusión de tales sentimientos.

Remitiéndose a *Lawless*, la Comisión declarará entonces que “el artículo 17 se refiere esencialmente a aquellos derechos cuya invocación pudiera propiciar el intento de apoyarse en ellos para dedicarse a actividades dirigidas a destruir el sistema de dere-

⁹² Cfr., por todos, Klemperer, Victor, *LTI. La lengua del Tercer Reich*, Barcelona, Minúscula, 2001, esp. cap. XXI (“La raíz alemana”).

chos y libertades del Convenio”, entendiendo que la mera expresión de las ideas de los demandantes “resulta de por sí una actividad, en los términos del artículo 17”.⁹³ La Comisión remite además a la Convención de la ONU contra la discriminación racial, de 1965,⁹⁴ para descalificar los objetivos perseguidos por los demandantes, como contrarios a los compromisos asumidos por Países Bajos al ratificarlo y, una vez analizado el asunto desde la óptica del artículo 10, considera innecesario contemplarlo a partir del artículo 3 del Protocolo Primero.⁹⁵

El interés de la jurisprudencia *Glimmerveen* radica, sobre todo, en el establecimiento de una doctrina general sobre el racismo, que posteriormente servirá como base de otras muchas decisiones relativas al discurso filonazi. En la década de los ochenta hay al menos dos de ese carácter. En *Kühnen vs. la República Federal de Alemania*, el demandante fue un periodista con responsabilidades de primera línea en una organización cuyo objetivo era reimplantar en la RFA el partido de Hitler, el Partido Nacional Socialista (NSDAP) refundado en 1949 bajo el nombre de Partido Socialista del *Reich* (SRP), y prohibido por el Tribunal Constitucional Federal alemán en 1952.⁹⁶ Con tal propósito, el

⁹³ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Glimmerveen y Hagenbeek vs. Países Bajos*, demandas 8348/78 y 8406/78, decisión de 11 de octubre de 1979.

⁹⁴ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación; *cfr.* especialmente los arts. 4 y 5 del mismo, en los que se expresa el compromiso de los Estados parte para adoptar “medidas positivas” dirigidas a erradicar la incitación para cometer, o la propia comisión, de actos discriminatorios.

⁹⁵ El artículo en cuestión establece el compromiso de las altas partes contratantes de “organizar, a intervalos razonables, elecciones libres por escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo sobre la elección del cuerpo legislativo”. La incriminación de los demandantes se había basado en un panfleto, dirigido a los “neerlandeses de raza blanca”, en el que, en su condición de líderes del partido Pueblo Neerlandés Unido (*Nederlandse Volks Unie*), proclamaban su propósito de expulsar de los Países Bajos a los nacionales de origen surinamés, turco y, en general, a todos los llamados *quest-workers* (“trabajadores huéspedes”).

⁹⁶ *Cfr.*, sobre esta decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*), el exhaustivo trabajo de Íñiguez, Diego y Friedel, Sabine, “La prohibición de partidos políticos en Alemania”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 122, 2002, pp. 30 y ss.

señor Kühnen emprendió una campaña de difusión de publicaciones y llamamientos en los que, entre otras cosas, apelaba “a la Alemania Unida, la justicia social, el orgullo racial, la comunidad del pueblo y la camaradería”.⁹⁷ La condena del demandante se produjo por haber vulnerado el artículo 86 del Código Penal alemán, que prohíbe la difusión de propaganda por medio de asociaciones inconstitucionales, en la medida en que la misma se dirija contra el orden fundamental democrático y el entendimiento entre los pueblos.

Una vez que el Tribunal Constitucional hubo rechazado el recurso de queja contra la condena, el demandante se acogió al CEDH, invocando vulneración de los artículos 9 y 10 y poniendo de manifiesto en su demanda que no se daban las condiciones para aplicar el artículo 17, puesto que lo único que estaba pidiendo era la legalización de un partido. Sobre la base de lo acreditado ante el Tribunal Regional de Fráncfort, la decisión de la Comisión evalúa el peligro de difusión de sentimientos antisemitas y concluye apodóticamente que el intento de reimplantar el nacionalsocialismo se opone frontalmente, “en el texto y en el espíritu”, a “los valores básicos subyacentes al Convenio, tal y como vienen expresados en el párrafo quinto del Preámbulo, donde se estatuye que las libertades fundamentales reposan esencialmente en un régimen político verdaderamente democrático”.

Y en *H., W., P. y K. vs. Austria*, la Comisión abunda en las mismas ideas con respecto a las condenas impuestas en el Estado demandado por actividades filonazis, en aplicación de la Ley de Prohibición del Nacionalsocialismo. Pero aquí el razonamiento de la Comisión es más sofisticado, puesto que los demandantes no solo invocaron el artículo 10, sino también los artículos 6 y 7 (juicio justo y principio de legalidad penal), así como el 14 (cláusula de no discriminación). En cuanto al primer extremo, los demandantes consideraban demasiado imprecisa la disposición prohibitiva y, en cuanto al segundo, estimaban discriminatoria una condena basada en opiniones políticas que nunca podía alcanzar, por ejemplo, a quienes hicieran apología del comunismo.

⁹⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Kühnen vs. la República Federal de Alemania*, demanda 12194/86, decisión de 12 de mayo de 1988, Sumario de hechos.

La Comisión rechaza ambas alegaciones y opta por una invocación *ex officio* del artículo 17. Según su criterio, en una primera aproximación, acaso es cierto que la sección tercera de la Ley de Prohibición puede ser imprecisa,⁹⁸ pero no lo es si se lee a la luz de la intención del legislador, que no es otra que proscribir “una ideología de perfiles históricos bien asentados, y cuya invocación en Austria y en otras partes permite diferenciarla perfectamente de otros tipos de discurso nacionalista”. Y ello sin olvidar que “el derecho jurisprudencial y la doctrina legal han desarrollado criterios adicionales que hacen del texto prohibitivo algo suficientemente claro y previsible”.⁹⁹

Frente a la alegación de que la ley nunca podría perseguir a quienes “negaran, minimizaran o justificaran los crímenes cometidos en nombre del comunismo, o los crímenes de guerra cometidos por los aliados”, la Comisión apela al propio *background* ideológico del Convenio, para entender que se trata de una diferenciación justificada, de manera objetiva y razonable, a la vista de “la experiencia histórica de Austria [...], sus obligaciones internacionales y el peligro que la ideología nacionalsocialista puede representar para la sociedad austriaca”, consideraciones estas que, bajo la estela del caso *Kühnen*, conectan directamente con la aplicación del artículo 17.

El párrafo recién citado acredita un razonamiento de la Comisión más de carácter contingente —apegado a las circunstancias particulares de un Estado como Austria— que basado en consideraciones absolutas de principio sobre el daño que la difusión de determinados discursos sea susceptible de causar. Que la doctrina nacionalsocialista es opuesta, por principio, a todo lo que

⁹⁸ La ley prevé penas que van desde los 10 a los 20 años de prisión, o incluso reclusión perpetua en casos particularmente peligrosos, para quienes sean declarados culpables de “fundar una asociación o desempeñar un papel preponderante en ella, cuyo objetivo, *inspirado en las ideas del nacionalsocialismo* y puesto de manifiesto mediante la actividad de sus miembros, sea socavar la autonomía e independencia de la República de Austria, subvertir el orden público o amenazar la reconstrucción de Austria”. La queja de los demandantes se refería a la expresión en cursiva.

⁹⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos, *H., W., P. y K. vs. Austria*, demanda 12774/87, decisión de 12 de octubre de 1989.

el Convenio representa, es algo que no ofrece duda. En *Honsik vs. Austria*, un caso resuelto por la Comisión en 1995 y en el que los demandantes de nuevo alegaron imprecisión de la ley prohibitiva, se afirma, sin rodeos, que dicha doctrina “es incompatible con la democracia y con los derechos humanos”, y que “quienes la profesan persiguen objetivos dirigidos a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio”.¹⁰⁰

La novedad de *Honsik* es que la “actividad” por la que el demandante había sido condenado en su país no fue una apología directa del nacionalsocialismo en la “arena” de la competición política, sino la autoría de una serie de artículos de pretendido carácter histórico en los que se manifestaban dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis.¹⁰¹

Los intentos de cuartear la verdad histórica, arrojando dudas sobre la magnitud, los detalles o la propia existencia del genocidio practicado por los nazis son, hasta este mismo momento, el principal vivero de resoluciones de los órganos del Convenio sobre el artículo 17. En todas ellas se constata la tendencia a aplicarlo de oficio, como una cuestión de principio, que revela inflexibilidad frente a indagaciones científicas o “narraciones” históricas susceptibles de herir la memoria de las generaciones vivas. Pero el carácter desapasionado con que muchas veces se presentan tales discursos, su colocación al margen del debate —más inmediatamente— político y la propia técnica de tipificación penal seguida en algunos Estados para perseguirlos no deja de plantear difíciles cuestiones sobre los límites de la libertad de expresión y los contornos de la tolerancia en el espacio europeo.

¹⁰⁰ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Honsik vs. Austria*, demanda 25062/94, decisión de 18 de octubre de 1995. En la más reciente decisión de inadmisión, en el caso *Shimanek vs. Austria*, demanda 32307/96, decisión de 1 de febrero de 2000, la sección Primera del Tribunal aplica de oficio el art. 17 e insiste en la misma línea de razonamiento, esta vez para condenar sin paliativos las actividades filonazis de los demandantes.

¹⁰¹ La ley austriaca de “Prohibición del Nacionalsocialismo” fue objeto, en 1992, de una reforma en la que se añadió a la sección tercera, que antes hemos citado, un párrafo dirigido a declarar punible la conducta de “quien niegue, minimice, celebre o justifique el genocidio u otros crímenes contra la humanidad del nacionalsocialismo, a través de la prensa, la radio, la televisión o cualquier otro medio que permita amplia difusión”.

Bajo el pretexto de difundir el proceso al que había sido sometido Ernst Zündel en Canadá, en el que había comparecido como testigo, Udo Walendy, director de una publicación denominada *Hechos Históricos* (*Historische Tatsachen*), consagró uno de los números de la misma al poner en duda la idoneidad técnica de los crematorios de los campos de concentración para producir un exterminio en masa. El Tribunal Regional de Bielefeld ordenó, a instancias de la Fiscalía, el secuestro de la publicación y abrió diligencias contra Walendy por la comisión del delito de denegación del genocidio. Archivadas las actuaciones y levantada en primera instancia la orden de secuestro, esta fue considerada plenamente conforme a derecho en apelación, principalmente con el argumento de que el editorial (“¿Murieron en realidad seis millones?”) y alguno de los artículos publicados resultaban lesivos para la dignidad de los judíos vivos. Rechazado el recurso de queja por el Tribunal Constitucional, Walendy invocó la vulneración por parte de las autoridades alemanas del artículo 10 del Convenio. La Comisión inadmitió la demanda, de manera extraordinariamente lacónica, limitándose a decir que “el artículo 10 no puede ser alegado en sentido contrario a lo que dispone el artículo 17”.¹⁰²

Pocos meses después, en *Remer vs. Alemania*, la Comisión volvía a inadmitir una demanda frente a una condena por instigar al odio racial (arts. 130 y 131 del Código Penal alemán).¹⁰³ Aquí la Comisión se apoya en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 15 de diciembre de 1994 (caso *Deckert*), en la que se califica al Holocausto de “hecho histórico bien probado” y se estatuye que las convicciones políticas jamás pueden ser consideradas como atenuante de un grave delito, “en consideración

¹⁰² Comisión Europea de Derechos Humanos, *Walendy vs. Alemania*, demanda 21128/92, decisión de 11 de enero de 1995.

¹⁰³ El art. 130 castiga con pena de prisión entre tres meses y cinco años a quien “instigue al odio, la violencia o el trato arbitrario hacia partes de la población”, y el 131, con multa o pena de hasta un año, a quien “distribuya publicaciones que describan el trato cruel u otras brutalidades cometidas contra seres humanos, de manera que las mismas resulten justificadas o minimizadas, o bien descritas de forma que atente contra la dignidad de las personas”.

a la historia de Alemania”.¹⁰⁴ La Comisión también aplica aquí de oficio el artículo 17, en la medida en que unas publicaciones en las que se aseguraba que los judíos habían extorsionado al pueblo alemán con la “invención” del Holocausto eran algo “particularmente abominable [...] y contrario a las ideas básicas subyacentes al Convenio”.¹⁰⁵

Y en 1999, la sección cuarta del TEDH, teniendo ya a la vista los *dicta* del *leading case* en la materia, que enseguida vamos a ver, insistirá en la vía del artículo 17, ahora para resaltar —con mejor técnica que en resoluciones anteriores— que “el interés público en la prevención del delito y el desorden a resultas de afirmaciones ofensivas concernientes al Holocausto, así como la protección de los intereses de las víctimas del régimen nazi, tienen más peso en una sociedad democrática que la libertad de los demandantes para difundir puntos de vista que pongan en duda la existencia de las cámaras de gas y los asesinatos en masa”.¹⁰⁶

Pero, como hemos dicho, el caso central en la materia es el resuelto por el TEDH en el asunto *Leideux e Isorni vs. Francia*. El objeto del debate fue un anuncio publicado en el diario *Le Monde*, por cuenta de sendas asociaciones dedicadas a la defensa de la memoria del mariscal Pétain. Los demandantes, miembros destacadísimos de las mismas, habían colaborado activamente con este: Leideux —presidente de una de tales asociaciones— como ministro en uno de los gobiernos de Vichy e Isorni —autor material del texto publicado— como abogado defensor en el proceso

¹⁰⁴ Un resumen de esta y otras sentencias del Tribunal de Karlsruhe, en lengua inglesa, puede verse en <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts>

¹⁰⁵ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Remer vs. Alemania*, demanda 25096/94, decisión de 6 de septiembre de 1995.

¹⁰⁶ TEDH, *Witzsch vs. Alemania*, demanda 41448/98, decisión de 20 de abril de 1999. En el proceso seguido en Alemania contra el demandante, se había aplicado, además del art. 130 del Código Penal, el 189, según el cual “será sometido a pena de multa o de prisión hasta dos años quien ofenda la memoria de las personas fallecidas”. Hay que tener en cuenta, además que en diciembre de 1994, se añadió un párr. al art. 130, antes transcrito, para tipificar expresamente “la aprobación, negación o banalización del Holocausto cometido bajo el régimen nacionalsocialista, realizadas en público”.

de 1945, en el que Pétain resultó condenado a la pena capital. Tras diversas vicisitudes judiciales, los demandantes —ambos ya fallecidos— fueron declarados culpables del delito de apología del crimen en colaboración con el enemigo y condenados a pagar la suma simbólica de un franco a la Asociación Nacional de Antiguos Miembros de la Resistencia, que había actuado como acusación particular. El anuncio, que ocupaba una página entera del periódico, llevaba por título “Pueblo de Francia, tienes escasa memoria” y se dedicaba a defender la llamada tesis del “doble juego”, con respecto a la actuación del mariscal, al objeto de “rehabilitar” la consideración de este a los ojos de los franceses mediante la reapertura del proceso judicial de 1945.

Un elemento determinante para la condena por parte de los tribunales franceses fue no tanto lo que en sí decía el texto —escrito en términos bastante ponderados de relato de circunstancias históricas—, sino lo que el mismo omitía. Señaladamente, el pasar por alto la orden, firmada por Pétain en 1940, para decretar el internamiento en campos de concentración de los extranjeros de raza judía. Ese fue también uno de los puntos más debatidos por la Comisión, cuya decisión final (admitiendo que se había vulnerado el art. 10) consideró, a la luz del conjunto del texto y con varios votos particulares en sentido contrario, que el mismo no podía ser equiparado a una “actividad dirigida a destruir los derechos del Convenio”, en los términos del artículo 17.

El TEDH lo confirma como paso previo para pasar a examinar el asunto a la luz del artículo 10, sin perjuicio de que “las exigencias de aquel también serán tenidas en cuenta durante el análisis”.¹⁰⁷ Y a partir de aquí, la condena de Francia por haber intervenido “desproporcionadamente” —pese a lo simbólico de la condena— en la libertad de expresión de los demandantes se fundamenta en el carácter no claramente establecido de las circunstancias históricas recogidas en el anuncio, lo que justifica el trato diferenciado con respecto a la negación del Holocausto (párr. 47), en la circunstancia de que el anuncio fue publicado por cuenta de asociaciones plenamente legales (párr. 48) y en el propio decurso del tiempo transcurrido desde las circunstancias narradas, lo que permite presentar al anuncio como “parte del esfuerzo que

¹⁰⁷ *Leideux e Isorni vs. Francia*, 30, EHRR, 1998, 665, párr. 37.

cada nación debe realizar para debatir su propia historia, abierta y desapasionadamente”, y justifica que no sea tratado “con la misma severidad que recibiría si se refiriera a hechos acaecidos 10 o 20 años antes” (párr. 55).

No obstante, el TEDH no desaprovecha la ocasión para dejar escrito que “al igual que cualquier otra observación que contradiga frontalmente los valores subyacentes al Convenio, la justificación de la política pronazi, en ningún caso puede aspirar a beneficiarse de la protección dispensada por el artículo 10” (párr. 53).

Por casualidades del destino —o más bien por racionalidad de la agenda de trabajo—, el mismo día en que la Comisión acordó remitir al TEDH el caso *Leideux e Isorni*, aprobó una decisión de inadmisión en el caso *Marais vs. Francia*. El demandante, un ingeniero jubilado, era el autor de un trabajo en el que pretendía demostrar que la técnica utilizada por los nazis en las cámaras de gas del campo de Struthof-Natzweiler en ningún caso podría haber producido los efectos devastadores que se le atribuyen. El autor fue condenado como perpetrador de un delito de negación de la existencia de crímenes contra la humanidad y no obtuvo ante la Comisión sino una implacable aplicación del artículo 17, en los términos que nos son conocidos.¹⁰⁸

El defensor de las autoridades francesas, en sus alegaciones con motivo del caso *Leideux*, sostuvo ante el TEDH que el margen de apreciación nacional debería ser escrupulosamente respetado cuando se trata de cuestiones que atañen a la historia particular de cada Estado. Y ello, según él, porque “dicho ámbito, por su propia naturaleza, no es susceptible de ser definido objetivamente en términos europeos, de manera que no puede haber

¹⁰⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Marais vs. Francia*, demanda 31159/96, decisión de 24 de junio de 1996. El delito de negación de la existencia de crímenes contra la humanidad fue introducido en el ordenamiento francés mediante una enmienda a la vieja Ley sobre Libertad de Prensa, de 1881. La enmienda, aprobada en 1990, bajo el impulso del ministro Gayssot, adicionó un párr. al art. 24 de la ley, por medio del cual declaró sujeto a responsabilidad penal a quien “negare [...] la existencia de uno o más crímenes contra la humanidad, tal y como estos vienen definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anejo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945”.

una concepción uniforme de lo que el artículo 10 exige desde tal punto de vista”.¹⁰⁹

Al igual que Alemania, Francia y otros muchos Estados europeos tienen argumentos más que justificados para reprimir penalmente cualquier veleidad de la que pueda deducirse escepticismo o benevolencia con respecto a lo sucedido a raíz del proyecto hitleriano. La (llamada) *Ley Gayssot*, en Francia, de la misma forma que los artículos 510 y 607.2 del Código Penal español, son plenamente conformes a la *moral constitucional* —como diría MacCormick— que informa todo. Pero el precio que hay que pagar por ello es incrustar en el sistema punitivo disposiciones que, por su potencial conflictivo con el ejercicio de derechos fundamentales, obligan a quienes las aplican a realizar difíciles juicios ponderativos que alimentan, muchas veces, las dudas sobre la constitucionalidad de aquellas.

En España, el Tribunal Constitucional (TC) rechazó admitir a trámite, en enero de 2000, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por una Audiencia Provincial contra el artículo 607.2 del Código Penal.¹¹⁰ En el auto de planteamiento de la cuestión, la Sala de la Audiencia Provincial de Barcelona sostenía que la conducta allí sancionada “no tiene otro contenido que la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen determinados hechos históricos [...], sin que se exija ningún otro elemento, como la incitación a la realización de conductas que supongan o la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, o bien que tales doctrinas lleven aparejadas expresiones o manifestaciones que atenten contra la dignidad de las personas”.¹¹¹

¹⁰⁹ *Leideux e Isorni vs. Francia*, *supra*, párr. 43.

¹¹⁰ “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo (se refiere a delitos de genocidio), o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”

¹¹¹ Audiencia Provincial de Barcelona, apelación penal 0024/1999, caso *Librería Europa*. Un comentario muy crítico sobre el contenido de la cuestión planteada es el realizado por Martínez Sospedra, Manuel, “Aplastar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP”, en *Revista General de Derecho*, núms. 664-665, 2000, pp. 99 y ss. El texto de la sentencia del Juzgado de lo Penal

Invocando su jurisprudencia sobre la cuestión de inconstitucionalidad como un cauce no previsto para la depuración en abstracto del ordenamiento jurídico, El Tribunal Constitucional no la admitió a trámite, por haberse planteado de forma prematura, al tener la Sala pendiente de resolución un recurso solicitando la práctica de determinadas pruebas y la celebración de vista oral.¹¹² Y es lástima que no hubiera un pronunciamiento sobre el fondo, dado que el asunto presentaba perfiles distintos con respecto a los casos *Violeta Friedman* (STC 214/1991) y *Cómico racista* (STC 176/1995), decisiones ambas cuya *ratio decidendi* gira en torno al contenido de un discurso muy cualificado por su intención ofensiva. Por lo demás, ambas preceden en el tiempo a la tipificación de la conducta contemplada en el artículo 607.2 del Código Penal de 1995, pero no dejan de ser sorprendentes determinados *obiter dicta* en defensa del *indiferentismo ideológico* —muy propios de un determinado entendimiento de la Constitución, que nos parece que no es el que hoy prevalece—, abiertamente opuestos a una jurisprudencia del TEDH sobre el particular ya muy asentada por entonces.¹¹³

contra la que se dirigió la apelación puede verse en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/sentencia_varela_europa.html

¹¹² Auto del Tribunal Constitucional 24/2000, de 18 de enero.

¹¹³ “Del examen de la totalidad de las declaraciones del demandado publicadas —se lee en el FJ. 8 de la sentencia *Violeta Friedman*— es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprochables o tergiversadas que sean, y ciertamente lo son, al negar la evidencia de la Historia, *quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE)*, pues con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, solo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos”. O este otro, deslizado en el FJ. 2 de la STC 176/1995 (caso *Cómico racista*): “nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza, sin formular en ningún caso un juicio de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un contexto polémico.” La contradicción entre tales concepciones del TC y la posición del TEDH está resaltada en el trabajo de Cátala y Bas, Alexandre, *La (in)tolerancia en el Estado de derecho*, Valencia, Revista General de Derecho/Diputació de Castelló, 2002, pp. 106 y ss.

Y ello sin olvidar que, en el terreno de la política práctica, que no es exactamente el mismo que el de los principios morales o el de la racionalidad jurídica, la persecución penal, lejos de disuadir, puede multiplicar hasta lo impensable los efectos que intenta combatir. La (llamada) Ley Gayssot, por ejemplo, cuenta en Francia con sólido apoyo doctrinal, por conjugar un elemento intencional —el deseo de generar odio contra un determinado grupo—, con una regla claramente estatuida por el legislador —la negación de los crímenes a los que se refiere el Protocolo de Londres de 1945—. ¹¹⁴

Pero episodios como la condena, en 1998, del antiguo filósofo marxista —hoy convertido al islamismo— Roger Garaudy, por haber publicado el libro *Les mythes fondateurs de la politique israélienne* en el que, entre otros comentarios despectivos, denuncia el llamado por él *Shoah business* —esto es, la explotación comercial de la catástrofe— y sostiene que un alto porcentaje de judíos no murió en las cámaras de gas, sino víctima del tifus y otras enfermedades, no ha hecho sino magnificar el eco de la corriente historiográfica “negacionista”. ¹¹⁵

Una consecuencia de ello es que el tópico del abuso de derecho, de vida más bien lánguida, parece cobrar en los últimos tiempos nuevos ímpetus hermenéuticos: en *Garaudy vs. Francia*, resuelto por el TEDH en junio de 2003, el artículo 17 fue el argumento central de las alegaciones de ambas partes. Para el recurrente, porque la Ley Gayssot vendría a ser un supuesto paradigmático de limitación *abusiva* de los derechos, en sí misma discriminatoria, y aplicada además en el caso en examen con manifiesto descuido hacia el contexto y las líneas jurisprudenciales del TEDH. Y para el gobierno francés, porque la libertad de expresarse (art. 10 del Convenio) tiene en el artículo 17 un límite infranqueable concebido para cerrar el paso a la justificación o

¹¹⁴ Cfr. Troper, Michel, “La legge Gayssot e la Costituzione”, *Ragion Pratica*, 1997/1998, pp. 189 y ss.

¹¹⁵ Una corriente bien asentada en Francia, de la mano de Faurisson y otros historiadores como Vidal-Naquet; cfr. la amplia cobertura que dedicó al asunto *El País*, 19 de enero de 1999, y el comentario doctrinal de Mariangela Ripoli, “Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio”, en *Ragion Pratica*, núm. 12, 1999, pp. 71 y ss.

difusión de doctrinas radicalmente incompatibles con todo lo que el Convenio significa. La decisión de la sección cuarta, en la vía preliminar de la admisión, confirma resueltamente las tesis del Gobierno, por cuanto “las acusaciones de falseamiento de la historia, dirigidas contra las propias víctimas [y] el cuestionamiento de los crímenes contra la humanidad se nos presenta como una de las formas más graves de difamación racial contra los judíos e incitación al odio contra ellos [...] cosas incompatibles con el Convenio, que denotan la búsqueda incontestable, por parte de quienes los difunden, de objetivos del tipo de los que el artículo 17 prohíbe”.¹¹⁶

El uso de Internet es hoy además un nuevo motivo para poner en duda la eficacia de la persecución *nacional* de determinados discursos, habida cuenta de las distintas *sensibilidades* y raseros para medir los márgenes de lo admisible. Entre los casos más resonantes al respecto puede citarse el de la subasta de objetos nazis a través del servidor *Yahoo*, objeto de una sentencia condenatoria por parte de un tribunal francés, cuya ejecución en San José, California, sede social de la empresa “Yahoo! Inc”, suscitó en Estados Unidos consistentes dudas de constitucionalidad, que la disposición de la empresa a cancelar voluntariamente los sitios desde los que se distribuía propaganda nazi o racista impidió despejar.¹¹⁷

O también el caso *Zündel*: la absolución de Ernst Zündel, decretada en 1992 por el Tribunal Supremo de Canadá, que consideró contrario al artículo 2.b de la Human Rights Act la interpre-

¹¹⁶ *Garaudy vs. Francia*, demanda 65831/01, decisión de la Sección Cuarta de 24 de junio de 2003, párr. 1 de los “Considerandos” (*En Droit*). Es muy significativo que esta decisión, junto con las recaídas en los casos *Refah Partisi vs. Turquía*, *Hatton vs. Reino Unido* y *Koua Poirrez vs. Francia*, haya sido considerada por el presidente del TEDH como una de las cuatro más importantes de 2003. Véase el discurso, pronunciado por Wildhaber el 22 de enero de 2004, en ocasión del solemne acto de apertura del año judicial. Puede leerse en el sitio web del Tribunal, disponible en <http://www.echr.coe>

¹¹⁷ Sobre el caso *Yahoo* puede verse el trabajo de Torre, Sonia de la y Cotino, Lorenzo, “El caso de los contenidos nazis en *Yahoo* ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad de Internet”, en *Actas del XV Seminario de Derecho e Informática*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 897 y ss.

tación dada al artículo 181 del Código Penal de aquel país, y dio alas a la creación del sitio web *Zündel*, desde el que se difunde asiduamente propaganda antisionista.¹¹⁸ En enero de 2002, el Tribunal instituido en Canadá para la protección de la Declaración de Derechos (Canadian Human Rights Commission) sentenció que el contenido de dicho sitio contraviene el artículo 13.1 de la Declaración, por incitar al odio o menosprecio de carácter racial, y ordenó una cancelación que no nos consta que se haya hecho efectiva.¹¹⁹

El caso *Zündel*, con sus diversas vicisitudes, pone de relieve la distancia que hay entre embarcarse en un debate académico sobre el pasado y recurrir a la historia como pretexto para ofender la dignidad de personas vivas e incitar al odio racial. También acredita la necesidad de acuerdos internacionales capaces de impedir que una orden de cancelación como la emitida en Canadá sea de imposible cumplimiento.¹²⁰ La conducta de un ciudadano estadounidense, condenado en Alemania por difundir propaganda nazi, sería en su país una actividad plenamente protegida por la Primera Enmienda.¹²¹

¹¹⁸ Zündel es el autor del panfleto “*Did Six Million Really Died?*”, al que antes nos hemos referido con ocasión del caso *Walendy*. El Tribunal Supremo de Canadá, en la decisión que probablemente contempla con más detenimiento el problema de la negación del Holocausto, consideró que el art. 181, al penalizar la difusión de noticias falsas de manera contraria al interés público, incurría en vaguedad y era susceptible de causar efectos inhibitorios sobre el ejercicio de la libertad de expresión. La sentencia está disponible en <http://www1.ca.nizkor.org/ftp.cgi/people/z/zundel.ernst/supreme.court/judgement.1992>

¹¹⁹ Decisión de 18 de enero de 2002, disponible en <http://www.chrc-ccdp.ca>

¹²⁰ La libertad de expresión vía Internet y el discurso racista ocupó una de las sesiones de trabajo de la “Conferencia contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras formas conexas de Intolerancia”, celebrada bajo el auspicio de las Naciones Unidas, en Durban, Sudáfrica, entre el 31 de agosto y el 7 de septiembre de 2001.

¹²¹ El supuesto no es inventado; es lo que le ocurrió a un tal Gary Lauck, natural de Nebraska, y sentenciado en Alemania a cuatro años de cárcel; comenta el caso Lewis, Anthony, “Keynote Address: Freedom of Speech and Incitement against Democracy”, en Kretzmer, David y Hazan, Francine Kershman, *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, La Haya, Kluwer, 2000, pp. 3 y ss.

Cada país tiene sus varas para medir lo que es una “necesidad social imperiosa” y no ya Alemania, sino el conjunto de Europa, tiene en su pasado y en su inmediato presente un amplio repertorio de justificaciones legítimas. Hasta hace poco, la tolerancia estadounidense frente a manifestaciones de discurso extremista, de la que el mejor ejemplo sigue siendo el célebre caso de la manifestación nazi por una calle de Skokie (Illinois), en la que residían víctimas directas de la persecución contra los judíos, parecía estar basado en un inveterado optimismo sobre el valor de la apertura política.¹²² Es más que dudoso que ese mismo espíritu sirviera hoy para defender un hipotético derecho de radicales islámicos a manifestarse por las calles de Manhattan.

Para no llevar la cuestión más allá de lo que pretendemos en este trabajo, basta con resaltar que la persecución penal de la negación del Holocausto es simplemente una especie del género “discurso racista”, en el que el elemento decisivo de juicio necesariamente debe bascular sobre la intención del autor y el modo concreto en que exterioriza su discurso.¹²³ Vistas así las cosas, es posible que la técnica jurídica utilizada aquí y allá para perseguir las versiones sesgadas de la historia diste de ser perfecta. Pero con independencia de los puntos de fricción entre las previsiones normativas y los imperativos de la libertad de expresión, lo decisivo es que estemos dispuestos a admitir que tan ofensiva puede llegar a ser la negación de los crímenes nazis como la defensa de las masacres de Stalin, la justificación de las operaciones de limpieza étnica de Milosevic o la glorificación de la bomba de Hiroshima.¹²⁴

¹²² Me refiero al caso *Collin vs. Smith*, 578 F.2d, 1978, 1197, resuelto definitivamente por la Corte Suprema de Illinois con la anulación de las ordenanzas del ayuntamiento de Skokie, que habían prohibido la marcha. La sentencia está disponible en <http://www.soc.umn.edu/~samaha/cases/collin%20v%20smith.htm> cfr. la monografía de Lee Bollinger, escrita con el pretexto de dicho caso, *The Tolerant Society*, Nueva York, Oxford University Press, 1986.

¹²³ Profundiza en ambos aspectos el trabajo de Wachsmann, Patrick, “Libertà di espressione e negazionismo”, en *Ragion Pratica*, núm. 12, 1999, pp. 57 y ss.

¹²⁴ El diferente rasero para medir los juicios de valor sobre los totalitarismos del siglo XX (“el anticomunismo es sospechoso, el antinazismo es de rigor”) es el objeto del ya citado libro del exdisidente búlgaro, residente en Francia, Todorov, Tzvetan, *Memoria del mal, tentación del bien. Indagación*

Los razonamientos centrales del TEDH en el caso *Jersild vs. Dinamarca* permiten comprobar, sin embargo, que la perspectiva de la dignidad de la audiencia no es siempre determinante para establecer los límites del libre flujo de las ideas. *Jersild* contiene, en efecto, una encendida defensa de la libertad *profesional* de expresión periodística; y ello a propósito de la difusión televisiva de un reportaje, en el que un grupo de jóvenes admiradores del *Ku Klux Klan*, alguno de ellos con un notable historial delictivo a sus espaldas, realizaron declaraciones insultantes de fuerte contenido racista y defendieron el eslogan “Dinamarca para los daneses”. Frente a la condena del periodista como cómplice del delito de instigación al odio racial, el TEDH se vale de la imagen de la prensa como *watchdog* en asuntos de interés general, para realzar el significado político de la libertad de expresión, antiguo artículo 10 del Convenio.¹²⁵

Esta perspectiva (*speaker, not audience, centered*, como dicen los estadounidenses), seguida por el TEDH en *Jersild*, está muy próxima a la línea de conducta sentada por la Corte Suprema estadounidense en *Branderburg vs. Ohio*, un caso en el que los jueces consideraron que la aplicación del test del “peligro claro e inminente” no arrojaba como resultado la necesidad de reprimir las manifestaciones realizadas en el transcurso de una reunión de

sobre el siglo XX, así como de otras de sus obras, especialmente, *El hombre desplazado*, Madrid, Taurus, 1998, y *Los abusos de la memoria*, Barcelona, Paidós, 2000. En la dirección tendente a equiparar los crímenes cometidos en el pasado por los totalitarismos de uno u otro signo, a efectos de proteger el honor de quienes los hubieren padecido, o de sus descendientes, se mueve una ley aprobada por el Parlamento polaco en 1998. Hay que tener en cuenta además que el art. 13 de la Constitución de Polonia de 1997 prohíbe “aquellos partidos u organizaciones cuyos programas se apoyen en métodos totalitarios o en formas de acción propias del nazismo, el fascismo, o el comunismo, así como aquellas otras cuyos programas o actividades contribuyan a difundir el odio racial o nacional, o propugnen la violencia como método para alcanzar el poder o influir en la política estatal”.

¹²⁵ *Jersild vs. Dinamarca*, 19, EHRR, 1994, 1, párr. 31. Pero no deja de ser curioso que, unos párrafos más allá, el TEDH se dedique a repudiar el contenido de las expresiones proferidas por los “chaquetas verdes”, dejando caer un *dictum* hacia el lado opuesto del adoptado en el fallo: “Las consideraciones insultantes contra grupos determinados —dice el párr. 35— nunca pueden aspirar a lograr la protección que dispensa el artículo 10”.

adeptos al *Ku Klux Klan*. Según lo dispuesto en *Brandenburg*, la “claridad” e “inminencia” del peligro tenía que ser de tal naturaleza, como para poder ser tenido por una instigación directa para la comisión inmediata de graves delitos.¹²⁶

Tomado al pie de la letra, una construcción semejante reduce casi al absurdo cualquier intento de reprimir la expresión de ideas, puesto que solo un “vayan por ellos” proferido inmediatamente antes de la comisión de actos violentos podría satisfacer criterios tan exigentes.¹²⁷ El emplazamiento de las palabras en su contexto parece, en suma, el elemento determinante, máxime cuando el dramatismo de los hechos sucesivos, revisados *a posteriori*, no dejan al discurso escapatoria entre la provocación buscada de propósito, o la grave irresponsabilidad igualmente punible. La condena de Julius Streicher por el Tribunal de Núremberg, a causa de sus virulentas proclamas antisemitas, despliega la misma lógica implacable que ha utilizado recientemente el Tribunal *ad hoc* de la ONU sobre el genocidio en Ruanda, para imponer a tres altos responsables de medios informativos severas condenas (cadena perpetua a dos de ellos y 35 años de prisión al tercero) por instigar entre la mayoría hutu las horribles matanzas de tutsis que tuvieron lugar en 1994.¹²⁸

¹²⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, *Brandenburg vs. Ohio*, 395 U.S. 1969, 444. Más recientemente, en *R. A. V. vs. St. Paul*, 505 U.S. 1982, 377, la Corte anuló una ordenanza municipal de dicha ciudad contra el discurso racista de odio, en aplicación de la cual se condenó a un vecino por quemar una cruz de madera frente a la casa de una familia de raza negra. La decisión suele ser considerada como un abandono, por parte de la Corte, de la tesis de las *fighting words* que había desarrollado desde *Chaplinsky vs. New Hampshire*, 315 U.S. 1942, 568. Cfr. el comentario de Baer, Susanne, “Violence: Dilemmas of Democracy and Law”, en Kretzmer, David y Hazan, Francine Kershman, *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, ...*cit.*, pp. 63 y ss.

¹²⁷ El nexo causal entre palabra y acción es defendido con entusiasmo por quienes profundizan en la teoría de los “actos lingüísticos” (*speech acts*), entendiendo por tales aquellos que son condición necesaria y suficiente para la comisión del acto violento; véase, por todos, el trabajo de Schauer, Frederick, “Speech, Behaviour and the Interdependence of Fact and Value”, en *Freedom of Speech and Incitement...*, *cit.*, pp. 43 y ss.

¹²⁸ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ICTR-99-52-T, *The Prosecutor vs. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, sentencia

3.7. ABUSO DE DERECHO Y LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

La renuencia del Tribunal a profundizar en el significado del artículo 17, dejando, por así decir, que el “trabajo sucio” de la definición de lo excluido se realice mayormente durante el trámite de admisión, no acaba de darnos criterios para decidir dónde trazar la divisoria entre la mera expresión de ideas y la actividad dirigida a destruir el sistema de los derechos. Esto no deja de ser una laguna jurisprudencial que seguramente el Tribunal se verá obligado a colmar durante los próximos años. Con mayor razón si consideramos los escenarios abiertos por los atentados terroristas del 11 de septiembre, cuyo impacto sobre la forma de entender el contexto de fenómenos, que en algunos Estados no son tan “nuevos”, solo estamos comenzando a comprobar. Al fin y al cabo, no hay que olvidar que el TEDH ha resaltado muchas veces el carácter del Convenio como un *living instrument*, necesitado de interpretaciones que vayan a la par de la evolución social.

No es que la Comisión y el TEDH no hayan tenido ocasión de evaluar el impacto del terrorismo sobre la delimitación de los derechos. Al menos desde *Lawless vs. Irlanda* (1961), menudean las consideraciones de una y otro sobre los retos que el terrorismo plantea a la sociedad democrática. Especialmente el caso de Turquía es en los últimos tiempos un fecundo vivero de resoluciones que, en general, son poco proclives a permitir que la

de 3 de diciembre de 2003, disponible en <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Nahimana/index.htm> “Este caso [señala la propia sentencia en el punto 8 de la Introducción] plantea importantes cuestiones de principio sobre la función de los medios de comunicación, a las que ningún Tribunal Penal Internacional se había enfrentado desde Núremberg. La capacidad de los medios de comunicación para crear y destruir valores humanos conlleva una grave responsabilidad. Y quienes controlan tales medios son responsables de las consecuencias que generen”. En la jurisprudencia del TC español, una sentencia que tuvo que ponderar la libertad de expresión frente a la condena penal de un periodista por grave imprudencia profesional con resultado de muerte, es la 105/1983 (*caso Vinader*). Sobre estas cuestiones puede verse también, en general, mi trabajo “Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa del *ethos* político democrático en la jurisprudencia constitucional española”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 21, 2004, pp. 23 y ss.

presión terrorista pueda convertirse en coartada para llevar los límites de los derechos más allá de un cierto punto.

Sin embargo, en un caso de 1997, el TEDH estimó que las declaraciones del demandante a un periodista, que expresaban su apoyo a la acción violenta del Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK) y justificaban los asesinatos que pudieran cometerse por error, habían sobrepasado los márgenes de la expresión legítima del artículo 10 del Convenio.¹²⁹ El caso *Zana* contrasta con la condena de Turquía, por haber sancionado desproporcionadamente la difusión de propaganda separatista durante un mitin, en el que el orador, parlamentario de la oposición, equiparó la situación de Kurdistán a la de Somalia o Bosnia-Herzegovina para solicitar la intervención de la ONU. Hábilmente, el Gobierno turco adujo ante el Tribunal que el discurso en cuestión suponía una incitación al odio racial dirigida a los kurdos, alegato que el TEDH rechaza, sin dejar de recordar “el particular cuidado con el que se ha enfrentado siempre a la propagación de ideas y opiniones de contenido racista”.¹³⁰

Pero todo eso es de poca ayuda para despejar la incógnita de lo que deba entenderse por “actividad” a los efectos del artículo 17 y la relación que ello pueda guardar con discursos, mensajes o actitudes complacientes, cuando no amparadoras, del fenómeno terrorista. Sabemos, por ejemplo, que el TEDH no consideró que lo fuera la publicación en 1979, por el entonces senador Miguel Castells, de un artículo titulado “Insultante impunidad”. Ello le valió a España una condena por haber vulnerado el artículo 10 del Convenio.¹³¹ El caso es considerado por Jochen Frowein como especialmente difícil —todos lo son en esa zona fronteriza entre expresar ideas y alentar actos delictivos—, opinión particularmente interesante, dado que Frowein era juez de la Comisión en el momento en que esta remitió el caso al TEDH y fue el firmante de un voto particular en el que discrepó de la opinión de la mayoría. En dicho voto, Frowein mantiene que el artículo 10 debería haber sido leído a la luz del artículo 17 y la demanda des-

¹²⁹ *Zana vs. Turquía*, 27, EHRR, 1997, 667; permítaseme remitir a mi trabajo *Seguridad nacional y derechos humanos. Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 175 y ss.

¹³⁰ *Ibrahim Askoy vs. Turquía*, 34, EHRR, 2002, 1388, párrs. 63 y 64.

¹³¹ *Castells vs. España*, 14, EHRR, 1992, 345.

estimada, debido al clarísimo mensaje de fondo que transmitía el artículo en cuestión.¹³²

La incógnita acerca de lo que deba entenderse por “actividad” a los efectos de la aplicación del artículo 17 ha cobrado aún más interés, a la vista de que el TEDH habrá de resolver en un futuro inmediato las demandas que, sin duda, se acumularán ante él como consecuencia de las sentencias desestimatorias dictadas por el Tribunal Constitucional en torno a la ilegalización de *Batasuna*. Si atendemos a la saga de casos que arranca en 1998 con el de la prohibición del “Partido Comunista Unido de Turquía”,¹³³ y llega por ahora hasta 2003 con la sentencia de la Gran Sala, en segunda instancia, en el caso del “Partido de la Prosperidad” (*Refah Partisi*),¹³⁴ el pronóstico no se presenta muy favorable para quienes decidan recurrir a Estrasburgo.¹³⁵

¹³² “Durante el periodo en cuestión [se lee en el voto particular] España asistía a la transformación de un Estado autoritario en uno democrático. En las provincias vascas, determinadas organizaciones terroristas estaban matando continuamente a miembros de la policía, algo que ocurría en 1979 y sigue ocurriendo hoy [...]. La mayoría de la Comisión ha infravalorado el contexto en el que se produjo la publicación del artículo. En realidad dicho artículo no expresa solo una crítica a las autoridades por su actitud pasiva, sino que defiende que es la propia policía la que mata. Cuando un político, conocido por su defensa de los puntos de vista del extremismo vasco, difunde esas afirmaciones por medio de la prensa, ello no puede ser interpretado más que como una justificación para matar a miembros de la policía, puesto que quienes actúan como miembros de organizaciones terroristas y perpetran tales actos, lo hacen en legítima defensa. Tal es el mensaje del artículo. Difícilmente se encontrará un ejemplo mejor de expresiones capaces de tener consecuencias directas sobre el orden público”; *Castells vs. España*, demanda 11798/85, decisión de 8 de enero de 1991; *cfr.* el comentario del propio Frowein, Jochen, “Incitement against Democracy as a Limitation of Freedom of Speech”, en Kretzmer, David y Hazan, Francine Kershman, *Freedom of Speech and Incitement against Democracy, ...cit.*, pp. 33 y ss. Como dato adicional al voto de Frowein, quizá no es ocioso recordar que en 1979 los atentados de la banda terrorista ETA produjeron 76 muertos, lo que convierte a dicho año en el segundo con más víctimas mortales (el primero fue 1980, con 92) desde que la banda comenzara a actuar en 1968.

¹³³ *Partido Comunista Unido y otros vs. Turquía*, 26, EHRR, 1998, 121.

¹³⁴ *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) vs. Turquía*, 37, EHRR, 2003, 1.

¹³⁵ La primera de ellas, desestimado las pretensiones de los recurrentes, ya ha sido dictada, con inusitada rapidez, por el TEDH. En ella (decisión de 3 de febrero de 2004, demanda 29134/03), la Sala considera, sin entrar en

Pero de las decisiones sobre el particular que puedan producirse en el futuro tampoco cabe esperar perspectivas novedosas sobre el alcance de la prohibición de dedicarse a actividades contrarias al sistema de los derechos, al menos si la aproximación al problema por parte del TEDH continúa siendo tan “tortuosa” y circular como lo ha sido hasta el momento. El Tribunal viene analizando las medidas prohibitivas adoptadas por las autoridades estatales desde el presupuesto de una “necesidad social imperiosa” que haga de tales medidas algo relacionado con la salvaguarda de la sociedad democrática. Esto fuerza un poco la literalidad del Convenio, por cuanto la referencia a la sociedad democrática en el sistema de límites de los derechos (arts. 8, 9, 10 y 11 del Convenio) más parece una llamada destinada a salvaguardar la proporcionalidad entre el contenido de las medidas y el número cerrado de objetivos legítimos que en tales artículos se establece, que a designar un tipo *ideal* de sociedad —la sociedad democrática— que presuponga y abarque por sí mismo, en cuanto objetivo último, el carácter legítimo de todos los otros —seguridad nacional, defensa del orden, prevención del delito, protección de la salud, etc.— que a continuación se mencionan. Por decirlo de otro modo: la referencia a la sociedad democrática aparece en la letra del Convenio para hacer una llamada a la medida por parte de las autoridades estatales, no para legitimar *a priori* un ámbito de actuación que se presuma como necesario cuando ella esté en peligro.

Sea como fuere, el TEDH parece estar llevando la defensa de la sociedad democrática frente a las veleidades de las asociaciones políticas ante el fenómeno terrorista hasta sus últimas consecuencias. Esto es algo que, como hemos dicho, ya se atisbaba desde el caso *Lawless*, pero desde los inicios de los años noventa para acá, en un efecto “bola de nieve”, la Comisión y el Tribunal parecen seguir una línea continua de la que solo se apartan determinadas decisiones de condena a Turquía, debido a los excesos del *nacional-seguritismo* a los que tan proclives parecen las au-

el fondo del asunto, que el Gobierno vasco carece de legitimación activa para recurrir, como hizo en su día, la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Partidos, ello por no reunir los requisitos que al efecto establece, para las demandas “individuales”, el art. 34 del Convenio.

toridades de dicho país en su lucha contra el independentismo kurdo.

En *Purcell y otros vs. Irlanda*, la Comisión desestimó en 1991 la demanda de varios periodistas disconformes con la prohibición de emitir entrevistas con los portavoces del IRA, pero también del *Sinn Féin*, un partido perfectamente legal. Según la Comisión, las conexiones políticas entre una y otra organización, declarada probada en varias sentencias de los tribunales irlandeses, justificaba la prohibición, pues acabar con el terrorismo es “un interés primordial en el contexto de la sociedad democrática”.¹³⁶ Y en el otro polo del margen temporal que llega hasta nuestros días, la sentencia de la Gran Sala, de 13 de febrero de 2003 (que confirma la dictada en instancia por la Sala en el caso del *Refah Partisi*), lleva su repulsa de la violencia terrorista hasta el punto de adentrarse en concepciones de democracia *militante*, que difieren absolutamente de las que considerábamos como tales hasta hace muy poco.

Las sentencias del caso *Batasuna* citan reiteradamente esta última decisión del TEDH, pero no reclaman la autoridad del Convenio ni profundizan en la prohibición del abuso de derecho, antiguo artículo 17 (o antiguo art. 54 de la Carta), a la hora de enfrentarse a uno de los problemas centrales del caso: el de la presencia de *persona ficta*, o “sucesión operativa” de organizaciones diferenciadas solo de forma aparente.¹³⁷ La del Tribunal Supremo español (TS), de 27 de marzo de 2003, es la que contempla con más detenimiento la cuestión, invocando al efecto la doctrina estadounidense de la *disregard of legal entity* (FJ. sexto, dedicado precisamente a la “necesidad de aplicar la técnica del levantamiento del velo”), junto con una referencia genérica al artículo

¹³⁶ Comisión Europea de Derechos Humanos, TEDH, *Purcell and others vs. Irlanda*, demanda 15404/89, decisión de 16 de abril de 1991.

¹³⁷ El art. 12.1.b de la propia Ley Orgánica de Partidos prevé el “abuso de personalidad jurídica”, para salir al paso de posibles fraudes subsiguientes a la disolución judicial: “Los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación (de la disolución). Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto”.

7.2 del Código Civil en cuanto a la “doctrina del abuso del derecho” (*sic*).¹³⁸ Las cuatro dictadas por el TC —48/2003, 85/2003, 5/2004 y 6/2004— nada añaden de sustancia a tal aproximación; algo especialmente llamativo en el caso de la STC 6/2004, en la que el *thema decidendi*, a propósito del amparo interpuesto por *Herri Batasuna*, no era otro que el del abuso sucesorio. El TC se escuda aquí en la imposibilidad de entrar a valorar la prueba practicada por el TS y no aprecia vulneración de garantía alguna en la disolución de “las sucesivas formalizaciones en el tiempo de un mismo partido político *de facto*”.

Un ejemplo adicional del especial cuidado que pone el TEDH para no herir “sensibilidades nacionales” en la lucha contra el terrorismo se encuentra en aquellas decisiones en las que el objeto directo de juicio no es ya la implicación presente en actos de carácter terrorista, sino el modo de reflexionar sobre el pasado y “construir” la memoria histórica acerca de ella.¹³⁹ En *Hogefeld vs. Alemania*, fallado en 2000, el TEDH rechazó la queja de la demandante, privada de su libertad desde 1993 y condenada a prisión perpetua en 1996 por su implicación en diversos actos terroristas de la “Fracción del Ejército Rojo” (RAF), un grupo que

¹³⁸ “Declarada por tanto [prosigue el TS] a través de esta técnica del levantamiento del velo y del empleo conjunto del recurso del abuso de derecho previsto en el artículo 7.2 del Código Civil, la existencia de un sujeto real, frente al cual las distintas estructuras interpuestas vienen a ser puros ropajes jurídicos, insusceptibles de ocultar, por esa misma condición, aquella verdadera naturaleza, es claro que a la misma conclusión se llegará tantas veces como sea detectada la asunción o transmisión, a través de las fórmulas jurídicas que fuere, de aquel mismo contenido funcional en idéntico o similar régimen de reparto de tareas con la banda terrorista ETA.”

¹³⁹ Una cuestión que continúa teniendo gran relevancia en la Alemania reunificada, como lo acredita el “acoso” político a que fue sometido el ministro Fischer durante los primeros meses de 2001, a propósito de su pasado como *okupa* y sus relaciones de juventud con el entorno filoterrorista. Acerca de ello, y debido a su conocimiento directo de las circunstancias que recrea, tiene gran interés el artículo de Garton Ash, Timothy, “Las guerras del pasado alemán”, en *El País*, 25 de febrero de 2001; *cfr.* también el bello ensayo de Häberle, Peter, *Diritto e verità*, Turín, Einaudi, 2000, y especialmente el *Incursus* dedicado al “problema de la verdad en el debate sobre la reelaboración del pasado en la Alemania del Este”, pp. 72 y ss.

renunció públicamente a la lucha armada en 1992. Mientras era presa preventiva, Birgit Hogefeld no obtuvo de las autoridades carcelarias el correspondiente permiso para ser entrevistada por una emisora de radio ni para que una visita a prisión de su madre fuera filmada, con vistas a la realización de un reportaje. El proceso *Hogefeld* se convirtió en Alemania en dolorosa ocasión para traer a la memoria un pasado poco glorioso de acoso terrorista y formas de combatirlo.¹⁴⁰ Durante el mismo, la demandante se explayó sobre los objetivos del RAF, que siguió considerando justos y legítimos, y sobre los errores de la “antigua estrategia” elegida para alcanzarlos. En la decisión del TEDH se da peso al distanciamiento de la demandante con respecto a la utilidad de la lucha armada, pero sorprendentemente considera proporcionado y ajustado a una necesidad social imperiosa que no se permitiera a la demandante lo que de todos modos consiguió durante su proceso: proseguir de cara al público la “autocrítica” sobre el pasado de la RAF, que los antiguos terroristas iniciaron con su comunicado de 1992.¹⁴¹

Una decisión como la recién comentada está muy próxima a llevar hasta sus últimos extremos una actitud de intransigencia frente a todo discurso que no sea de resuelta condena del terrorismo, para la que puede que haya motivos sobrados, pero que no acaba de casar del todo con la defensa de la libertad de expresión para difundir ideas que puedan resultar “chocantes, inquietantes

¹⁴⁰ En general, sobre los avatares de dicho periodo, véase el trabajo de Han-shew, Karrin, “Militant Democracy, Civil Disobedience and Terror: Political Violence and the West German Left during the «German Autumn», 1977”, en *AICGS Humanities*, núm. 14, 2003, pp. 20 y ss.

¹⁴¹ “El Tribunal considera que, tal y como alega la demandante, sus declaraciones son expresivas de una actitud crítica frente a la estrategia seguida por la RAF durante los años 80 [...]. Sin embargo, sus afirmaciones siguen adoleciendo de cierta ambigüedad. Continúa identificándose con los objetivos y la ideología de la RAF, y sigue presentándose como portavoz de dicho grupo [...]. Y aunque reconoce que el mismo cometió errores estratégicos, sigue proclamado que «nuestra lucha por un mundo diferente siempre estuvo justificada, y dicha lucha ha de desembocar en una confrontación», así como que el análisis crítico de la historia de la RAF es un requisito para «definir nuestra lucha futura», *Hogefeld vs. Alemania*, demanda 35402/97), decisión de inadmisibilidad de la Sección Cuarta, de 20 de enero de 2000.

o molestas”, como gusta repetir el TEDH para resaltar el valor de la tolerancia y la “apertura de miras” (*broadmindedness*).

El problema de fondo es que, para delimitar los márgenes de lo inaceptable está el Código Penal y, por definición, resulta difícil concebir una “actividad dirigida a destruir el sistema de los derechos” que pueda quedar fuera de lo allí tipificado como ilícito. Entonces, la aplicación del artículo 17 se sitúa siempre en una zona borrosa entre los imperativos de la defensa de determinados valores sociales y el compromiso de no lesionar, con el pretexto de ella, un núcleo de derechos fundamentales, que son parte sustancial de lo que se quiere defender.

Cada sociedad democrática tiene que asumir la responsabilidad de delimitar lo que promueve y lo que repudia, siempre al hilo de las transformaciones que se van produciendo en la mentalidad social y buscando el mayor grado de consenso posible sobre las posiciones de principio. El análisis de la aplicación de nuestro artículo por los órganos del CEDH acaso permite deducir parte de lo que los Estados de Europa se han comprometido a erradicar, pero la “fotografía” así obtenida adolecerá siempre de provisionalidad e imprecisión, sobre todo porque ningún tribunal de justicia, por elevada que sea su *auctoritas*, puede ser nunca la sede indicada para decir, al respecto, la última palabra.

4. La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

4.1. PLANTEAMIENTO

En marzo de 2001, un diputado del Parlamento Europeo dirigió a la Comisión una pregunta escrita en la que, a propósito de un homicidio cometido en Chipre por miembros de un grupo neofascista llamado *Lobos Grises*, se interesaba por las medidas que la Comisión había adoptado, o se proponía adoptar, para luchar contra el antisemitismo y el racismo en el seno de los Estados miembros y los países candidatos a la adhesión. En su respuesta, la señora Diamantopoulou, en nombre de la Comisión, afirmó que “el racismo y la xenofobia están en completa contradicción con los valores fundamentales europeos solemnemente reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión” y a renglón seguido fue desgranando el “conjunto de medidas” tomadas por los órganos de la Unión para hacer efectiva la lucha contra la discriminación racial.¹

Unos meses más tarde, otro diputado interrogaba a la Comisión sobre la “base legal para perseguir en toda Europa las actividades de los extremistas de derechas”, interesándose sobre si figuraba, entre los proyectos de la Comisión, el presentar una propuesta de Directiva “que permita la persecución en toda la

¹ Pregunta escrita núm. E-0601/01 del diputado del Grupo PDE-DE, Stavros Xarchakos (Asunto “Racismo y xenofobia en Europa y en los países candidatos”), en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 2001/C 318 E/086, de 13 de noviembre de 2001.

UE de las personas de extrema derecha”. En este caso, la respuesta del señor Vitorino comenzó con un lacónico “No existe ninguna norma jurídica que prohíba las actividades de extrema derecha en la Unión”, para recordar a continuación el contenido del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y declarar el propósito de la Comisión de presentar una propuesta de instrumento legislativo (decisión marco) para incluir “definiciones, tipificaciones penales y sanciones comunes en lo que se refiere a los delitos vinculados al racismo y a la xenofobia”.²

La lectura de ambas preguntas, con sus respuestas correspondientes, va a la médula de la pléyade de cuestiones teóricas que pueden plantearse a propósito de un artículo como el que antes hemos comentado. En primer lugar, expresan una preocupación por un conjunto de actitudes y fenómenos políticos que actúan en la dirección opuesta a aquella que, sobre la base de una serie de valores compartidos, se supone que alumbró todo el proyecto de construcción europea. Quienes las formulan parecen entender que es la Comisión, como guardián de los intereses comunitarios, quien debe asumir la responsabilidad de combatirlos, y que cuenta para ello con instrumentos que no ha utilizado o ha utilizado de manera insuficiente. Los interpelados aluden en sus respuestas a procedimientos técnicos cada vez más variados —observatorios, propuestas de acción común, decisiones-marco...—, que se rebelan insuficientes para poner coto a dinámicas de comportamiento igualmente cada vez más difundidas y desafiantes con respecto a los ideales y programas de acción, dispersos en la jungla de los textos comunitarios.

Desde los primeros meses del año 2000, en los que el cumplimiento por parte de la Convención del encargo del mandato del Consejo de Colonia para redactar una carta de derechos coincidió con el asunto de las sanciones a Austria, a raíz del caso *Haider*, y hasta este mismo momento, esa tensión que podemos definir como el resultado de un verdadero “asalto” dirigido contra los fundamentos de la construcción de Europa, no ha hecho más que acrecentarse.

² Pregunta escrita núm. E-2072/01 del diputado del Grupo PSE, Herbert Bösch, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 2001/C 364 E/263, de 20 de diciembre de 2001.

En esta parte de nuestro trabajo comenzamos por plantearnos, desde un plano puramente teórico, el dilema tolerancia frente a intransigencia, algo que parece ajustarse como un guante a las características del debate actualmente en curso. Intentamos luego descifrar, a propósito del uso que se ha hecho de ellas, dónde residen las bases jurídico-comunitarias para hacer operativas acciones institucionales de intransigencia, susceptibles de defender en modo legítimo los principios y valores que hoy *proclama* el Proyecto de Tratado Constitucional y, más específicamente, la Carta de Derechos.

4.2. ¿QUÉ SIGNIFICA HOY SER TOLERANTE?

UNA (MODERADA) DEFENSA DE LA INTRANSIGENCIA

Tolerancia es una de esas palabras del léxico político que, a fuerza de ser usadas en cualquier contexto y ocasión, apenas significan nada. Tengo pocas dudas respecto a que ese sobreuso, que ha desgastado la palabra, es reciente y tiene que ver con la proclamación de 1995, a instancias de la UNESCO, como año internacional de la tolerancia. Entre los académicos españoles, Tomás y Valiente escribió con tal motivo algunos artículos y ensayos, en los que la clarificación del concepto, por vía de indagación histórica, le llevaron a denunciar la “sombra del pez huidizo” que arrastraba una palabra recibida por él sin particular entusiasmo, cuando no con abierto rechazo, puesto que “si hoy tenemos libertades, que son derechos fundamentales, ¿qué sentido tiene la tolerancia?”.³

Sánchez Ferlosio, con el brillo y la agudeza que caracterizan todos sus ensayos, también ha escrito algunas “perlas” contra la tolerancia (“¡Tolerancia plena, encefalograma plano!”), para él, un mero “pacto perverso en el que cada parte renuncia a la pasión pública de sus razones y las convierte en estólicas e impenetrables convicciones”.⁴ Y no menos decepcionante para quien

³ Tomás y Valiente, Francisco, “Contra ciertas formas de tolerancia”, y “Ensayo sobre la tolerancia y su historia”, ambos incluidos ahora en *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, pp. 229 y ss.

⁴ La cita, que no me resisto a transcribir, sigue así: “o sea, en verdades encerradas en un *ghetto*, a cambio de una paz que no es concordia, sino clau-

perciba solo las connotaciones positivas de la palabra, resultan las acepciones del *Diccionario de la Real Academia Española*, que oscilan entre lo puramente religioso y lo estrictamente físico.⁵

Como cualquier otra palabra del vocabulario político, el recto entendimiento de lo que la palabra tolerancia pueda significar hoy solo se consigue captando su carga histórica. Ese fue el empeño de Tomás y Valiente, acometido con maestría en los escritos citados, desde la *dissimulatio et tolerantia*, propia de la *aequitas* del derecho canónico, hasta las diferentes etapas de nuestro constitucionalismo, pasando por las grandes aportaciones sobre la idea —Locke, Spinoza, Lessing, Voltaire— propias de la Ilustración.

Aquí no pretendemos reproducir los hitos históricos del concepto de tolerancia.⁶ Nos basta con constatar que no hay teoría sobre ella que no sea, al propio tiempo, una defensa de la intransigencia —por seguir con las definiciones del *DRAE*, aunque en este caso nulamente ilustrativa: “condición del que no transige o no se presta a transigir”— o, en otras palabras, no hay forma de captar lo que la tolerancia expresa como ideal de conducta si hacemos abstracción del contexto histórico que justifica su defensa. El “contexto” aporta razones en favor de la tolerancia,

dicante empecinamiento y ensimismada cerrazón. Ante lo que inevitablemente ha de sentirse como sinrazón ajena, cabe moverse, en todo caso, entre una impaciente indulgencia y una paciente agitación, nunca pararse en esa indiferencia o desdén definitivo que es la tolerancia”, en *Vendrán más años malos y nos harán más ciegos*, Barcelona, Destino, 1993, pp. 139-140.

⁵ Además de la tolerancia *de cultos*, que aparece como acepción específica, el *DRAE* recoge otros seis significados, de los que solo uno (“respeto o consideración hacia las opiniones o prácticas de los demás, aunque sean diferentes a las nuestras”) corresponde de lleno al significado de la tolerancia como virtuosa disposición individual o apertura mental. “Tolerantismo” es, por lo demás, para la Academia, la “opinión de los que creen que debe permitirse el libre ejercicio de todo culto religioso”.

⁶ Además de los escritos de Tomás y Valiente, remito al trabajo de María Laura Lanzillo, publicado en la serie “Lessico de la politica”, *Tolleranza*, Bolognia, Il Mulino, 2001. También es muy útil el libro de Martínez de Pisón, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001, especialmente el apartado del cap. I, dedicado a la “Historia y formación de la idea de tolerancia”.

pero plantea también, inevitablemente, la gran paradoja o contradicción de esa virtud liberal: “¿es bueno no rechazar el mal?”, “¿es justo no tratar un mal como mal?”. La tolerancia es siempre una imprecisa *zona fronteriza* entre lo que se repudia, pero se acepta, y lo percibido como intolerable y, por ello mismo, potencialmente impugnador, hasta anularla de la disposición que se defiende.

Tal contradicción es un verdadero “quebradero de cabeza” para cualquier doctrina, presente o pretérita, sobre el concepto de tolerancia. Y si entendemos, aunque solo sea a efectos dialécticos, que cualquier declaración de derechos expresa un ideal de tolerancia para un buen proyecto de vida en común, el interés de un artículo como el que cierra la Carta de Derechos de la Unión Europea radica en que incrusta en el texto de la misma uno de los grandes dilemas de la filosofía política de todos los tiempos.

Para escapar de esa contradicción, ya hemos dejado entrever que no falta quien niega cualquier lugar a la tolerancia en un contexto de genuinos derechos fundamentales. Otros disecionan el concepto y lo adjetivan de diversas maneras, siempre con el trasfondo de la cuestión-clave en la materia, esto es, la de los límites de la tolerancia frente a quien no está dispuesto a practicarla. Y hay también quien sigue empeñado en hacer de la idea “fuerte” de tolerancia, el *leitmotiv* para construir toda una teoría de la justicia capaz de afrontar los retos de las sociedades plurales (¿multiculturales?) en las que se supone que estamos inmersos. Esta última posición admite dos variables, según cuál sea la consideración —positiva o negativa— otorgada a la idea de tolerancia. Son tres respuestas posibles que creemos percibir, aunque muy a menudo se superponen en el mismo discurso pero que nos sirven para ordenar un poco la exposición, mediante su consideración separada:

1. El escepticismo sobre la utilidad de la tolerancia en una sociedad democrática fundada en derechos se alimenta de diversas fuentes. Por lo pronto, recalca la carga histórica del concepto, para situarlo como una virtud propia de un pensamiento liberal hoy sobrepasado. La famosa frase de Jellinek, que atribuye al error religioso el carácter de fundamento del constitucionalismo, pue-

de servir como expresión señera de esa carga histórica.⁷ Además, la impugnación de la tolerancia desde esta perspectiva se vale del significado etimológico de ella como un padecimiento penoso de lo que se tiene por intrínsecamente malo. Esto es algo que la “retórica de la tolerancia” (Javier de Lucas), con su insistencia en los valores positivos de ella, tiende a ocultar; con la consecuencia de que, o bien se alienta y promueve lo que se repudia, o bien se “retrocede” a un estadio de la filosofía política donde el reconocimiento jurídico del valor pluralismo y de los derechos carecía del valor *fundacional* que hoy se le atribuye.⁸ Los interrogantes sobre la tolerancia “en la edad de los derechos” también pueden traducirse en una reivindicación de la intransigencia, entendida como virtud consustancial a ella y expresión de un juicioso criterio, ponderado y relativo. Lo opuesto a la tolerancia, se dice entonces, no es la intransigencia, sino la *intolerancia*, que vendría a ser expresión de una absoluta cerrazón frente a lo diverso y, por ello mismo, “intransigencia injustificada” y vulneradora de derechos: sería contradictorio, señala Bovero, “defender la diferencia de convicciones y convenciones —de formas de *ethos*— que se traduzcan en una defensa y justificación de comportamientos lesivos para los mismos derechos fundamentales cuya defensa justifica el *deber de intransigencia*”.⁹ (Cursivas añadidas)

Un intento de superar el dilema “tolerancia o derechos” aparece en un trabajo de Massimo La Torre, en el que se defiende la plena validez del principio tolerancia como un criterio de juicio relativo a las modalidades de ejercicio de los derechos: “allí donde está vigente el liberalismo político [...] y la tolerancia está positivizada en derechos, hay lugar para un papel específico del concepto (de la tolerancia) distinto de aquel del reconocimiento o de la protección de un derecho. La tolerancia en este caso tiene

⁷ Seguramente, la frase aparece en algún lugar de la *Teoría general del Estado* que no puedo precisar en este momento. La reproduce Schmitt, a propósito del derecho al “error político”, en su entrada de *Glossario*, del 29.8.47.

⁸ Cfr. Lucas, Javier de, “Para dejar de hablar de tolerancia”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 1992, Universidad de Alicante, pp. 117 y ss.

⁹ Bovero, Michelangelo, “L’intransigenza nell’età dei diritti”, en *Teoria Politica*, vol. XV, núms. 2-3, 1999, pp. 297 y ss.

que ver con las modalidades del ejercicio de un derecho”.¹⁰ La tesis profundiza en el concepto de abuso de derecho, completando las cuatro vías tradicionales para apreciar su existencia —la intencional, la técnica, la económica y la funcional—, con un quinto criterio, que está muy próximo al abuso de poder y que tiene que ver con “exigencias intersubjetivas de buena argumentación”. La tolerancia podría entonces reformularse como la necesidad de sopesar, antes de ejercer cualquier derecho, los intereses ajenos susceptibles de ser lesionados significativamente por dicho ejercicio, tratándolos como razones que lo obstaculizan e imponen una modalidad del ejercicio del derecho en “la manera menos dañosa posible”.

También Atienza y Ruiz Manero, discutiendo una aportación de Garzón Valdés, encuentran del todo justificado hablar de tolerancia *jurídica*, algo que ellos explican sobre la base del desdoblamiento del derecho en un sistema de reglas y un sistema de principios: se vulnera la regla, pero no se aplica sanción —se tolera la vulneración— porque algún principio extraído del sistema justificante (el de los principios) así lo impone; y ofrecen ejemplos de ese tipo de tolerancia, principalmente en el ámbito del derecho penal, donde no es infrecuente dejar de sancionar, porque así lo impone el “principio de insignificancia” en la afectación del bien jurídico objeto de tutela.¹¹

Una y otra aportación —la de La Torre y la de Atienza y Ruiz Manero—, y en cierto modo también la de Garzón Valdés, son

¹⁰ La Torre, Massimo, “La tolerancia como principio no relativo del ejercicio de un derecho. Una aproximación «discursiva»”, en *Derechos y Libertades*, núm. 8, 2000, pp. 253 y ss.

¹¹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos, ...cit.*, pp. 116 y ss. El trabajo de Garzón Valdés al que se refieren los autores es “No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 19, 1992. En un trabajo posterior, “Some Remarks on the Concept of Toleration”, en *Ratio Juris*, vol. 10, núm. 2, 1997, pp. 127 y ss., Garzón Valdés desarrolla su análisis conceptual del acto de tolerancia, como algo necesariamente fundado en la concurrencia de dos sistemas normativos, el “sistema básico” y el “sistema justificante”, siendo este último el que aporta las razones para la tolerancia y permite distinguir entre tolerancia *razonable*, y otros conceptos afines (indiferencia, aquiescencia, etcétera).

teorías *descriptivas* sobre el concepto de tolerancia, que intentan recuperar para ella un lugar digno de la complejidad que revisten los sistemas jurídicos de nuestros días. La de Atienza y Ruiz Manero extrae sus argumentos de un fenómeno que se da constantemente en ellos: la inaplicación, o incumplimiento, de determinadas normas, algo cuyas razones pueden encontrarse en la discrecionalidad que conlleva siempre el control sobre la *ejecución material* de cualquier norma, o bien en el *coste*, imposible de asumir en una sociedad democrática, de una vigilancia permanente y capaz de alcanzar a todos. La de La Torre, por su parte, preconiza además una tolerancia *de carácter horizontal*, que sirve para añadir nuevos criterios de juicio a la hora de dar acogida a la figura del abuso de derecho, que hemos discutido en la primera parte de este trabajo.

2. A nuestros efectos, tienen mayor interés las aportaciones relacionadas no con el estatuto teórico de la tolerancia en el sistema jurídico de nuestros días, sino aquellas que, en un contexto más genérico, afrontan de lleno la *vexatio questio* en la materia: la de los límites de la tolerancia frente a los intolerantes. El planteamiento de esa cuestión decisiva es, desde luego, el que subyace en la redacción del artículo que cierra la Carta Europea de Derechos. Como hemos venido diciendo, nosotros lo entendemos no como expresión del deseo de *canalizar* nuevos parámetros de juicio sobre la legitimidad de los límites de los derechos, sino como una *reivindicación general de la intransigencia*, que se dirige *respecto a todo* lo que vaya dirigido a destruir el sistema de los derechos allí enunciado, y *frente a todos* aquellos a cuya responsabilidad incumbe defenderlo.¹² Por eso, del mismo modo que nos cuesta entender cualquier *lectura* de una declaración de derechos

¹² Quizá no es ocioso recordar aquí que la “Declaración de Principios sobre la Tolerancia”, adoptada por las Naciones Unidas en noviembre de 1995, comienza por un intento de deslindar lo que la tolerancia es (art. 1.1) y lo que *no es* (art. 1.2: “no es ni concesión, ni condescendencia, ni indulgencia. La tolerancia es una actitud activa animada por el reconocimiento de los derechos universales de la persona y de las libertades fundamentales de los otros. *En ningún caso la tolerancia puede ser invocada para justificar atentados contra estos valores fundamentales.* La tolerancia debe ser practicada por los individuos, los grupos y los Estados”). El texto puede verse en el apéndice del libro de Lanzillo, María Laura, *Tolleranza, ...cit.*

en clave de tolerancia, como no sea concibiendo los derechos al modo de revocable concesión del poder, no tenemos reparos en admitir que cualquier pacto constituyente presupone y exige, en defensa de lo que lo justifica, el valor de la intransigencia. Quizá es la intuición de que son así las cosas la que explica el vigoroso resurgir del viejo debate sobre la tolerancia en el pensamiento político de nuestros días.¹³

Hoy se habla de la tolerancia como uno de los conceptos centrales de la cultura-guía (*Leitkultur*) que alumbramos nuestros sistemas democráticos. Así, por ejemplo, de una de las más influyentes reflexiones sobre los mismos, la del John Rawls de la *Teoría de la justicia* y del *Political liberalism*, se ha dicho que el problema de la tolerancia “encarna una de las preocupaciones fundamentales de la misma, uno de los móviles teóricos de toda la obra de Rawls y una idea subyacente tanto en la gestación como en la conformación de todo su sistema”.¹⁴ Frente al hecho del pluralismo, consecuencia del despliegue de la razón, y frente al potencial conflictivo que encierra la coexistencia de diversas o antagónicas doctrinas, la respuesta es establecer un marco general de tolerancia —la “razón pública o política”— en el que todas ellas se reconocen, por ser expresión de un básico “consenso superpuesto” (*overlapping consensus*), que las abarca a todas.¹⁵ Intolerantes son aquellos que se sitúan fuera del consenso superpuesto, lo combaten y aspiran a liquidarlo, para imponer a los demás su “razón particular o privada”.

Para resolver el dilema de la “tolerancia frente al intolerante”, Rawls pone en juego el célebre primer principio de su teo-

¹³ Remito de nuevo a José Martínez de Pisón, cuyo excelente trabajo *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales* me ha servido de base para las ulteriores lecturas en las que se basa el texto.

¹⁴ Pérez Bermejo, Juan Manuel, “La tolerancia del intolerante en la teoría de John Rawls”, en *Derechos y Libertades*, núm. 5, 1997, pp. 413 y ss.

¹⁵ “The idea of an overlapping consensus [dice Rawls] enables us to understand how a constitutional regime characterized by the fact of pluralism might, despite its deep divisions, achieve stability and social unity by the public recognition of a reasonable political conception of justice”; *cfr.* “The Idea of an Overlapping Consensus”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 1, 1987, pp. 1 y ss.

ría de la justicia, el *principio de la reciprocidad*, que ya recogiera el artículo 6 de la Declaración Francesa de Derechos de 1793:¹⁶ “Toda persona tiene un igual derecho a un esquema plenamente adecuado de iguales libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para todos”. Tal principio despoja de toda razón a las protestas del intolerante de padecer intolerancia, no obstante lo cual, al decir de Rawls, la libertad del intolerante “únicamente puede ser restringida cuando el tolerante, sinceramente y con razón, cree que su propia seguridad y la de las instituciones de libertad están en peligro”.¹⁷ La visión del problema remite, pues, a una consideración de las “circunstancias del caso”, puesto que solamente ellas permitirán evaluar el grado de peligro planteado por los intolerantes para la propia supervivencia del consenso superpuesto y el igual esquema básico de libertades para todos.¹⁸

¹⁶ “La liberté est le pouvoir qui appartient à l’homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d’autrui: elle a pour principe la nature; pour règle, la justice; pour sauvegarde, la loi; sa limite morale est dans cette maxime: *Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu’il te soit fait*”. (Cursivas añadidas)

¹⁷ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1978, p. 254 y, en general, epígrafe 35 (“La tolerancia de los intolerantes”). En *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993; Rawls habla de las *enormous consequences* de la Reforma protestante y las controversias sobre la tolerancia religiosa, como origen histórico del liberalismo político. Aunque allí desarrolla *in extenso* sus ideas sobre el pluralismo *razonable*, la razón pública y el consenso superpuesto, dando aún más relieve, si cabe, a la idea de tolerancia como armazón de su discurso (*cf.* Martínez de Pisón, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales, ...cit.*, p. 86), el tratamiento del dilema que nos ocupa sigue estando básicamente en su libro de 1971.

¹⁸ “El que la libertad del intolerante sea limitada para preservar la libertad bajo una constitución justa, depende de las circunstancias. A la teoría de la justicia le concierne únicamente una constitución justa, el fin de la acción política en cuanto a qué decisiones prácticas han de ser tomadas. En la persecución de este fin, no debe olvidarse la consistencia natural de las instituciones libres, ni tampoco debe suponerse que las tendencias a salir de ellas o a olvidarlas son desenfrenadas o se imponen siempre. Conociendo la estabilidad inherente a una constitución justa, los miembros de una sociedad bien ordenada creen que únicamente ha de limitarse la libertad del intolerante en casos especiales, cuando se hace necesario para preservar la libertad en sí misma”, Rawls, John, *Teoría de la justicia, ...cit.*, p. 254.

La “huida” practicada por Rawls ante “un dilema práctico que la filosofía no puede por sí sola resolver”, y su remisión última a la ponderación del caso por el legislador de turno, no obsta para que puedan extraerse de sus ideas los dos principios interpretativos en la materia, que acierta a señalar Pérez Bermejo: *a*) la tolerancia del intolerante ha de ser la regla y la restricción de sus libertades la excepción, y *b*) la carga de la prueba a la hora de determinar si las libertades básicas se hallan o no amenazadas debe ser arrojada por las autoridades.¹⁹

Otra aproximación al problema de la tolerancia de los intolerantes es la que realiza Joseph Raz. Él conecta la idea de tolerancia con sus concepciones sobre el “pluralismo competitivo” y la “autonomía y el bienestar individual”, como componentes básicos de un modelo liberal *perfeccionado*.²⁰ La defensa de los derechos culturales y el multiculturalismo como ideal de convivencia, por él realizada, sitúa en el núcleo de su pensamiento el gran dilema de los límites de la tolerancia. Para intentar resolverlo, desarrolla una teoría en la que se aúna la defensa de amplias posibilidades de elección, consecuencia de los dos componentes básicos antes señalados, con la repulsa de lo que es “moralmente malo y repugnante”. Establece además, como una especie de principio medular en la materia, una segunda idea, que ya enunciara Stuart Mill, según la cual la prevención del daño infligido a terceros se convierte en el primer criterio justificador de las intromisiones coactivas sobre la autonomía individual. Y a partir del enunciado de ese “principio del daño” (*harm principle*), Raz desarrolla un significado “amplio” y otro “estricto” del mismo, en función del grado de afectación de la autonomía individual.²¹

¹⁹ Pérez Bermejo, Juan Manuel, “La tolerancia del intolerante en la teoría de John Rawls”, ...*cit.*

²⁰ Cfr. Galeotti, Anna Elisabetta, “Joseph Raz e il perfezionismo liberale”, en Zanetti, Gianfrancesco (ed.), *Filosofi del Diritto Contemporanei*, Milán, Raffaello Cortina, 1999, pp. 101 y ss. Véase también el trabajo de Moufe, Chantal, “La política y los límites del liberalismo”, incluido en su libro *El retorno de lo político*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 183 y ss.

²¹ Raz, Joseph, “Autonomy, Toleration, and the Harm Principle”, en Mendus, Susan (ed.), *Justifying Toleration. Conceptual and Historical Perspectives*, Nueva York, Cambridge University Press, 1988, pp. 155 y ss.; cfr. Martínez de Pisón, José, *Tolerancia y derechos fundamentales*, ...*cit.*, pp. 102 y ss.

Podemos admitir que el artículo 54 de la Carta europea está más próximo a la “regla-Rawls” que a la “regla-Raz”. Pero también comprobamos que la filosofía política se mueve con tal grado de abstracción en la materia, que resulta difícil extraer de ella pautas seguras para establecer *a priori* normativamente eficaces sobre los límites de la tolerancia. Quizá por ello, como he dicho antes, abundan las aproximaciones al concepto de tolerancia que se entregan a una disección del mismo, para separar la *buena* de la *mala* tolerancia, y ello con el propósito de dotarla de algún significado *práctico*, que resulte al tiempo “sólido” y “neutral”.

Bobbio, por ejemplo, en “Las razones de la tolerancia” se extiende sobre las razones positivas y negativas de la tolerancia, defendiendo la imposibilidad de concebirla en términos absolutos y sosteniendo una tolerancia *pragmática*, cuyo “único criterio razonable” es el que deriva de la idea misma de tolerancia. Él lo formula así: “[...] la tolerancia debe ser extendida a todos, excepto a aquellos que niegan el principio de tolerancia, o más brevemente, todos deben ser tolerantes, excepto con los intolerantes”.²² Otros definden la validez de la tolerancia *afirmativa* en las sociedades multiculturales, algo que no deja de ser repudiado como un oxímoron de naturaleza ética por aquellos que consideran la tolerancia como una “categoría obsoleta desde el punto de vista político y legal”.²³ También hay quien se distancia de una tolerancia puramente *pasiva u oportunista*, “modelo-Edicto de Nantes”, para defender la tolerancia activa, como una imprescindible disposición ética para el buen funcionamiento de las sociedades de nuestros días;²⁴ o quien habla de la tolerancia como *permiso* y como *respeto*, esta última caracterizada, a diferencia de la primera, por la reciprocidad.²⁵

²² Bobbio, Norberto, “Las razones de la tolerancia”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 253 y ss.

²³ Me refiero a Apel, Karl-Otto, “Plurality of the Good? The problem of Affirmative Tolerance in a Multicultural Society from an Ethical Point of View”, en *Ratio Juris*, núm. 10, 1997, pp. 199 y ss., y a la réplica de Zolo, Danilo, “Positive Tolerance: An Ethical Oxymoron”, en *Ratio Juris*, núm. 10, 1997, pp. 247 y ss.

²⁴ Haarscher, Guy, “Tolerance of the Intolerant?”, en *Ratio Juris*, núm. 10, 1997, pp. 236 y ss.

²⁵ Fost, Rainer, “I limiti della tolleranza”, en *Teoria Politica*, núm. 2, 2001, pp. 3 y ss. La contribución de este autor germano arranca de la célebre

La tolerancia es, en definitiva, una virtud “esquiva”, un concepto de muy débil consistencia jurídica —“normativamente dependiente”, dice Rainer Fost— y con barreras de imposible trazado desde una consideración puramente abstracta sobre su valía práctica.²⁶ Los esfuerzos por redefinirlo, entre españoles y en la literatura anglosajona, acreditan que sus teóricos “siempre han sabido transitar por senderos ni cortos ni fáciles”.²⁷ Pero son de escasa utilidad como marcos conceptuales aptos para fundamentar la validez de un acto de intransigencia y negar cualquier legitimidad a uno de intolerancia. Lo que sorprende entonces es la persistente capacidad evocadora de la idea, su resistencia a ser expulsada de un lugar central en cualquier planteamiento cuyo objeto sean las bases para un buen modelo de vida en común, lo que se demuestra, una vez más y con singular fuerza, a propósito de las muchas decisiones de principio que la “constitución” de Europa en el mundo “globalizado” tiene pendientes de adoptar.

3. Para terminar este apartado, me referiré a tres de tales planteamientos, cuyo rasgo común es hacer de la tolerancia el eje central de su discurso. Uno, el de Michael Walzer, predispuesto a seguir apreciándola como virtud imprescindible para la supervivencia de la democracia liberal. Otro, el de Giovanni Sartori, cargado de fuertes reparos frente a una aplicación de ella tan elástica como

sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 16 de mayo de 1995, en la que se declaró no conforme con la Constitución la obligación, estatuida por el *Land* de Baviera, de exponer el crucifijo en los colegios. Su defensa de esa decisión se basa precisamente en que la obligatoriedad del crucifijo infringía el principio de la tolerancia como respeto, basado en la reciprocidad de las razones generales; un comentario de la sentencia puede verse en Luther, Jörg, “La croce della democrazia (Prime riflessioni su una controversia non risolta)”, en Gozzi, Gustavo (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bolonia, Il Mulino, 1997, pp. 101 y ss.

²⁶ Ese carácter “huidizo” de la tolerancia sirve como título de la recopilación de ensayos, a cargo de Held, David, *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

²⁷ La frase es de Gianformaggio, Leticia, “El mal a tolerar, el bien de tolerar; lo intolerable”, en *Doxa*, núm. 11, 1992, Universidad de Alicante, pp. 43 y ss. En la literatura anglosajona —Popper, Raz, Nicholson, Crick, y otros— se apoya extensamente el trabajo de Schmitt, Annette, “Las circunstancias de la tolerancia”, que aparece en la misma entrega de *Doxa*, pp. 71 y ss.

para que pudiera justificar las supuestas bondades *intrínsecas* de la sociedad “multiétnica”. Y un tercero, el de John Gray, quizá el más ambicioso, dedicado a trascenderla, ofreciendo una reinterpretación de la misma que permita conciliar lo que él percibe como “dos filosofías incompatibles” dentro del pensamiento liberal.

3.1. Walzer titula su ensayo de la manera más escueta: *On Toleration*.²⁸ Y ante la falta de cualquier calificativo o subtítulo *problematizador* se observa ya que el autor propone una mirada sobre la idea, ajena a cualquier resabio de tipo escéptico, proveniente de la familiaridad, más o menos próxima, con las grandes teorías o reformulaciones filosóficas del concepto de tolerancia. Estas teorías, como se ha señalado acertadamente, suelen ser “investigaciones sobre la justicia bajo falso nombre”, con la penosa consecuencia de que tienden a traducirse en “elaboraciones menos tolerantes que el mudo real” del que supuestamente parten y al que se dirigen.²⁹ Walzer se quita ese velo. Su objetivo es simplemente —pero nada menos que— plantearse “qué es lo que sostiene la tolerancia y de qué modo funciona”, algo cuya respuesta necesita de la historia y del contexto, en el que ha florecido una “rara virtud”, cuya disposición (*tolerance*) y cuya práctica (*toleration*) representan una “conquista muy positiva”, especialmente tras la experiencia de los totalitarismos, que han conferido a aquella un carácter moral, importante y sustancial.³⁰

²⁸ Walzer, Michael, *On Toleration*, New Haven, Yale University Press, 1997. Manejo la traducción italiana, *Sulla Tolleranza*, Bari, Laterza, 1998. La versión española, *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998, me parece que no hace honor, en el título, al contenido de un libro al que el calificativo de “Tratado”, en el sentido de presentación sistemática y completa sobre algún ámbito del saber, no le cuadra en absoluto.

²⁹ Baroncelli, Flavio, “Come scrivere sulla tolleranza. Michael Walzer e l'intolleranza delle teorie”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. XVIII, núm. 1, 1998, pp. 49 y ss.

³⁰ *Sulla Tolleranza*, “Prefazione”, p. XII. Para curarse en salud, Walzer advierte al lector europeo que escribe “a partir de su experiencia estadounidense”, aunque no cree que “Europa vaya a ser la América del futuro”, sino que en la búsqueda de la forma de hacer compatibles las diferencias, “hallará su propio camino y será capaz de teorizarlo en el nivel político” (“Premessa all'edizione italiana”, p. VIII). Que de su análisis no se deduzca un prejuicio en favor de la “sociedad de inmigrantes” estadounidense ya es otra cosa.

Para lograr ese resultado, Walzer realiza un ágil recorrido por los “presupuestos de perspectiva” (introducción: “Cómo escribir sobre la tolerancia” y capítulo inicial: “Disposiciones personales y condicionantes políticos”), con el fin de desbrozar el camino hacia la parte central del libro; una estrategia de exclusiones que le permite orillar eficazmente las grandes cuestiones de principio y describir rápidamente el recorrido histórico de la tolerancia, desde la resignación a la indiferencia y desde la aceptación estoica, hasta el entusiasmo de nuestros días frente a lo diverso. Todo ello, como buen *communitarian* que es el autor, desde la perspectiva de la primacía del grupo sobre el individuo.³¹

A partir de ahí, en sucesivos capítulos, Walzer describe cinco tipos ideales de sociedades tolerantes (cap. 2), analiza cuatro casos complicados (cap. 3), se detiene en una serie de “cuestiones prácticas” (cap. 4) y realiza algunas consideraciones sobre la tolerancia *moderna* y la *posmoderna* (cap. 5, al que sigue un epílogo sobre el multiculturalismo estadounidense).

Los cinco tipos ideales de regímenes de tolerancia son, para Walzer, lo que él llama “los grandes imperios multinacionales” de la antigüedad (Persia, el Egipto de los ptolomeos y Roma), la sociedad internacional de Estados soberanos, las confederaciones, los Estados nacionales y las sociedades de inmigrantes, en las que incluye los casos de Estados Unidos y Canadá (excluido Québec). Los cuatro casos complicados, cada uno de ellos con características únicas, son Francia, Israel, Canadá y la Comunidad Europea.

³¹ “Es verdad [se lee ya al comienzo del libro] que muy probablemente los derechos individuales se encuentran en la misma raíz de cualquier idea de tolerancia; pero a mí tales derechos me interesan principalmente cuando su ejercicio es realizado en común —en el seno de asociaciones de voluntariado, de comunidades religiosas, de asociaciones culturales, o incluso en sede de autogobierno de la comunidad—, o bien cuando son reivindicados por el grupo en nombre de sus miembros”, Walzer, Michael, *Sulla Tolleranza, ...cit.*, p. 13. Allí aparece también su autojustificación de la estrategia adoptada: “Comienza siempre con una negación, me dijo una vez un viejo maestro; di lo primero a tus lectores lo que *no* te propones hacer: eso servirá para tranquilizarlos, y el hecho de que tu proyecto se muestre ante sus ojos más modesto, les ayudará a aceptarlo”.

En el rapidísimo análisis de todos esos supuestos aparecen sugerencias que atañen de lleno a las figuraciones que hoy podemos hacernos sobre la idea de tolerancia: el sistema otomano de los *millet*, o comunidades religiosas, la relación intrínseca entre soberanía y tolerancia, tanto más intensa cuanto más débil se muestre aquella, la tensión entre una ciudadanía individual, construida sobre la base de derechos, y los derechos de los grupos, promovidos por las Naciones Unidas desde el Pacto de 1966, etcétera.

Sus consideraciones sobre la Comunidad Europea, una “novedad absoluta”, situada a medio camino entre el imperio y la confederación, no son demasiado incisivas. Walzer no elige más referente que la Carta Social Europea; y ello le basta para advertir que las razones de la tolerancia se encuentran expresadas, entre nosotros, “en la lengua de los derechos”. Ello, prosigue Walzer, necesariamente ha de condicionar “todo el resto de las normas y de las prácticas subsiguientes”, sustrayendo espacios de decisión a los parlamentos para depositarlos en manos de los tribunales y de las agencias administrativas. Y también admite, como de pasada, que otra consecuencia inevitable será “el incremento del poder relativo de los individuos frente a los Estados nacionales y a los grupos étnicos o religiosos a los que pertenezcan”.³² La tendencia supranacional hacia lo homogéneo coexistirá así con la heterogeneidad creciente en el seno de los Estados, dando lugar a tensiones territoriales para cuya resolución no acierta Walzer a sugerir más receta que beneficiarse de la experiencia de la sociedad de inmigrantes estadounidense y arrostrar también todas las tensiones que ello implica.

Las *practical issues* seleccionadas por el autor —poder, clase social, género, religión, educación y religión *civil*— le permiten alzar un poco el vuelo teórico. Por ejemplo, la cuestión de la religión *civil* le sirve de pretexto para defender la tesis de que toda sociedad de inmigrantes es una especie de “Estado nacional en curso”, en el que el conjunto de factores emocionales agrupados en torno a la idea de la religión *cívica* tienen un peso decisivo. La probabilidad, nos dice, de que la tolerancia funcione bien en ella “es más elevada cuanto menos se parezca la religión civil a una

³² Walzer, Michael, *Sulla Tolleranza, ...cit.*, p. 69.

religión”.³³ Y respecto a la cuestión de la “tolerancia de los intolerantes”, Walzer discrepa de que tal sea la cuestión decisiva en la materia, puesto que en los casos por él estudiados, con fórmulas exitosas de tolerancia, son mayoría los grupos de los que cabe decir que son, de hecho, intolerantes.

La *neutralización* del peligro potencial que tales grupos pudieron representar se realizó históricamente mediante la separación entre poder político y poder religioso, una forma de separación que las democracias actuales *deberían* completar, nos dice Walzer, con otra separación a menudo poco cuidada: la que distingue el poder político —léase político *partidista* de credos ideológicos parciales— y el poder estatal, que es la instancia del proyecto común de cualquier sociedad, en tanto que grupo. El corolario de tal separación es la tolerancia de los intolerantes, pero también el carácter legítimo de cualquier decisión dirigida a impedir la ocupación del poder por parte de estos, o incluso su pretensión de competir para alcanzarlo: “la exclusión significa en ese caso que los intolerantes deben quedar recluidos en el ámbito de la sociedad civil, donde podrán difundir sus ideas, escribir y reunirse, pero siempre y cuando *no aspiren a otra existencia que no sea la propia de una secta*”.³⁴

3.2. El libro de Sartori, *La sociedad multiétnica*, es uno de los más cáusticos que se hayan escrito, con fundamento doctrinal, sobre el fenómeno de la inmigración. Ahí radica, quizá, el ver-

³³ *Ibidem*, p. 107.

³⁴ *Ibidem*, p. 114. Walzer se remite aquí, por vía de nota, al Marcuse de la tolerancia represiva y a la extraordinaria confianza que este deposita en la capacidad para discriminar las “fuerzas de la emancipación”, de aquellas otras a las que la tolerancia en ningún caso debe extenderse. Al respecto es muy jugosa la anécdota narrada por Gabriel Jackson, quien trató asiduamente a Marcuse con ocasión de la estancia de ambos, a mediados de los sesenta, en La Jolla (California). Parece que Marcuse profesaba admiración por la figura de De Gaulle, y tenía una actitud indulgente con respecto a los métodos utilizados por el general para reprimir las manifestaciones contra su política en Argelia. Ante las objeciones de Jackson, durante un paseo con Marcuse, sobre el carácter semidictatorial de tales métodos, este dejó de caminar y tomándole del brazo le dijo a Jackson: “Pero si tú o yo fuéramos los dictadores, Gabe, no habría peligro de abusos”, *Memoria de un historiador*, Barcelona, Temas de Hoy, 2001, p. 335.

dadero punto débil de un libro que tiene *demasiado* fundamento doctrinal y *demasiado* descuido por la realidad empírica del fenómeno migratorio en Europa. Las opiniones del autor están presentes, de modo habitual, en la prensa italiana y el libro —me parece— hay que inscribirlo en la polémica mantenida por él frente a las tesis de la ministra Livia Turco, partidaria de extender la ciudadanía a los emigrantes y darles derecho de voto. Ello explicaría el tono polémico del trabajo, próximo al panfleto de agitación y cercano al exabrupto contra quienes osan discrepar de la doctrina Sartori. Al tiempo de la publicación del libro en Italia, el fuego de la polémica se había reavivado con algunos ingredientes adicionales: la campaña de la Liga de Bossi —contra la construcción de una mezquita en Milán— y unas declaraciones del obispo de Bolonia, el cardenal Biffi, en las que propugnaba favorecer la inmigración de los individuos de religión católica en detrimento de los musulmanes.³⁵

Ese contexto, incómodo y poco favorable para una consideración reposada de las cosas, ayuda a disculpar las maneras iracundas del acreditado politólogo, pero también compromete la consistencia de un trabajo que parece escrito con apresuración y con un deseo de “agitar las aguas”, que el libro, desde luego, ha conseguido gracias a la autoridad de quien lo ha escrito.

En el prefacio al “Apéndice actualizado”, *Extranjeros e islámicos*, Sartori advierte que el mismo fue redactado durante el verano de 2001 y que se terminó antes del 11 de septiembre, si bien “el atroz ataque terrorista de Manhattan hace que sea de «dolorosísima» (*sic*) actualidad el análisis del fundamentalismo islámico, que constituye un poco el epicentro de la parte nueva del libro”.³⁶ También se nos dice allí que “la ética de la responsabilidad proporciona la clave de lectura de todo lo que escribo”,

³⁵ Ambos, Bossi y el cardenal Biffi, incómodos “compañeros de viaje” para un autor al que no le desagrada la etiqueta “liberal de izquierdas”; *cfr.* la entrevista que, con motivo de la presentación del libro en Madrid, le hizo a Sartori, Hermann Tertsch, *El País*, Madrid, 8 de abril de 2001.

³⁶ Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Extranjeros e islámicos*, Madrid, Taurus, 2002, p. 9, que complementa el libro publicado un año antes, en Italia y en España, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.

una autojustificación en la que profundiza con las consideraciones que, a propósito de la diferenciación *weberiana* entre ética de las intenciones y ética de las responsabilidades, realiza en el apartado 6 del propio apéndice.

Tengo buenas razones para poner en duda que Sartori haya encontrado motivos de satisfacción en la deriva cobrada por la política antiterrorista estadounidense, dentro y fuera de casa —y en el *limbo de Guantánamo*—, a raíz del 11 de septiembre y hasta el mismo momento de escribir estas líneas. No creo, sinceramente, que esté muy contento con el curso de los acontecimientos y me parece que ahora se lo pensaría mejor antes de poner en solfa, como hace en el libro, la majestad de los “derechos humano-humanitarios”, un “*paraderecho* destructivo del derecho” (p. 63 del apéndice). De lo que no tengo duda es de que su ética de la responsabilidad, acompañada de la condena de los incompetentes bienintencionados pero desentendidos de las consecuencias de sus actos, ha producido aquí una obra que genera intolerancia (*i.e.*: intransigencia apriorística e injustificada) y resulta, por ello, absolutamente inservible como contribución al debate sobre la emigración en Europa.

Sartori construye, en efecto, una imagen del emigrante islámico (“material tosco que se exporta a Europa”) como un individuo cuya religión “totalizante” e invasora le incapacita no ya para integrarse en sociedades del estilo de las que aquí tenemos, sino para albergar deseos de hacerlo y llegar a tener, frente a ellas, instintos diferentes a los de la hostilidad. Para avalar su tesis, aduce el ejemplo de Israel, un “caso fácil” desde el punto de vista de la integración, pero saldado con un fracaso, al menos en lo que respecta a los hebreos ultraortodoxos, principalmente por haberseles concedido la posibilidad de permanecer al margen del sistema público y obligatorio de educación. Sartori pone sobre el tapete un “dato” que tiene valor si lo que se pretende es advertir los riesgos que conlleva hacer saltar la integración escolar, pero que se utiliza más bien como argumento para descalificar, mediante el exabrupto, a los “simplones” de la política del avestruz, “quizá porque, como son bobos, ni siquiera lo han pensado” (p. 33 del apéndice).

Sartori teme la “servidumbre fideista”; no la da por segura, pero la “teme para exorcizarla”. Si sus datos van contra toda evi-

dencia acerca del fenómeno migratorio en países europeos como Francia, Reino Unido, Alemania o Países Bajos, tanto mejor: “Sí, acepto que la verificación empírica de mi tesis es insuficiente; pero cuando sea suficiente, ¿no será demasiado tarde?”.³⁷ Para ser del todo claras, sus propuestas no necesitan ir mucho más allá de lo que dejan entrever: no a la inmigración *regular* de origen musulmán y rechazo a conceder la ciudadanía, o el derecho de voto, a quienes ya han llegado y tienen una mancha de origen, que imposibilita su disposición a integrarse.³⁸

El fundamento teórico de cuanto antecede está en el libro original. Sartori lo presenta como un libro sobre la (buena) sociedad pluralista, que necesita, para su defensa, combatir la moda artificiosa del multiculturalismo. Su “enemiga” es la política “del reconocimiento”, preconizada en Estados Unidos por Taylor y sus adláteres y refinada en Canadá con la “ciudadanía multicultural” de Kymlicka.³⁹ Pluralismo y multiculturalismo son, al decir de Sartori, términos antitéticos. El primero es espontáneo, está “empapado de práctica” y es elástico, pero solo hasta el punto de no poner en peligro el elemento de cohesión social que conlleva:

³⁷ Sartori, Giovanni, *La Sociedad multiétnica. Extranjeros e islámicos, ...cit.*, p. 34.

³⁸ *Cfr.*, de todos modos, el epígrafe 7 (“Inmigración, integración y balcanización”) del libro original, en el que Sartori avanza sus propuestas en el sentido indicado. Allí concreta incluso (p. 121) lo que él entiende por umbrales de tolerancia: “Una población foránea del 10 por ciento resulta una cantidad que se puede acoger; del 20 por ciento, probablemente no; y si fuera del 30 por ciento es casi seguro que habría una fuerte resistencia frente a ella”. Ni qué decir tiene que países como Italia y España están todavía lejos del margen porcentual inferior señalado por Sartori.

³⁹ Las referencias básicas son la aportación de Taylor, Charles, “The Politics of Recognition”, al libro de Gutmann, Amy, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994, así como Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995. Sartori ignora paladinamente las propuestas “conciliadoras” de Habermas, algo que no se entiende muy bien, sobre todo porque el lector italiano disponía, en el momento de la publicación del libro de Sartori, del volumen en el que se recoge la traducción del antes citado trabajo de Taylor, junto con el de Habermas, “Lotta per il riconoscimento nello stato democratico di diritto”, publicados ambos bajo el rótulo común *Multiculturalismo*, Milán, Feltrinelli, 1998.

e pluribus unum. El multiculturalismo es una ideología reciente, un *aggiornamento* de resonancias marxistas y *foucoltianas* que lleva a la disgregación y a la “balcanización” de culturas inventadas, y que instaura el arbitrio y el trato de favor para aquel que grita con más fuerza: *e pluribus disiunctio*.

El pluralismo, nos dice Sartori, “nace en un mismo parto con la tolerancia”, y esta no es ensalzar la diversidad, sino aceptarla dentro de determinados límites.⁴⁰ Cuáles sean esos límites, o hasta dónde debe llegar el grado de elasticidad de la tolerancia, es lo que el autor intenta explicar en el epígrafe 6 (“Tolerancia, consenso y comunidad”). Y lo hace sobre la base de tres principios muy fáciles de articular en el plano teórico: 1. siempre hay que proporcionar las razones que nos hacen concebir algo como intolerable; 2. no estamos obligados a tolerar aquello que nos inflige daño o perjuicio, y 3. al ser tolerantes con los demás, esperamos que ellos lo sean, a su vez, con nosotros.⁴¹ Naturalmente, este tercer criterio, el de la reciprocidad, es el que le sirve al autor para oponerse a cualquier tipo de concesión *gratuita* de la ciudadanía, cargando las tintas contra una cultura, la islámica, que es, a diferencia de la asiática en cualquiera de sus versiones, “fanática, teocrática e *invasiva*”: “existe un punto a partir del cual el pluralismo no puede y no debe ir más allá; y mantengo que el criterio que gobierna la difícil navegación que estoy narrando es esencialmente el de la *reciprocidad*, y una reciprocidad en la que el beneficiado (el que entra) *corresponde* al benefactor (el que acoge) reconociéndose como beneficiado, *reconociéndose en deuda*”.⁴² El discurso es en ese punto tan irreprochable, como dogmáticas e intolerantes resultan sus consideraciones a propósito de quienes proceden de aquella cultura.

El libro rechaza, claro está, el modelo del *melting pot* estadounidense, avistado con ojos multiculturalistas, y aborrece cualquier inclinación a considerarlo como un modelo posible para Europa (“Taylor y sus compañeros proyectan un mundo

⁴⁰ Sartori, Giovanni, *La Sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros, ...cit.*, p. 62.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 42-43.

⁴² *Ibidem*, p. 54 (cursivas en el original).

en el que la concordia no tiene cabida”, p. 128). La identidad europea, señala, es el resultado de un sano *interculturalismo*. Y es precisamente esa identidad *de los anfitriones* la que hoy se ve amenazada por los “ciudadanistas” (los que sostienen que la ciudadanía da y produce integración), los “cosmopolitas”, estilo Dahrendorf, y los “balcanizadores” que se entregan a una defensa de lo multicultural: “En el Nuevo Mundo [concluye] se trata de reconocer la identidad de minorías *internas*; en Europa el problema en cambio es salvar la identidad del Estado-nación de una amenaza cultural *externa*, planteada por la llegada a casa de culturas extrañas”.⁴³

3.3. Frente a ese diagnóstico catastrofista, que resulta difícil de compartir, las propuestas teóricas del tercero de los libros a los que antes nos referíamos, el de John Gray, se nos muestran como una elegante elucubración intelectual sobre lo que hoy significa “liberalismo” o, lo que viene a ser lo mismo, sobre la idea de tolerancia.

Para un constitucionalista que solo conoce tangencialmente los vericuetos de la filosofía política contemporánea, no deja de ser sorprendente la reivindicación de Hobbes realizada por Gray. Es como si, después de haber aceptado a Montesquieu y glorificado a Rousseau, hubiéramos acabado por “volver” a Locke y necesitáramos ahora “retroceder” hasta Hobbes —para defender las virtudes del nuevo Leviatán— y Bodin —para atisbar las inconsistencias de la idea de soberanía—.⁴⁴ Gray presenta nuestras democracias, tal y como hoy las conocemos, como las “floraciones tardías de un proyecto de tolerancia que se inició en Europa en el siglo xvi”.⁴⁵ El problema de ese proyecto, según Gray, es que ha encarnado siempre dos filosofías incompatibles: una, aquella que alberga un ideal de consenso racional sobre la mejor vida posible, y otra, la que aprecia la diversidad de formas y de modelos de vida.

⁴³ Sartori, Giovanni, *La Sociedad multiétnica...*, cit., p. 130.

⁴⁴ Por si es indicio del “retorno a Hobbes”, me permito llamar la atención sobre la reciente aparición en castellano de la obra de Schmitt, Carl, *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, Granada, Comares, 2004.

⁴⁵ Gray, John, *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 11.

La receta que Gray nos da en el libro versa sobre el modo de superar esa contradicción, una receta cuyos ingredientes principales consisten en abandonar el ideal de que existe un único modo de vida, superior a cualesquiera otros que puedan concebirse, y profundizar en las bondades del segundo de los componentes de la filosofía de la tolerancia. El ideal del consenso racional para la buena vida (Locke) queda entonces relegado en beneficio del ideal del *modus vivendi*, que es un compromiso para preservar la paz en el seno de la pluralidad (Hobbes): “El *modus vivendi* expresa la creencia de que hay muchos modos de vida en los que los humanos pueden desarrollarse. Entre ellos hay algunos cuyo valor no puede compararse. Allí donde esos modos de vida son rivales, ninguno de ellos es mejor que el otro [...]. Nuestro ideal heredado de la tolerancia acepta con pena el hecho de que hay muchos modos de vida. Si adoptamos el *modus vivendi* como nuestro ideal, aceptaremos con alegría ese ideal”.⁴⁶

Lo primero que choca es el punto de partida. Algo no cuadra con nuestra *fraseología* habitual de juristas adentrados en temas constitucionales, la de valores *superiores*, que es la de la Constitución española, pero también la de valores *indivisibles* y *universales*, que es la del preámbulo de la Carta Europea, que además los utiliza para erigir casillas en las que introducir los derechos. Porque un tema recurrente de Gray, que utiliza aquí y allá para construir el armazón de su argumento, es el de la frecuente incommensurabilidad de los valores, algo sintomático de una diversidad que va más allá de lo que solemos reconocer y frente a lo cual no hay más respuesta idónea que erigir “instituciones comunes”, capaces de articular los compromisos para una vida en común, en que consiste el ideal del *modus vivendi*. Cabe preguntar: ¿concibe Gray que, entre tales instituciones comunes, puedan contarse tribunales transnacionales avezados en la resolución de conflictos *desde* la diversidad de concepciones nacionales acerca del contenido de los derechos?

El libro no contesta, pero cabe suponer que la respuesta sería negativa. La razón está en la deriva perversa de las instituciones

⁴⁶ Gray, John, *Las dos caras del liberalismo. ...cit.*, p. 15 y cap. 4 (*Modus vivendi*), en el que el autor desarrolla *in extenso* la idea.

liberales, que es la consecuencia de la persistente presencia de un único ideal regulador basado en un concepto parcial de justicia: el liberalismo político ha sustituido la decisión política por la resolución judicial (*legal adjudication*) y ha desplazado al Parlamento para entronizar, en su lugar, a los tribunales. “Una de las marcas de un régimen no liberal [nos dice Gray] es que en él los conflictos de valores se consideran signos de error. Sin embargo, los regímenes liberales que sostienen que un conjunto de libertades —las suyas— es universalmente legítimo adoptan precisamente ese punto de vista. Tratan a los conflictos entre libertades como síntomas de error, no como dilemas para los que puede haber diferentes soluciones razonables. El liberalismo de este tipo es una especie de fundamentalismo, no un remedio contra él”.⁴⁷

Gray impugna, como se ve, lo que denomina el “legalismo antipolítico” de Rawls, pero también dirige sus acusaciones de parcialidad contra las construcciones que, bajo la estela del Mill de la tolerancia como búsqueda de la verdad, ensalzan la “libertad negativa” (Isaiah Berlin), o la “moralidad de la libertad” y la “autonomía personal” (Raz). Todo ello siempre con el mismo argumento de fondo: la imposibilidad de jerarquizar los valores, y el *imperialismo* intelectual que la defensa de un “modelo”, cualquiera que este sea, acredita: “La buena vida puede no ser lo que pensamos que es o lo que queremos que sea. Es algo, al menos parcialmente, independiente de nuestras creencias y deseos y que podemos razonablemente convertir en objetos de investigación”.⁴⁸

No es que Gray se convierta en un nuevo paladín de una especie de tolerancia universal y acrítica. Él mismo defiende que hay

⁴⁷ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 75, y pp. 140-141, donde abunda, frente a los comunitaristas, en la defensa de instituciones comunes como único remedio: “Lo que las sociedades plurales tardo-modernas necesitan no es el consenso sobre valores que los comunitaristas imaginan encontrar en las comunidades del pasado. Lo que necesitan son instituciones comunes en cuyo seno puedan negociarse los conflictos de intereses y valores. Para nosotros, tener una vida en común no puede significar vivir en una sociedad unificada por valores comunes, sino tener instituciones comunes que ejerzan de mediadoras en los conflictos entre valores rivales”.

estándares mínimos de decencia y legitimidad que deben aplicarse a todos los regímenes contemporáneos. Pero lo que objeta es que tales estándares equivalgan automáticamente a una universalización de los “valores liberales en sentido amplio”.⁴⁹ Por eso, Gray plantea objeciones al carácter pretendidamente universal de alguno de los derechos incluidos en la Declaración de 1948 (*p. ej.*, el 24 cuando prescribe vacaciones periódicas pagadas o el 18 en lo que atañe a la libertad religiosa, “un revoltijo extremadamente complejo de reivindicaciones que protegen intereses humanos que a menudo se contraponen”). Y de esa disposición escéptica, que alcanza a la propia idea de tolerancia (“algo que no tiene mucho valor si no se la puede hacer cumplir”), extrae el autor su tesis *fuerte* contra los intentos de universalizar listas de derechos (y mucho menos con carácter definitivo): “Los derechos están cosidos con un buen número de hilos, cada uno tejido con hebras diferentes. Bajo las presiones de las circunstancias, los hilos se descosen y los retazos del tejido se sueltan. Un test de legitimidad de un régimen es su habilidad para volver a coser el *patchwork* de los derechos”.⁵⁰

La imagen construida por Gray es tan plástica como brillantes y bien trabados los razonamientos de su libro. Si no acaban de convencer es porque a poco que uno esté familiarizado con la “justicia de los derechos”, en cualquiera de sus niveles —y ya se ve que el autor no lo está—, lo que se observa es que el desacuerdo sobre el contenido de ellos es lo normal; no es una patología cuyo “recosido” plantee dificultades insalvables. Y sobre todo, porque una cosa son los desacuerdos sobre contenido, delimitación y niveles de garantía y otra muy distinta la inconmensurabilidad de los valores subyacentes.

⁴⁹ El referente doctrinal es, en este caso, Margalit, Avishai, *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 1997, donde el autor profundiza en el significado moral de la humillación; Sartori, Giovanni, *Las dos caras del liberalismo, ...cit.*, pp. 127-128, con una defensa de la Cuba de Castro, por haber proporcionado a los más pobres “durante varias décadas y hasta fechas bastante recientes” mejor educación y cuidado sanitario que los recibidos por muchos estadounidenses desfavorecidos.

⁵⁰ Sartori, Giovanni, *Las dos caras del liberalismo, ...cit.*, p. 131.

Gray sostiene que “si buscamos un compromiso legítimo y estable para cuestiones muy controvertidas, no tenemos más alternativa que la del largo camino de la política”;⁵¹ de acuerdo, pero no se ve que exista incompatibilidad, pues ni el más entusiasta panegírico del “legalismo liberal” puede defender hoy que las “majestuosas certidumbres del derecho” (¿) lo son hasta el punto de permitirnos prescindir de la política. Y además: ¿cómo se podría intentar llegar a acuerdo alguno si no es sobre la base de un firme compromiso para la salvaguarda de ciertos valores?

En las páginas finales del libro, el autor aplica sus ideas sobre la necesidad de “retornar a Hobbes”, a propósito de la actual situación de Europa y la crisis del Estado-nación. A su juicio, el resurgir de las identidades regionales, el auge del etnonacionalismo y la erosión de la identidad nacional en favor de instituciones transnacionales hacen que nuestro mundo se asemeje mucho más al tardo-medieval que al temprano-moderno. El célebre pasaje del *Leviatán* “donde no hay un poder común, no hay ley; y donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales” le sirve de pretexto para arremeter de nuevo contra el imperialismo de los derechos: “la justicia y los derechos son convenciones que, en última instancia, se apoyan en la fuerza. La filosofía liberal reciente ha considerado conveniente olvidar esta verdad”.⁵² Gray propone una relectura de Hobbes en clave “pluralista”, para garantizar la paz mediante la gestión de conflictos entre culturas que serán siempre diferentes, abandonando por siempre el señuelo ilustrado de una civilización universal. “El objetivo de la filosofía política [concluye] es volver a la práctica con menos ilusiones. Para nosotros esto significa abandonar la ilusión de que las teorías de la justicia y de los derechos pueden librarnos de las ironías y las tragedias de la política”.⁵³

⁵¹ *Ibidem*, p. 136.

⁵² *Ibidem*, p. 151. La cita del *Leviatán* aparece en el cap. 13 (“De la condición natural de la humanidad en lo concerniente a su felicidad y su miseria”), Madrid, Alianza Editorial, 1989, p. 109; por cierto, con una errata de bulto, pues dice “injusticia”, donde debería decir “justicia”.

⁵³ Sartori, Giovanni, *Las dos caras del liberalismo, ...cit.*, p. 158.

4.3. ACERCA DE LAS DIFICULTADES DE GESTIONAR
LA INTRANSIGENCIA. LAS ENSEÑANZAS DEL
“CASO DE LAS SANCIONES A AUSTRIA”

Las sanciones impuestas a Austria, en enero de 2000, por los otros 14 miembros de la Unión Europea, podrían haber representado el punto de inicio de una práctica clarificadora en materia de recurso a la coacción para la defensa de los valores comunes. Hoy sabemos que no fue así: la gestión de la crisis provocada en la Unión por el acceso del partido liderado por Haider al Gobierno austriaco no ha hecho surgir *conventio ad excludendum* alguna ni ha permitido extraer pautas utilizables como instrucciones de uso para habérselas en el futuro con situaciones semejantes. Si acaso, vale por lo que ilustra acerca de determinadas carencias o “puntos ciegos” del proceso integrador, habiendo dejado, por ello mismo, un legado normativo que podría llegar a tener su importancia; sobre todo porque, a la vista de lo sucedido desde entonces, también sabemos que Haider no es, en el contexto europeo, una *rara avis*, ni el acceso de un partido como el dirigido por él al Gobierno, un fenómeno aislado y sintomático de una peculiar *patología* de la República austriaca, inexistente en otros sitios.

El caso *Haider* interesa más bien como la manifestación señalera de un fenómeno político muy difundido en la Europa de nuestros días. Un fenómeno en el que aparecen mezclados rasgos de cariz muy diverso, pero cuyo elemento unificador vendría a ser el de trasladar al debate político propuestas y actitudes dirigidas a deslegitimar las líneas programáticas tradicionales de los partidos, para situarse en un lugar muy cercano a lo antisistema. En la búsqueda del voto del descontento, y para marcar distancias con respecto a la socialdemocracia y a la derecha democrática de carácter convencional, un neopopulismo, emergente a escala europea, está encontrando hueco en las preferencias de los electores mediante un discurso en el que aparecen algunos tópicos que se repiten con distintas variantes; así, por ejemplo: a) las críticas contra la “Europa de Maastricht” —y ahora “la del tratado constitucional frustrado”—, manifestación de una *eurofobia* que rechaza las “imposiciones de los burócratas de Bruselas” en nombre de la identidad nacional, o bien, bajo el pretexto de defender aspiraciones legítimas de las “pequeñas patrias” de índole regional,

y b) las denuncias de una política errática y permisiva en materia de inmigración, con sus secuelas de aumento de la delincuencia, inseguridad y preterición de los ciudadanos-oriundos en el disfrute de las ventajas de un Estado de bienestar, que se sostiene a costa de su sacrificio. Las variantes pueden cargar las tintas sobre los aspectos relacionados con uno u otro extremo, según las distintas *arenas* de la competición partidista y las peculiaridades geográficas o político-culturales del ámbito de incidencia del discurso: rechazo a la ampliación de Europa, cuestionamiento radical de los fundamentos de la Unión, “tolerancia cero”, “contrato de integración”, etcétera.⁵⁴

Pero si tuviéramos que responder a la cuestión de por qué Haider representó para la Unión Europea un alarmante toque de aviso, una *categoría* —aunque hoy quizá rebajada a la condición de *anécdota*— no bastaría con decir que el éxito de su partido, el Partido Liberal Austriaco (FPÖ), en las elecciones de 1999, tuvo un carácter pionero por sus dimensiones y por la ocupación de responsabilidades de gobierno. También habría que subrayar que Haider vino a encarnar entonces todo aquello que Europa viene repudiando desde la inmediata posguerra. Las indulgentes veleidades del líder austriaco a la hora de emitir juicios sobre el nacionalsocialismo fueron la mecha que encendió el rechazo. Haider personificó un pasado aberrante, de agresivo nacionalismo étnico, un “otro” al que hay que remontarse para entender todo el esfuerzo de construcción europea como una comunidad ética, que repudia ese pasado y busca la forma de defenderse contra él. Ese “ADN de la democracia europea”, en expresión de Flores d’Arcais, justificaría el aviso que lanzaron a Austria los otros 14 miembros de la UE, quienes habrían utilizado las sanciones para resaltar que, en determinados ámbitos, “las palabras son hechos”.⁵⁵

⁵⁴ Dos buenos intentos de explicación general del fenómeno de dimensión europea al que nos referimos en el texto pueden encontrarse en sendos trabajos de José María Rida e Ignacio Sotelo, a propósito del voto a Le Pen en las presidenciales francesas, “Francia y la zona gris”, y “El ascenso de la extrema derecha. Riesgos y retos de la transformación del Estado nacional”, ambos en *Claves de Razón Práctica*, núm. 123, 2002, pp. 24 y ss.

⁵⁵ Tal fue precisamente el título de un extenso artículo de Paolo Flores d’Arcais, publicado en *El País*, el 27 de febrero de 2000, en el que recoge

A propósito del caso de las sanciones, se ha escrito también que “la construcción de cualquier comunidad de carácter moral, suele ir acompañada siempre de prácticas políticas a las que cabe calificar de ambiguas”.⁵⁶ En el caso que examinamos, el principal filón de ambigüedad se encuentra en las dificultades para hallar el fundamento normativo de las propias sanciones. El Tratado de Ámsterdam había modificado en 1997 la redacción del actual artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), para completar y hacer más incisiva la referencia a “los principios democráticos” como fundamento de los sistemas de gobierno de los países miembros, que aparecía en el antiguo artículo F.1 del TUE. Ahora ya no se trata de afirmar el respeto a la identidad nacional de unos Estados miembros que comparten un mismo fundamento de sus sistemas de gobierno, sino de trasladar ese mismo fundamento, desde los Estados hasta la Unión, lo que no es poco. Además, el fundamento *se refina* considerablemente, para dar cabida a lo que hoy se consideran componentes imprescindibles de la idea democrática: uno sustancial-garantista, centrado en la libertad y en el respeto de los derechos, y otro formal-estructural, bajo el que el artículo en cuestión engloba el principio de democracia y el Estado de derecho.⁵⁷

algunas de las manifestaciones realizadas por Haider a lo largo de su carrera política y defiende resueltamente la postura de los 14. Para una visión general del fenómeno Haider, *cfr.* Luverà, Bruno, *Il Dottor H. Haider e la nuova destra europea*, Turín, Einaudi, 2000.

⁵⁶ Hall, Stephen, “Tales from the Viena Woods: EU Constitutional Law and Democracy in the Member States”, disponible en *Challenge Europe (On Line Journal)*, <http://www.theepc.net/en/default.asp?TYP=CE&LV=177&see=y&t=96&PG=CE/EN/detail&l=10&AI=8>

⁵⁷ En la redacción actual, “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”. El art. 2 del Proyecto de Constitución afina todavía más: “La Unión se basa en los valores del respeto a la dignidad humana, de la libertad, de la democracia, de la igualdad, del Estado de derecho y del respeto a los derechos humanos. Estos valores son comunes a los Estados miembros, en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación” (*nota de 2018*: en la actualidad esta referencia hay que sustituirla por la redacción que da al artículo el Tratado de Lisboa, en el que, como hemos dicho, la Carta de los Derechos Fundamentales se incorpora al derecho originario).

El paso es decisivo. Ahora, dígame lo que se diga en lo referente al principio de autonomía institucional de los Estados miembros, el TUE opera en la materia con una técnica jurídica que pretende aproximarse a la del federalismo estadounidense o alemán, y ello con el fin de garantizar la homogeneidad sustancial de todo aquello que no se considera como parte accidental de la forma de gobierno.⁵⁸

Una vez “desplazado” el principio del respeto a la identidad nacional, que tiene hoy párrafo independiente (art. 6.3 TUE),⁵⁹ el problema estriba en el cómo de la garantía de efectividad del plegamiento a tales exigencias, de las que se dice (performativamente) que son comunes. Pero, ¿y si dejaran de serlo? En esto el Tratado ya no es tan categórico como los textos constitucionales recién citados: “Los Estados Unidos *garantizarán...*”; “El orden constitucional de los *Länder* *deberá* responder...”. Para hacer frente a esa cuestión, el Tratado de Ámsterdam añadió, muy al estilo de la legislación constitutiva *menos lograda*, un farragoso artículo 7, en el cual se instaura un control de naturaleza estrictamente política o, lo que viene a ser lo mismo, fiado por entero a una lógica de decisión en la que la difusión de las instituciones implicadas, junto con la exigencia de unanimidad o de mayorías calificadas a la hora de adoptar acuerdos, erradica cualquier posibilidad de abrir camino a criterios o cánones de conducta de carácter sustantivo.⁶⁰

⁵⁸ Cfr. los arts. 4 de la Constitución de Estados Unidos y 28 de la de Alemania, así como el tratamiento de la cuestión, comparándolos a las disposiciones del TUE, de Díez-Picazo, Luis María, “¿Qué significa ser Estado dentro de la Unión Europea?”, en García de Enterría, Eduardo (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea, ...cit.*, pp. 267 y ss.

⁵⁹ “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros”. Y también en este caso, el Proyecto de Tratado afina más (art. 5.1: “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo que respecta a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar la integridad territorial del Estado, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad interior”).

⁶⁰ **Nota de 2018:** véase hoy la regulación muy semejante que establece el mismo artículo en la versión resultante del Tratado de Lisboa.

El artículo en cuestión establece un procedimiento que se desarrolla en tres fases y que concibe la “violación grave y persistente” de los principios recogidos en el artículo 6.1, como el presupuesto que activa dicho procedimiento y puede desembocar en la imposición de sanciones. En la primera fase decide el Consejo por unanimidad, en su composición de jefes de Estado o de Gobierno, con el objeto de “constatar la existencia” de tal violación. La propuesta al efecto puede emanar, bien de la Comisión, bien de al menos una tercera parte de los Estados miembros, y exige, previamente a la constatación, el dictamen conforme del Parlamento y dar opción al Gobierno del Estado en entredicho para que formule observaciones. En la segunda fase, el Consejo, por mayoría cualificada, “*podrá* decidir [...] que se suspendan determinados derechos” al Estado infractor, incluido el de voto en el seno del Consejo, dice el artículo 7.2 del TUE, dejando por tanto indeterminado el alcance y la procedencia de la suspensión de derechos, aunque si esta se verifica, subsistirán las obligaciones derivadas del Tratado para el Estado sancionado y habrán de tenerse en cuenta las consecuencias para los derechos y las obligaciones de las personas físicas y jurídicas. Y en la tercera fase se vuelve a llamar a la mayoría cualificada del Consejo, para que decida sobre la modificación o levantamiento de las medidas adoptadas “como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición”.

La falta de cualquier deseo de aproximarse a algo que se parezca al principio de tipicidad de infracciones y sanciones va acompañada de una regulación minuciosa en materia de formación de mayorías, cuestión a la que se dedican los dos últimos párrafos del artículo 7. En el Consejo no cuenta el voto del representante del Gobierno del Estado bajo sospecha ni las abstenciones sirven para impedir la adopción de acuerdos; la mayoría cualificada se calcula sobre la base de los criterios de ponderación de voto establecidos en el artículo 205 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Y en el Parlamento, el dictamen favorable a la constatación de la violación exige mayoría de dos tercios de los votos emitidos, que alcancen, como mínimo, la mitad más uno de los miembros de derecho del Parlamento (art. 7.5 TUE).

Todos estos pormenores del artículo en cuestión fueron algo por completo ajeno a lo que se decidió con ocasión del caso de Austria. Nadie instó al Consejo para que constatará la violación de principios ni se dio audiencia al Gobierno de Austria para que hiciera valer sus razones; esto último hubiera sido, por lo demás, de problemático cumplimiento, ya que el impulso para sancionar estaba directamente relacionado con el previsible acceso de una determinada fuerza política a un gobierno que se estaba gestando y cuya entrada en funciones fue posterior a la propia decisión de sancionar.⁶¹

El dilema “votos contra valores”, glosado abundantemente en aquellos días, tuvo una vía de escape que fue percibida por muchos como contraria a derecho y fallida. A la falta de cualquier apariencia de adecuación al debido proceso, regulado en los tratados, se sumaron dudas e ironías diversas sobre la actuación del Consejo, presentada, ya entonces, como una reedición de la *brezneviana* tesis de la soberanía limitada, que habría ingresado en el derecho comunitario por la puerta falsa y contraviniendo el deber de no injerencia estatuido en el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas.⁶²

En realidad fue todo tan atípico, que cabe dudar hasta del propio encuadramiento de lo decidido por los 14 miembros de la UE. ¿Fueron sanciones *del* Consejo Europeo o sanciones adoptadas *en el seno del* Consejo, pero al margen del ámbito de decisión propio de la Unión? Si nos atenemos al tono y al contenido de las sanciones mismas, así como a la postura adoptada de inmediato frente a ellas por la Comisión y el Parlamento, no hay duda: las sanciones no lo fueron de la Unión, sino sanciones bilaterales de 14 de sus

⁶¹ Las sanciones fueron anunciadas por el primer ministro portugués, presidente en turno de la Unión, el 31 de enero de 2000, y el acuerdo para la formación de la coalición entre el Partido Popular (ÖVP), liderado por Schüssel, y el Partido Liberal (FPÖ), liderado por Haider, fue hecho público el 3 de febrero siguiente.

⁶² En España fue especialmente incisiva. En tal sentido, la postura mantenida en los periódicos por Herrero de Miñón, Miguel; “Soberanía limitada”, *El País*, 6 de febrero de 2000, y “La demolición del orden jurídico”, *El País*, 21 de febrero de 2000. Analiza el asunto, desde la perspectiva de la Carta de la ONU, Bantekas, Ilias, “Austria, The European Union and Article 2(7) of the UN Charter”, disponible en <http://www.asil.org/insights/insigh40.htm>

miembros, adoptadas de manera coordinada y con idéntico destinatario. En la declaración, hecha pública por la presidencia portuguesa, se habla de “reacción conjunta acordada por los jefes de Estado y de Gobierno de 14 miembros de la UE para el caso de que ingrese en el Gobierno de Austria el FPÖ”.⁶³ Y el propio contenido de las sanciones (el compromiso de interrumpir los contactos políticos *bilaterales* con el Gobierno austriaco, el de no apoyar candidatos de aquel país a la ocupación de puestos en organizaciones internacionales y el de reducir los contactos diplomáticos con Austria al nivel puramente técnico) avala esa conclusión.

La subsiguiente toma de postura de la Comisión, extraordinariamente lacónica, “tomó nota” de las preocupaciones de los 14, pero advirtió que “en esta fase [...] el funcionamiento de las instituciones europeas no se había visto afectado”.⁶⁴ Y el mismo día en que se anunciaba en Austria el acuerdo de coalición, el Parlamento Europeo aprobó una resolución “sobre el resultado de las elecciones legislativas celebradas en Austria y la propuesta de formar una coalición gubernamental entre el ÖVP y el FPÖ”. En ella, el Parlamento se refiere a la iniciativa de los 14 como “declaración de la Presidencia portuguesa [...] en nombre de 14 jefes de Estado y de Gobierno”, solicitando del Consejo y de la Comisión “que estén dispuestos, en caso de violación grave y persis-

⁶³ “Declaración de la Presidencia portuguesa de la Unión Europea en nombre de los Estados”, 31 de enero de 2000, <http://www.ex.unict.it/cde/documenti/rel-ester/2000/000131.eupress.htm>.

⁶⁴ La declaración, aprobada por la Comisión el 1 de febrero, dice así: “La Comisión toma nota de la declaración de 31 de enero de la Presidencia portuguesa, en nombre de 14 Estados miembros de la Unión, relativa a las perspectivas de la coalición gubernamental en Austria e indica que comparte las preocupaciones en que se basa esta Declaración. Subraya que seguirá cumpliendo con su deber de guardiana de las normas y valores enunciados en los Tratados, que establecen que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y del Estado de derecho, como se desprende, en particular, de los artículos 6 y 7 del Tratado de la Unión Europea. En esta fase, la Comisión considera que el funcionamiento de las instituciones europeas no se ha visto afectado. En este contexto se propone seguir de cerca, en estrecha relación con los Gobiernos de los Estados miembros, la evolución de la situación manteniendo al mismo tiempo sus relaciones de trabajo con las autoridades austriacas”, *Boletín UE*, 1/2-2000: 1.10.18.

tente por parte de cualquier Estado miembro de los principios enumerados en el apartado 1 del artículo 6 del TUE, a adoptar las medidas contempladas en el artículo 7 del Tratado”.⁶⁵

Las sanciones no produjeron en el funcionamiento de la Unión nada que pudiera recordar los tiempos de la “crisis de la silla vacía”; fueron un instrumento de presión política que acaso podría servir de estímulo para volver sobre las funciones de la lealtad y de la voz en la teoría de las organizaciones, pero cuya consecuencia más palpable fue la acumulación de declaraciones y documentos oficiales, en cuyo marasmo acabó sucumbiendo la propia lógica de la iniciativa. Esta ha sido explicada, de manera convincente, en términos de puras necesidades de política interna de los dos miembros del Consejo, que la defendieron con más entusiasmo. El presidente francés, Chirac, y el primer ministro belga, Verhofstadt, necesitaban en efecto reforzar sus credenciales democráticas, marcando distancias con respecto al extremismo de derechas, representado en uno y otro país por fuerzas de creciente expectativa de voto. Además, el temor al efecto-demostración del modelo austriaco a la hora de formar coaliciones de gobierno, y la previsible marginación de la izquierda que ello acarrearía, también actuó como un poderoso incentivo. Todo ello con independencia de que cualquier recelo frente a un paso que daba ocasión de hacer profesión de fe antifascista, era por sí mismo algo vergonzoso y de difícil defensa.⁶⁶

⁶⁵ Parlamento Europeo, resolución de 3 de febrero de 2000. El texto dedica dos considerandos a recordar las estrictas condiciones que, desde el Consejo de Copenhague, en junio de 1993, se exigen a los países candidatos a ingresar en la Unión, en punto a garantías de la democracia, primacía del Estado de derecho y respeto y protección de los derechos humanos y de las minorías, principios todos ellos que “no pueden dejar de aplicarse con la misma energía a los Estados miembros”. Además, al felicitarse por la declaración realizada oportunamente por la Presidencia portuguesa, el Parlamento califica la iniciativa como “acto de vigilancia imprescindible y *reforzada*” (*sic*), y como muestra de la preocupación de los Estados miembros por “defender unos valores comunes europeos”. El Comité de las Regiones también aprobó, el 16 de febrero de 2000, una resolución de contenido semejante a la del Parlamento, documento 2000/C 156/08, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 6 de junio de 2000.

⁶⁶ Analiza con detalle estos aspectos más *políticos* del caso, el trabajo de Merlingen, Michel; Mudde, Cas y Sedelmeier, Ulrich, “Constitutional Politics

Sea como fuere, un examen del caso de las sanciones a la luz de los principales documentos relacionados con él no refuerza precisamente las razones esgrimidas por los 14. Por sí mismo, no lo hace el famoso “Programa 2000”, con el que el partido de Haider concurrió a las urnas y rozó 27% del voto; en él aparece, adaptada a Austria, toda la retórica de la (llamada) “nueva derecha” populista, de tintes micronacionalistas y eurofóbicos;⁶⁷ ¿xenófobos? También, sin duda, pero no en mayor medida de lo que eran ya en buena parte de Europa los programas de muchos partidos. Se nos dirá que la diferencia estribaba, por entonces, en que ninguno de ellos había ocupado *aún* responsabilidades de gobierno. Pero, sin caer en la falacia *post hoc*, el argumento pierde consistencia si se lee atentamente la “declaración”, firmada por el canciller Schüssel y el propio Haider, el 3 de febrero de 2000, “Responsabilidad por Austria. Un futuro en el corazón de Europa”, cuya literalidad resulta exquisitamente respetuosa con los principios y los valores subyacentes al proyecto de construcción europea.⁶⁸

Pero el documento de referencia central, a cuyo contenido se debe que el caso de las sanciones se desinflara como un globo, es el célebre informe de infausto nombre, que el Consejo —*recitius*: la presidencia portuguesa en nombre de 14 Estados— tuvo a bien encargar. No deja de ser curioso que tal encargo se verificara

and the «Embedded *Acquis Communautaire*»: The Case of the EU Fourteen Against the Austrian Government”, ConWEB, núm. 4/2000, <http://les1.man.ac.uk/conweb>

⁶⁷ Remito al ya citado libro de Luvèrà, Bruno, *Il Dottor H. Haider e la nuova destra europea, ...cit.*, donde las señas programáticas de esa “nueva derecha” se remiten al manifiesto lanzado con tal nombre por Alain de Benoist y C. Champetier en 1999.

⁶⁸ La declaración comienza resaltando la “inquebrantable adhesión a los valores morales y espirituales que son herencia común de los pueblos de Europa, y auténtica fuente de la que emana la libertad individual, la libertad política y el imperio de la ley, principios todos ellos constitutivos de una genuina democracia”. El párr. tercero anuncia el compromiso del Gobierno federal de “trabajar para que la xenofobia, el antisemitismo y el racismo no tengan cabida en Austria”. Y los párrs. séptimo y octavo incluyen una adhesión expresa a los valores del art. 6 TUE y al art. 13 de la Carta, en la medida en que proscriben cualquier forma de discriminación, respectivamente; puede verse (y vale la pena hacerlo) en <http://austro.org/e/responsible.html>

por conducto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un órgano ajeno a la Unión, que venía así a ser reconocido como el depositario de la suprema *auctoritas europea* en la materia. Si en la iniciativa para sancionar Austria solo puede verse una reacción política al margen del procedimiento sancionador de los tratados, y si este mismo procedimiento no viene contemplado en los mismos sino como una suma de voluntades políticas concordantes con las distintas instituciones comunitarias, ahora la vía del informe ensayaba un hábil quiebro *judicializante*, que dejaba en manos de “los sabios” la decisión sobre la pertinencia de las sanciones. La deriva es en sí misma insólita, y de esa ausencia de precedentes, de ese carácter de “caso único” y de improbable repetición en un previsible futuro, pudo tomar el informe una legitimidad que, en buena medida, dependía de las credenciales de neutralidad y *expertise* que pudieran exhibir los designados para realizarlo.

En la elección de estos, seguramente fue determinante el deseo de conjugar “sensibilidades” que pudieran satisfacer al mismo tiempo diversas exigencias: profesionalidad jurídica y experiencia política al más alto nivel en los ámbitos nacional y comunitario, además de suficiente diversidad de ámbito geográfico. Puestos a especular, también podemos aventurar que el número de encargados fue el necesario y suficiente como para que todas esas exigencias pudieran satisfacerse, sin comprometer un modo de trabajo capaz de producir resultados óptimos en el menor tiempo. Un jurista alemán, de marcado perfil académico, muy conocido en el ámbito de la defensa internacional de los derechos y con amplia experiencia práctica como miembro de la Comisión Europea de Derechos Humanos; un exjefe de Estado de una república semipresidencialista como la finlandesa, y un español, exministro de Asuntos Exteriores y excomisario europeo, no parecen al margen de los nombres, mala opción.⁶⁹

El encargo de la presidencia portuguesa no fue de carácter abierto, y susceptible por ello de haber depositado en “los sabios” la responsabilidad de decidir lo más difícil: los parámetros utilizables para medir el grado en el que el comportamiento de un Estado miembro se adecua a las exigencias comunes en materia de

⁶⁹ Se trata de Jochen Frowein, Martti Ahtisaari y Marcelino Oreja.

valores; sino un encargo que tenía ya fijados, en el contenido de lo que se solicitaba, los precisos contornos de lo evaluable: por un lado, el compromiso del Gobierno austriaco con los valores comunes europeos —y en particular los relativos a los derechos de las minorías, de los refugiados y de los emigrantes— y, por otro, un juicio sobre la evolución de la naturaleza política del partido liderado por Haider. Esto último podría haberse prestado a la más pura retórica especulativa y vacía de conclusiones. Sin embargo, entre los méritos del documento que los tres “sabios” fueron capaces de entregar en un breve plazo de apenas tres meses se encuentra, sin duda, el de la claridad expositiva, gracias a un “estilo” de párrafos numerados y conclusiones parciales y generales, que hacen del mismo un texto clave en un ámbito: el de los “valores europeos comunes” y la política de derechos de la Unión, donde abunda la confusión y escasean los documentos oficiales.⁷⁰

A esa pretensión de poner un poco de orden dentro de la nebulosa de los valores europeos responde, sin duda, el punto de partida del que arrancan las veintitantas páginas de un documento de obligada lectura para cualquiera que esté interesado en el problema de la defensa de los derechos a escala europea. Lo que allí se pretende, antes que nada, es establecer los parámetros de juicio, es decir, indicar las fuentes jurídicas de las que emanan tales supuestos valores europeos comunes, para poder adentrarse luego, empíricamente, en el análisis del caso sometido a informe.⁷¹ Tales fuentes vienen establecidas, primero, con carácter general y, luego, con carácter específico respecto a los ámbitos

⁷⁰ El informe lleva fecha de 8 de septiembre de 2000; el encargo fue tramitado en junio del mismo año y el nombramiento de Frowein, Ahtisaari y Oreja se produjo el 12 de julio. Para redactar el informe, los autores celebraron una serie de encuentros con autoridades austriacas entre el 27 y el 30 de julio y, ya en agosto, con un número indeterminado de las ONG y con la presidenta del FPÖ y vicescanciller del Gobierno, Susana Riess-Passer. El texto completo puede consultarse en <http://www.elpais.es/p/d/especial/sabios/informe.htm> Está también publicado en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2000, pp. 775 y ss.

⁷¹ “La primera parte de nuestro mandato consiste en evaluar el compromiso del Gobierno austriaco con los valores europeos comunes en unas áreas específicas. Para ello es importante clarificar cuáles son los estándares generalmente aceptados respecto a los valores europeos comunes”. (Informe, apdo. I.1.1).

objeto de la solicitud: minorías, refugiados e inmigrantes. En el primer grupo, el informe distingue entre “documentos de carácter vinculante” (el Tratado de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos) y otros “de carácter no vinculante”, entre los que cita la Declaración contra el racismo y la xenofobia, suscrita conjuntamente, en junio de 1986, por el Parlamento, la Comisión y el Consejo. Y dentro del segundo grupo, el informe alude al Convenio marco para la protección de las minorías nacionales, auspiciado en 1995 por el Consejo de Europa, a la Convención de Ginebra, de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados y al Convenio de Dublín sobre la tramitación de las solicitudes de asilo, de 1990.

El mero enunciado de fuentes legislativas que aparece en el comienzo del informe permite constatar cierto déficit de fuentes específicas en lo que se refiere a los derechos de los inmigrantes. Esto es algo de lo que los redactores parecen estar plenamente conscientes, lo que explicaría su insistencia preliminar en los “Estándares (genéricos) Relativos a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales” (apdo. I. 5 a), y el interés por resaltar la “especial importancia para las cuestiones que aquí se abordan de la jurisprudencia elaborada por los órganos creados bajo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos” (*sic*). El esfuerzo clarificador es notable, puesto que aquí no se trata, en el mejor estilo pretoriano, de crear un *ius* para un *facto*, sino de hacer explícitos unos cánones objetivos, aceptados por todos, capaces por ello de fundamentar el empeño sobre bases más sólidas que las que suele generar la referencia al comodín de los valores comunes.

Si insistimos en esa vertiente del asunto es porque nos parece que ese trabajo de arqueología jurídica, en busca de referentes compartidos, podría mostrársenos hoy perfectamente prescindible, a la luz de lo que ya deja ver la Carta de Derechos. De hecho, es extraordinariamente significativo que los autores del informe, dentro de esa tarea preliminar de *law-finding*, no desaprovecharan ocasión para acudir al entonces Proyecto de Carta (en la versión que se dio a conocer en julio de 2000), con el fin de reforzar su especificación de parámetros. Así ocurre en los casos del principio de no discriminación, que viene calificado como “principio fundamental del Derecho de la Unión Europea”

(apdo. I.8 del informe, donde se alude al artículo 21 de la Carta), en el del derecho de asilo (apdo. I.14, art. 18 de la Carta) y en el de prohibición de expulsiones, deportaciones o extradiciones de extranjeros en riesgo de sufrir malos tratos en su país de origen (apdo. I.16, art. 19.2 de la Carta).

Todo hubiera sido más simple para los “sabios” si, en el momento de acometer su tarea, la Carta hubiese adquirido ya el carácter de “documento-decantador” de principios y valores a escala europea que hoy todo el mundo parece reconocerle. Y esa utilidad práctica de la Carta ha sido ya aducida como uno de los argumentos decisivos en favor del carácter “sustancialmente constitucional” de esta, precisamente cuando de lo que se trata es de descender desde el “cielo” de los principios genéricos y tradiciones comunes, aludidos en el artículo 6 TUE, hasta la constatación acerca de si los mismos han sido o no vulnerados, o corren el riesgo de serlo en situaciones concretas.⁷²

En cada uno de los tres ámbitos analizados en esta parte del informe —minorías, refugiados e inmigrantes—, el documento realiza una serie de consideraciones sobre la situación austriaca; en ellas, el análisis puramente jurídico, que prevalece, se mezcla con la constatación de los datos fácticos más relevantes. Por ejemplo, el censo de población para evaluar el número de miembros de las minorías nacionales, el número y resultado de las solicitudes de asilo presentadas, el de extranjeros residentes, la evolución de la cuota de admisión de nuevos inmigrantes, etc. El simple cotejo comparativo de tales datos con otros del mismo tipo en el resto de los países de la Unión ya resulta bastante favorable para Austria. Y si a ese cruce de datos se unen las consideraciones sobre las reformas legales y constitucionales acometidas por Austria

⁷² Es la opinión de Pace, Alessandro, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 173 y ss. También insiste en esa utilidad de la Carta como instrumento que condensa las tradiciones constitucionales comunes y sirve, en consecuencia, para evaluar, desde el mismo momento de su proclamación, la actuación de todos los poderes públicos en el ámbito de la Unión, Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, 2001, pp. 7 y ss.

en los últimos tiempos, todas ellas de impecable factura, desde el punto de vista del respeto a los compromisos internacionales y a los valores auspiciados por la Unión, no sorprende el tono adoptado por el informe a la hora de sentar conclusiones.

En materia de derechos de las minorías se dice, por ejemplo (apdo. 29) que “el sistema jurídico austriaco protege a las minorías nacionales existentes en Austria más ampliamente que muchos otros países europeos”.⁷³ En cuanto a los derechos de los refugiados, que “la situación es semejante a la de otros países de la Unión Europea”, y que no se ha detectado “ninguna indicación en el sentido de que el nuevo Gobierno austriaco se hubiera desviado claramente de los principios seguidos por sus predecesores” (apdo. 40). Y en materia de inmigración, quizá el punto más conflictivo, se afirma que “el actual Gobierno austriaco ha continuado la política de Gobiernos anteriores de restringir las nuevas inmigraciones y dar prioridad a la integración de los extranjeros residentes legales en el país. También ha reconocido el principio de que las reunificaciones familiares deben ser posibles, [por lo que] se puede afirmar que, en su conjunto, la política del Gobierno austriaco sobre inmigración muestra un compromiso con los valores europeos comunes” (apdo. 51).

Es verdad que lo que el informe dice acerca de la actuación del Gobierno no puede tenerse por demasiado conclusivo, dado el escaso tiempo que había transcurrido desde que la coalición entre el FPÖ y el ÖVP empezó a gobernar. Quizá por ello resulta más interesante lo que se señala con respecto al compromiso de ambos partidos en la lucha contra el racismo y la xenofobia, y en el apartado dedicado a estudiar la evolución de la “naturaleza política” del partido de Haider. En cuanto al primer extremo, el

⁷³ El informe concede aquí importancia a la reforma constitucional realizada en 2000, para añadir una cláusula específica de protección de las minorías. La reforma añadió al art. 8 (“El idioma alemán es, sin perjuicio de los derechos reconocidos en el nivel federal a las minorías nacionales, la lengua oficial de la República”), un párr. 2, que dice así: “La República (la Federación, los Estados federados y los Municipios) reconoce la diversidad lingüística y cultural, que se manifiesta en sus minorías nacionales autóctonas. La lengua y la cultura de estas minorías nacionales, su continuidad y su protección, deben ser respetadas, garantizadas y promovidas”.

documento contiene un juicio de intenciones que se apoya, sobre todo, en la declaración programática *tranquilizadora* que el nuevo Gobierno tuvo a bien difundir. El acendrado europeísmo de la misma, unido a determinadas iniciativas del Gobierno y a algún indicio concreto, llevan a los autores del informe a la convicción de que “el actual Gobierno austriaco está comprometido en continuar la lucha contra el racismo, el antisemitismo, la discriminación y la xenofobia” (apdo. 63).⁷⁴ No obstante, dicha conclusión se matiza de inmediato con la advertencia de que hay que situarla “en el contexto de lo que puede describirse como lenguaje ambiguo utilizado repetidamente por algunos altos representantes del FPÖ” (apdo. 64), lo que le da pie para enlazar con la segunda parte del informe: la destinada, como hemos dicho, a estudiar la evolución de la naturaleza política de ese partido.

Al igual que en la parte primera, el informe comienza con un intento de establecer el “marco para la interpretación del mandato”, algo que da pie a los autores para recordar que la evolución política del partido en cuestión ha de ser examinada no en términos generales, sino “en el contexto de los valores europeos comunes”. De ahí que el primer paso sea examinar el “estado de la cuestión” en el nivel europeo y en el nivel interno austriaco, en materia de límites del derecho de asociación política. En ese contexto, se destaca la existencia de lo que se califica allí de “principio del orden público europeo”, a saber, el de que “la propaganda en favor de cualquier forma de discriminación racial no está protegida por el derecho a la libertad de expresión y de asociación”, algo cuya justificación se encuentra en la historia europea del siglo xx, que “refuerza la obligación positiva que todos los gobiernos europeos tienen de luchar contra cualquier forma

⁷⁴ Las iniciativas se refieren a la fundación de un nuevo museo de historia contemporánea de Austria, la puesta en marcha de programas para favorecer la integración de las minorías y el apoyo a las propuestas internacionales dirigidas a perseguir la distribución de propaganda nazi, vía Internet. El indicio, la aprobación por unanimidad de las dos cámaras del Parlamento de la llamada Ley del Fondo de Reconciliación, destinada a indemnizar a quienes fueron víctimas de trabajos forzosos durante el régimen nazi. Igualmente se presta atención —aunque ello no viene avalado por dato alguno— al hecho de que “la violencia contra extranjeros ha sido menos frecuente en Austria que en muchos otros países de la Unión Europea” (apdos. 59 y 60).

[...] de propaganda favorable a cualquier tipo de discriminación xenófoba o racial, así como de reaccionar contra cualquier uso ambiguo del lenguaje que pudiera introducir una cierta *trivialización* o *normalización negativa* del pasado nacionalsocialista” (apdos. 69 y 70). Todo ello se ilustra con una referencia de pasada al artículo 17 del CEDH y a la legislación austriaca de partidos, en la que se establece la sanción penal contra el intento de reactivar organizaciones de corte nacionalsocialista.

A partir de tales presupuestos, el informe trata de atenerse a unos determinados hechos que puedan servir de base para la caracterización del FPÖ, esto es, para enjuiciar la evolución de su naturaleza política, que es lo que se había solicitado. El primer indicio es la falta de cuestionamiento de la constitucionalidad del FPÖ, en sus más de 40 años de vida.⁷⁵ El segundo, la participación del FPÖ, entre 1983 y 1986, en el Gobierno federal, formando coalición con el Partido Socialdemócrata. Precisamente, la elección de Haider como presidente del partido, desencadenó la ruptura de tal coalición y el FPÖ no volvió a tener responsabilidades de gobierno hasta el 2000, aunque sí participó en bastantes gobiernos regionales. A continuación, el informe se fija en determinadas iniciativas del FPÖ (el referéndum sobre la situación de los extranjeros de 1993, saldado con un estrepitoso fracaso, el lema central de la campaña de octubre de 1999, “Alto a la extranjerización”) y las yuxtapone a la “tranquilizadora”, y exquisitamente respetuosa con los valores europeos, declaración del Gobierno, de 3 de febrero de 2000.

Aunque el informe no pasa por alto el hecho de que la declaración Schüssel/Haider fuera realizada a instancias del presidente federal, Klestil, hasta aquí todo parece favorable a una conclusión que no vea motivos de alarma en la naturaleza de la fuerza cuestionada.⁷⁶ Pero bajo la rúbrica “Uso continuado de

⁷⁵ El FPÖ fue fundado en 1956, como una escisión de una “Asociación de Independientes” en la que militaban antiguos miembros del Partido Nacionalsocialista. Una característica constante del mismo, desde entonces, ha sido la tensión ideológica interna entre una corriente nacionalista radical y otra favorable al liberalismo económico (apdo. 77).

⁷⁶ El informe (apdo. 87) también da cuenta del rechazo por parte del presidente federal de dos candidatos propuestos por el FPÖ para ocupar carte-

lenguaje ambiguo por parte de dirigentes del FPÖ”, el informe va luego desgranando una serie de consideraciones, cuyo presupuesto es que “un partido de Gobierno debe ser objeto de un escrutinio más estricto en lo referente al lenguaje que utiliza en sus manifestaciones públicas, que partidos que se encuentren en la oposición” (apdo. 90). Así, va pasando revista a determinados ataques realizados por dirigentes del FPÖ contra la libertad de crítica política, bien en abstracto, o bien mediante la interposición de demandas de libelo, algunas de ellas de gran resonancia ante la opinión pública.⁷⁷ Los tres “sabios” citan el caso *Lingens*, resuelto en 1986 por el TEDH, para recordar la intensidad de las críticas que un político en ejercicio ha de estar dispuesto a soportar, lo que es incompatible con el recurso sistemático a las demandas de libelo (apdo. 103).

En lo que se refiere a la evolución de la naturaleza política del FPÖ, la conclusión que se extrae de todo ello no es demasiado reveladora: “no se halla excluida —dice el apartado 106— la evolución desde un partido de derecha con expresiones extremistas hasta un partido de gobierno. Sin embargo, esta evolución no re-

ras ministeriales, y ello en razón del radicalismo de su lenguaje. Durante la campaña, e incluso desde algunos meses antes, el presidente había solicitado de todos un “desarme del lenguaje, pues las palabras pueden no solo injuriar, sino llegar finalmente a matar”.

⁷⁷ Se refiere aquí el informe a la demanda que Haider interpuso contra Anton Pelinka, uno de los autores que mejor ha contribuido a difundir el pasado político de Haider. En su libro, *Austria: Out of the Shadow of the Past*, Pelinka describe la ideología del FPÖ como “Una mezcla de tradiciones pangermánicas y patriotismo austriaco, [...] que apela al resentimiento de carácter xenófobo, y juega con el revisionismo nazi y la negación del Holocausto [...] El FPÖ —concluye— es un partido populista y tiene en su agenda todos los elementos típicos de la «nueva derecha», aspectos ambos que no pueden considerarse ilegítimos en una democracia liberal. Pero al mismo tiempo, nunca ha dejado de alimentar la cuestión del paralelismo nazi”. La demanda de libelo fue interpuesta por Haider debido a que, según Pelinka, Haider trivializaba habitualmente la existencia del Holocausto llamando a los campos de exterminio, “campos de internamiento” (*Straflager*). El Tribunal condenó a Pelinka por omitir que Haider había reconocido también, públicamente, que en tales campos fue aniquilada una concreta minoría étnica. Las referencias a Pelinka están aquí tomadas de Johnson, Lonnie R., “On the Inside Looking Out: Austria’s New ÖVP-FPÖ Government, Jörg Haider and Europe”, en *Habsburg Occasional Papers*, núm. 2, 2000.

sulta suficientemente clara dado el periodo de tiempo relativamente corto transcurrido hasta la fecha”.

El informe insiste en la “obligación positiva” (*sic*) del Gobierno austriaco de defender activamente los valores recogidos en el artículo 6 del TUE y, en particular, la defensa de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. Y termina con tres conclusiones generales y dos recomendaciones, que pueden tenerse, quizá, como lo más valioso de todo el documento.

Las conclusiones generales, ya lo hemos adelantado, son muy favorables a Austria en lo que se refiere al compromiso con los valores europeos comunes (apdos. 108 y 109), muestran cierta preocupación en lo que respecta a la naturaleza del FPÖ y su contribución a “una atmósfera que han convertido en algo normal las manifestaciones abiertamente dirigidas contra los extranjeros, causando sentimientos de gran inquietud” (apdo. 110), y son decididamente ambiguas a la hora de enjuiciar “las medidas adoptadas por los catorce”. En efecto, en cuanto a este último extremo, el informe se escuda en que “no forma parte de nuestro mandato pronunciarnos sobre la naturaleza jurídica de las medidas adoptadas” (apdo. 114), pero no deja de resaltar: *a*) que las mismas han servido para aumentar la sensibilidad sobre la importancia de los valores en el nivel europeo, habiendo comprometido en el debate a la sociedad civil y suscitado la defensa decidida de los mismos por parte del Gobierno austriaco, y *b*) que mantenerlas en vigor sería, no obstante, contraproducente, debido a que también han generado en Austria sentimientos nacionalistas que tienden a interpretarlas como si fuesen sanciones dirigidas contra los ciudadanos mismos (apdos. 115 y 116).

A la vista de tales conclusiones, pocas alternativas quedaban a los 14, salvo levantar las sanciones, lo que en efecto hicieron el 12 de septiembre de 2000 mediante un escueto comunicado.⁷⁸

Las dos recomendaciones que cierran el informe podrían llegar a ser el más importante legado del caso *Haider*. Todo lo demás, en apenas dos años, ha quedado sobrepasado por el curso

⁷⁸ “Comunicado de los XIV tras el Informe de los «Tres Sabios» sobre la situación en Austria”, disponible en <http://www.bmaa.gv.at/oesterreich/index.html.en>

de los acontecimientos. La coalición entre el Partido Popular y el Partido Liberal se rompió en septiembre de 2002, como consecuencia de los enfrentamientos internos a cuenta de la reducción de impuestos y la ampliación europea en el partido liderado por Haider. Este reivindica hoy el populismo como la “oportunidad que tiene Europa para recuperar la democracia y devolver la palabra a los ciudadanos”, y aspira a liderar un nuevo gran partido de implantación transnacional que se haga notar de cara a las elecciones al Parlamento Europeo de 2004, un proyecto que le ha llevado a no presentarse a la reelección de presidente de partido, y a anunciar su retirada de la política nacional austriaca.⁷⁹

Por otra parte, el éxito electoral del FPÖ en las elecciones de 1999 no se mostró, al cabo de poco tiempo, como algo sintomático de una anomalía austriaca, sino como la punta del iceberg de un fenómeno que puede llamarse neopopulista, nacional-populista o de extrema derecha a secas, que ha ganado implantación a lo largo y ancho de Europa. La inquietud del informe por el uso de un lenguaje, que podría contribuir a la difusión de sentimientos xenófobos, encontraría hoy en cualquier país europeo razones para multiplicarse. Y no ya a la luz de los casos más llamativos (p. ej., el *Holanda está lleno*, de la Lista Pim Fortuyn), sino simplemente analizando el discurso, central o de ocasión, puesto en pie por fuerzas de indudable pedigrí democrático durante las últimas campañas electorales de países de la Unión, como Alemania o Suecia.

Que la inmigración se ha convertido en uno de los problemas más importantes de una supuesta agenda política global europea es algo indudable. Pero ninguna declaración de derechos podría nunca materializarse si la mirada estuviera puesta en las políti-

⁷⁹ Cfr. *La Vanguardia*, 10 de junio de 2002, para una crónica-reportaje sobre el Congreso del FPÖ, y la intervención en el mismo de Haider, autoadjudicándose la condición de “padre del nuevo populismo en Europa”; cfr. también en *El País*, 7 de julio de 2002, la extensa entrevista a Haider que realiza Hermann Tertsch. De todos modos es muy significativo que, tras las elecciones de noviembre de 2002 (en las que el Partido de Haider obtuvo un porcentaje de voto que descendió desde el 27% de 1999 hasta apenas el 10%), y tras tres meses de intensas negociaciones para formar Gobierno, el FPÖ continúa formando parte, con tres carteras, de un gabinete de coalición presidido por el democristiano Partido Popular (ÖVP).

cas públicas de inmigración. Proclamar derechos fundamentales equivale a pensar en lo que compartimos todos los individuos de la especie humana, y la propensión hacia lo universal solo puede traducirse en un lenguaje genérico de establecimiento incondicionado de valores y reconocimiento de iguales derechos para todos.⁸⁰

Muchos saludaron precisamente el caso de las sanciones como si, con el pretexto de ellas, se estuviera reafirmando en la Unión un “pacto constitucional sustancial” en materia de actitudes, el equivalente a un paso definitivo y sin vuelta atrás, desde la lógica “economicista” del mercado común hasta el mundo de la política y los valores comunes. Otros, por el contrario, solo vieron en las sanciones la expresión de una conducta política apresurada, insustancial y errática; se refirieron enseguida a ellas como “sanciones que se derrotarían por sí mismas” y pronosticaron las peores consecuencias para el futuro de Austria en la Unión y para la propia construcción de Europa.⁸¹ En realidad, uno y otro diagnóstico nos pueden resultar exagerados. En cambio, las cuestiones apuntadas en las recomendaciones del informe aciertan de lleno a la hora de poner sobre la mesa lo que el caso de Austria había planteado por vez primera a una organización *sui generis* como la Unión: dicho en la forma más simple, cómo controlar el cumplimiento de los valores y cómo promover líneas de conducta que hagan innecesario el recurso a mecanismos institucionales de sanción.

El informe, en efecto, “recomienda vivamente” desarrollar un mecanismo dentro de la Unión “para controlar y evaluar el compromiso y la acción concreta de los Estados miembros en relación con los valores europeos comunes”. Y para tal efecto,

⁸⁰ Desde una perspectiva específicamente europea, y entre una bibliografía abrumadora sobre la cuestión del universalismo-particularismo de los derechos y la conexión con la idea de ciudadanía, remito al trabajo de Facchi, Alexandra, *I diritti nella Europa multiculturale*, Bari, Laterza, 2001.

⁸¹ Un ejemplo del primer caso puede verse en el artículo de Faure, Michel, “Austria Europa. Muralla contra el extremismo”, publicado en *L’Express*, 10 de febrero de 2000; críticas parecidas a las apuntadas en el texto pueden verse en el trabajo de Shwayri, Raif, “Austriacized: The EU’s Self-defeating Sanctions”, disponible en <http://www.csis.org/pubs/prospectus/00summerShwayri.html>

postula introducir en el artículo 7 del TUE “procedimientos de prevención y de supervisión, de manera que se pudiera hacer frente desde el primer momento a una situación similar a la que actualmente atraviesa Austria” (apdo. 117). Además de este procedimiento de supervisión, se aboga por un “sistema de prevención dirigido a reaccionar a través de medidas de información y de educación contra todas las formas de discriminación directa o indirecta, o de xenofobia”, para lo cual, las instituciones comunitarias deberían establecer mecanismos institucionales, que pueden incluir “la creación de una oficina de derechos humanos en el Consejo que informe al Consejo Europeo; el nombramiento dentro de la Comisión Europea de un Comisario responsable de cuestiones relacionadas con los derechos humanos, y en particular, la ampliación de las actividades, del presupuesto y del estatus del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, que tiene su sede en Viena, de manera que pueda llegar a conformarse plenamente una Agencia de Derechos Humanos de la UE” (apdos. 118 y 119).

No faltan, como se ve, propuestas muy concretas, cuya simple enumeración deja entrever el erial que ha sido tradicionalmente la Unión en la materia sobre la que versa el informe. Este puede ser, sin duda, el punto de partida para introducirse en un ámbito de las políticas comunitarias en el que casi todo está por hacer. Por lo pronto, el informe ha arrojado su primer fruto cierto en el Tratado de Niza, con la reforma del artículo 7 del TUE. Ahora, siguiendo la sugerencia del informe, lo que se ha hecho es introducir un “mecanismo de alerta” cuando se da un “riesgo claro de violación grave de los principios”, lo que permite al Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros, previo asentimiento del Parlamento y tras haber escuchado al país afectado, “aplicarle las recomendaciones apropiadas”.⁸²

⁸² La reforma Niza se ha materializado con la adición de un primer párrafo al art. 7 TUE, que dice así: “A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento o de la Comisión, el Consejo por mayoría de cuatro quintos de sus miembros, y previo dictamen del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el Apartado 1º del artículo 6, y dirigirle recomendaciones adecuadas. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y, con

El caso de las sanciones a Austria será probablemente recordado como el hito a partir del cual la Unión Europea dejó para siempre atrás sus temores a desbordar un determinado ámbito de lo político y se sumergió de lleno en una actividad de defensa de los derechos humanos, *ad intra* y *ad extra*. Tal actitud renuente, tantas veces denunciada como paradójica e inconsecuente, podría estar entonando, a partir de la “proclamación” de la Carta, su canto del cisne.⁸³ Sea cual fuere el destino final de esta y sea cual sea el calificativo más apropiado para definir su actual naturaleza jurídica, lo que parece fuera de dudas es que el nacimiento de la Carta es ya un hecho que se nos aparece indisolublemente unido a cierta normalización de las políticas públicas comunitarias en el ámbito de la defensa y promoción de los derechos.

Está por ver lo que los actores políticos y los operadores jurídicos harán —haremos— finalmente del ordenamiento europeo de los derechos puesto en pie por la Carta. Pero me permito aventurar que el artículo II-114 del Tratado, con su expresiva fórmula de cierre, será leído como una exigencia, vinculante para las instituciones comunitarias y para los Estados miembros, de comprometerse activamente en una defensa *militante* de aquellos valores que el sistema de la Carta ha tenido el acierto de expresar en nuestra lengua común: la de los derechos *fundamentales* que, por serlo, nunca podrían destruirse sin arrastrar en su caída el edificio entero.

arreglo al mismo procedimiento, podrá solicitar a personalidades que presenten en un plazo razonable un informe sobre la situación en dicho Estado miembro”. En lo demás, el artículo se mantiene igual, salvo las modificaciones de numeración derivadas del nuevo párrafo. En el Proyecto de Tratado la “suspensión de los derechos de pertenencia a la Unión” está regulada en el art. 58 de la parte I.

⁸³ Las denuncias a que me refiero en el texto son, entre otras, las de Philip Alston y Joseph Weiler, sobre todo en su trabajo, “An «Ever Closer Union» in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights”, en Alston, Philip (ed.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

5. Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?

5.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La libertad de expresión se encuentra en una relación tan simbiótica con la democracia constitucional, que cualquier debate sobre su contenido o sobre la razón de ser de las limitaciones a la libertad de expresarse acaba por convertirse en una discusión sobre los fundamentos y la justificación de la democracia misma. Si procedemos por elevación, a igual resultado podemos llegar a propósito de cualesquiera de los derechos constitucionales, pero en el caso de la libertad de expresión parece como si el punto hasta el que estemos dispuestos a llegar en su defensa diera la medida de nuestra concepción de la democracia. Según sean nuestras propensiones más o menos *comunitaristas* o *liberales*, así tenderemos a contemplar los límites como más o menos legítimos, y según cuál sea el tipo de democracia que tengamos como modelo normativo, deseable o preferible, así apreciaremos como más o menos coherente con este el sistema de limitaciones que circundan la libertad de expresarse.

Claro que hablar de *modelos* de democracia o de *sistema* de limitaciones no deja de ser una licencia académica que sobrevuela, por así decir, la realidad de las cosas y que es de poca ayuda desde la perspectiva *solving problems* con la que inevitablemente tienen que depositar su mirada quienes deben asumir la responsabilidad

de trazar la barrera entre lo que cae de este lado o está más allá de lo protegido. En un contexto de derechos reconocidos a varios niveles y garantizados por instancias diversas, internas y supranacionales, los conflictos a propósito de la libertad de expresión están sin duda entre aquellos que presentan márgenes de indeterminación más amplios, con respuestas que a menudo resultan contradictorias en lo interno y entre las instancias internas y la supranacional. A la hora de enfrentarse al caso —el episodio concreto en el que la libertad de expresión ha resultado reprimida o castigada—, ciertos *pasos* del razonamiento jurisdiccional, como los que se refieren a la aplicación del test de proporcionalidad en sentido estricto, la revisión de la ponderación efectuada en instancias anteriores y —en el ámbito supranacional— la concurrencia de una acuciante necesidad social, o bien, la deferencia o falta de ella hacia el margen de decisión del Estado demandado, tienen un contenido difícilmente previsible y que a menudo suscita desacuerdos frontales en el seno del propio órgano sentenciador.

Hay varios factores que contribuyen a hacer de los conflictos en materia de libertad de expresión un vivero de *casos difíciles* y respuestas impredecibles. Ocurre, en primer lugar, que hay pocos derechos cuyo reconocimiento ha ido acompañado desde siempre de un elenco de limitaciones tan variado y consistente. Es una tradición que arranca de la Declaración francesa de 1789, con su llamada preventiva en contra del abuso¹ y sobrevive hasta hoy mismo en las declaraciones *internas* y en el derecho internacional de los derechos. Un óptimo ejemplo entre las primeras es el artículo 20.4 de la Constitución española. Decir que “estas libertades [las de expresión e información] tienen su límite en los derechos reconocidos en este Título [y] en los preceptos de las leyes que las desarrollan” (además de la llamada expresa que se hace a renglón seguido a la protección de la juventud de la infancia y a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por cierto sin que esté en absoluto claro cuál es *la juventud* a la que hay que proteger), puede sonar a pura retórica, ya que

¹ Art. 11: La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.

nada añade a cuanto se deduce de los artículos 9.1 (dimensión *relacional*) y 10.1 (dimensión *objetiva* de los derechos). Y pese a su tenor literal, tampoco parece que con su llamada a los preceptos que desarrollen las libertades del artículo esté caracterizándolas como *derechos de configuración legal*; nadie defiende que las libertades de expresión e información lo sean. Estamos, pues, ante una fórmula cuyos excesos limitadores la convierten en una fórmula multiuso o fórmula-*trampantojo* apta para justificar, en línea de principio, cualquier límite. Si fijamos la mirada en las declaraciones internacionales, la impresión que podemos extraer en cuanto a la anchura y el exceso de vaguedad de los límites de las libertades de expresión e información es muy parecida.²

Aunque podría parecer plausible defender que hay una relación directa entre la amplitud con la que se contemplan los límites y el margen de autonomía jurisprudencial para establecer los contenidos y precisar los límites de la libertad de expresión, una mirada al gran filón de tradición doctrinal y jurisprudencial que representa en esta materia el caso estadounidense mueve más bien a pensar que, con limitaciones expresas o sin ellas,³ la suerte

² Véase el art. 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto de los derechos y de la reputación de los demás. b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Por su parte, el art. 10.2 del Convenio Europeo de 1950 (CEDH) es llamativamente más prolijo: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas en la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”.

³ Como es sabido, la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense expresa una radical desconfianza en la capacidad del legislador para desarrollar las libertades de expresión y prensa —“El Congreso no aprobará ninguna ley que coarte las libertades de expresión y prensa”—, lo que no impidió que apenas un año después de la aprobación de la misma, Estados

de la libertad de expresión se nos aparece inextricablemente unida a ciertos *dicta* jurisprudenciales que han trascendido tiempos y espacios geográficos, convirtiéndose en una especie de vigas maestras del sistema de libertad de palabra. No es tanto el modo de reconocer o de limitar, dado que el influjo transnacional de esas elaboraciones jurisprudenciales ha acabado por configurar un sólido patrimonio jurídico que reconoce lo que significa la libertad de expresión para una sociedad democrática y la protege y ampara frente a la propensión a la censura o al anatema prohibitivo que a menudo tiene adeptos en extensos sectores sociales.

Los llamados “discursos de odio” son un magnífico campo de pruebas para captar el tono general de un concreto sistema —si es que puede hablarse así— de libertad de expresión y para evaluar el tipo de democracia en el que tal sistema se inserta. Lo son por varios motivos, pero quizá, más que ninguno, porque los conflictos que se suscitan a propósito de ellos implican de una manera directa y radical las convicciones que están en la base del sistema. Y lo hacen casi siempre sin referentes expresos en clave constitucional, lo que significa que las respuestas que se dan a propósito de ellos, por parte del legislador o del juez, son siempre respuestas tentativas, con un amplio margen de incertidumbre y una acusada dependencia de las circunstancias del caso.

Como se puede apreciar en los trabajos incluidos en este libro, las limitaciones y las prohibiciones en este ámbito son siempre esencialmente problemáticas, y un tanto contradictorias, con relación a lo que tenemos por fundamentos de la libertad de expresarse.⁴ Pero al mismo tiempo, si creemos, como no puede ser

Unidos dispusiera de una *Sedition Act* que castigaba la publicación de libelos maliciosos contra el presidente, en 1800.

⁴ Véanse las consideraciones que realiza al respecto Ronald Dworkin en su “Foreword” al libro editado por Hare, Ivan y Weinstein, James, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009. Dworkin hace allí una encendida defensa del libre flujo de las ideas y de las expresiones que puedan resultar molestas u odiosas para un sector de la población o para la mayoría, ya que “si intervenimos de antemano en el proceso a través del cual se forman las opiniones colectivas, entonces estaremos erosionando la única justificación democrática que nos permite fundamentar el deber de obedecer las leyes, incluso frente a quienes se sienten agredidos por ellas o las detestan”.

menos, en la capacidad de las palabras para producir efectos y eventualmente para causar daño, no menos contradictorio es hacer de la no interferencia y de la protección principios absolutos e inexorablemente unidos al reconocimiento constitucional de la libertad de palabra.⁵

La expresión “discursos de odio” está firmemente asentada en la literatura académica. Es una traducción literal del *hate speech* estadounidense, que no deberíamos aceptar sin ser conscientes de la incongruencia que supone regalar el término “discurso” a expresiones que en la mayoría de los casos no traslucen sino los prejuicios irracionales y los deseos de injuriar de quien los profiere.⁶ Acaso sería mejor hablar de expresiones insultantes, discriminatorias o contrarias a la dignidad, pero el problema de llamarlas así es que estaríamos adoptando de manera un tanto inconsciente un punto de vista conectado a la comisión de ilícitos de carácter penal, que absorbería la proyección específicamente constitucional del problema.⁷ Emitir opiniones es una cosa y cometer delitos, o instigar a cometerlos, es otra. Se nos podrá decir que si es lo segundo —o lo tercero—, entonces la cuestión ya no será una de límites de la libertad de expresión, sino llanamente

⁵ Para destacar esa característica productora de efectos de ciertas palabras o expresiones, la filosofía del lenguaje habla (en la traducción española de la obra de Austin, John Langshaw, *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós, 1998) de “actos ilocucionarios” o “expresiones realizativas”. Véase también Searle, John, *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 2001. Con referencia específica a los discursos de odio y bajo la estela del célebre *harm principle* de Mill, Jeremy Waldron ha escrito recientemente en contra de los excesos “liberales” en la interpretación de la Primera Enmienda, y a favor de la legitimidad de la restricción de ciertos discursos por su capacidad de dañar, *The Harm in Hate Speech*, Nueva York, Harvard University Press, 2012.

⁶ Véase, en este sentido, las consideraciones que realiza Vives Antón, Tomás Salvador, “Sobre la apología del terrorismo como «discurso» del odio”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2015.

⁷ Sobre el discurso racista, Fernando Rey critica, creo que acertadamente, la propensión a tratar los problemas del discurso de odio como problemas de naturaleza jurídico-penal, en lugar de hacerlo desde las categorías del derecho antidiscriminatorio. Rey Martínez, Fernando, “Discurso del odio y racismo líquido”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y..., cit.*

de encaje o desbordamiento de las concepciones constitucionales reflejadas en la definición del derecho, pero eso no deja de ser un modo de eludir los problemas de fondo, esto es, el hecho consumado de un sistema que entroniza en abstracto la libertad de expresión para castigarla, por razón de su contenido, en ciertos casos concretos.⁸

5.2. LA DEMOCRACIA TOLERANTE (AL ESTILO ESTADOUNIDENSE)

La cuestión de si los discursos de odio están o no amparados por la libertad de expresión no plantea un problema de restricciones de la expresión relacionadas con lo que la doctrina y la jurisprudencia estadounidenses suelen llamar limitaciones por razón de tiempo, modo o lugar, sino de prohibiciones que afectan de lleno al contenido mismo de lo que se expresa. Con base en esta tajante diferenciación, la jurisprudencia estadounidense sobre la Primera Enmienda ha sido tradicionalmente una fuente de reconocimiento del derecho irrestricto a decir cualquier cosa, siempre que el discurso en cuestión no esté afectado por *limitaciones neutrales*, esto es, adoptadas de antemano, en abstracto, y tomando en consideración elementos del proceso comunicativo diferentes al contenido en concreto de un determinado discurso, o bien, que suponga una incitación constatable y directa a la comisión

⁸ Sobre la doble funcionalidad, defensiva y ofensiva, de ciertos derechos que el Estado constitucional contempla al mismo tiempo como “derechos que protegen” y como “derechos de cuyo ejercicio hay que protegerse”, véase el trabajo de Tulkens, Françoise, “The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights”, en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 9, 2011, pp. 577 y ss. La libertad de expresión es un ejemplo paradigmático, aunque en el trabajo se aboga por extremar en este ámbito la aplicación del principio de la intervención penal mínima. El TEDH, en el caso *Cumpănã y Mazãre vs. Rumania* (FJ. 115) destaca al respecto que “aunque sentenciar es tarea que corresponde en principio al juez nacional, el tribunal considera que las condenas a pena de prisión como consecuencia de ofensas infligidas a través de la prensa solo son compatibles con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales, y notablemente cuando se haya producido una grave vulneración de otros derechos, como ocurre en el caso del discurso de odio o en el de la incitación a la violencia” (cursivas añadidas).

de un delito.⁹ El más importante legado de esa jurisprudencia, no ya en materia de discursos de odio, sino en lo que se refiere al lugar de la libertad de expresión en el Estado constitucional, tiene que ver con el compromiso de sostener la libertad, incluso en circunstancias excepcionales, un compromiso que tiende a vincularse con la práctica de la virtud de tolerancia en el marco de un fluir libre y *comunicativo* de las opiniones y de las ideas.

Es una tradición que se remonta a los tiempos de la Primera Guerra Mundial, cuando el presidente Wilson creó un Comité sobre Información Pública y convenció al Congreso de la necesidad de aprobar una Ley de Espionaje. En la misma línea que la Ley contra la Sedición que en su día promoviera el presidente Adams, Wilson pretendía convencer a la opinión pública de que en tiempos de guerra la lealtad al gobierno es algo mucho más valioso que el hábito de la crítica y la disidencia política; una idea que no va a abandonar el devenir del constitucionalismo en Estados Unidos durante las siguientes décadas hasta llegar a su punto culminante al hilo de la implicación estadounidense en Vietnam.¹⁰

La Ley de Espionaje contenía normas punitivas, con penas de hasta 20 años de prisión, dirigidas contra la difusión consciente de mensajes capaces de perturbar el éxito de las operaciones militares o de favorecer los designios del enemigo, y fue reformada en 1918 para ampliar y endurecer aún más los tipos punitivos (utilización de lenguaje que injurie o deshonre al régimen de gobierno de Estados Unidos, sus Fuerzas Armadas, la bandera o el uniforme del Ejército o de la Marina, o bien, que se dirija contra la producción del material bélico necesario para la continuación de la guerra). Era una normativa nacida con pretensiones de intemporalidad, esto es, para ser aplicada siempre que Estados Unidos se hallase en guerra, pero en realidad apenas estuvo en vigor cuatro años: en 1921 fue derogada por el Congreso. Durante sus cuatro años de vigencia, la Ley de Espionaje fue utili-

⁹ Sobre este aspecto de la doctrina jurisprudencial estadounidense referida a la Primera Enmienda, véase la contribución de Rodríguez-Izquierdo, Miryam, “El discurso del odio a través de Internet”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y... cit.*

¹⁰ Véase, en general, Stone, Geoffrey, *Perilous Times: Free Speech in Wartime from the Sedition Act to the War on Terrorism*, Nueva York, Norton, 2004.

zada reiteradamente para acallar las voces que se pronunciaban en contra de la guerra o cuestionaban su razón de ser. Y de los conflictos jurídicos provocados a raíz de ello arranca, como decimos, la jurisprudencia que sienta las bases de lo que hoy consideramos como el sistema de libertad de expresión consustancial a cualquier sociedad inspirada en los ideales del autogobierno democrático.

Schenk, Debs y Abrams son tres de las personas que resultaron condenadas por la aplicación de la Ley de Espionaje. Y son también, con el gobierno de Estados Unidos como parte demandada, los nombres de una trilogía capital de casos resueltos en los años 1919 y 1920 por la Corte Suprema. En *Schenk vs. Estados Unidos*;¹¹ la Corte se ocupa del caso del entonces secretario general del Partido Socialista, condenado por la distribución de unos miles de panfletos en los que se llamaba a los jóvenes en edad militar a “no ceder a la intimidación” y reivindicar su derecho a objetar la razón misma de ser de la guerra. La Corte, en una sentencia unánime, mantiene la condena, pero lo curioso es que lo hace con un argumento central, expuesto por el juez Holmes, que va a servirle a este poco después para rectificar su punto de vista y convertirle quizá en el jurista *campeón* de la causa de la libertad de expresión.

En *Schenk*, el argumento es el de la *bad tendency*, la errónea o indebida propensión de un discurso para crear un estado de cosas capaz de hacer inútiles, o poner en riesgo, los objetivos que el gobierno puede legítimamente perseguir; una tesis que, tomada al pie de la letra, no parece estar comprometida precisamente con el valor del pluralismo, la disidencia y ni siquiera el debate libre. Holmes se vale de ella porque considera que lo que puede ser legítimo “en circunstancias normales” no vale cuando lo que está en juego es el resultado mismo de los esfuerzos y sacrificios del Congreso a propósito de la guerra.¹²

¹¹ Corte Suprema de Estados Unidos, *Schenk vs. United States*, 249 U.S. 47, 1919.

¹² “Words can be weapons [escribe Holmes, en el célebre pasaje en el que se pronuncia por lo inadmisibles de gritar (en falso) ¡fuego! en un teatro atestado de gente]. We admit that in many places and in ordinary times the defendants in saying all that was said in the circular would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends

El test de la “propensión indebida” (*bad tendency*) del discurso público, susceptible de causar un “mal importante” (*substantive evil*) en un futuro incierto pero vinculado a las circunstancias excepcionales del momento, le sirve también a la Corte para confirmar la condena de Eugene Debs, esta vez por las palabras en favor del socialismo (*socialism is the answer*) pronunciadas un año antes en el transcurso de un mitin ante más de mil personas.¹³

Sin embargo, en *Abrams vs. Estados Unidos*, fallado en 1920, Holmes, junto con Brandeis, firman un voto disidente en que el argumento de la *bad tendency* va a bascular hacia el test del *clear and present danger*, esto es, la reivindicación de la necesidad de traspasar los márgenes del razonamiento abstracto y potencial, para embarcarse en argumentos sobre la capacidad del discurso para provocar daños concretos y “consecuenciales”.¹⁴ En el caso en examen, los dos magistrados disidentes no aprecian tal capacidad en los panfletos distribuidos por Abrams y otros adeptos de la causa anarquista en contra del envío de tropas “en defensa de la Rusia zarista”. Es allí donde el voto disidente conjunto de los jueces Holmes y Brandeis articula una defensa de la libertad de expresión basada en la capacidad del discurso para competir en el “libre mercado de las ideas”, sede, dirán Holmes y Brandeis, en la que la “prueba mejor del acierto de tales ideas es su capacidad para ser aceptadas”.¹⁵ Lo interesante de esta metáfo-

on the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in theatre and causing panic [...].

¹³ Hay que tener en cuenta que Eugene Debs era un personaje público muy conocido, llegó a ser candidato a la presidencia por el Partido Socialista y a obtener, en las presidenciales de 1912, más de un millón de votos. La Corte Suprema, en *Debs*, insiste en la misma *ratio decidendi* ya empleada en el caso *Schenk*; conecta el discurso de los recurrentes, favorable al socialismo y opuesto a la guerra, con una voluntad de boicotear el reclutamiento de jóvenes (“one purpose of the speech [...] was to oppose not only war in general but this war, and that opposition was so expressed that its natural and intended effect would be to obstruct recruiting [...]). Corte Suprema de Estados Unidos, *Debs vs. United States*, 249 U.S. 211, 1919, pp. 214-215.

¹⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 1920.

¹⁵ *Ibidem*, p. 620.

ra, puesta en circulación cuando el armisticio era ya una realidad, es el énfasis que se pone en el valor de la libertad de expresión considerado en sí mismo y al margen de las consecuencias que pueda acarrear.

A partir de los tres casos citados (a los que cabría añadir quizá un cuarto resuelto por la Corte Suprema también en 1919, *Frohwerk vs. Estados Unidos*) la libertad protegida por la Primera Enmienda ganó en sofisticación desde el punto de vista jurídico. Los jueces no podían ya contentarse con esgrimir la idea del peligro potencial y abstracto, sino que se vieron empujados a discutir las opiniones de Holmes sobre el valor intrínseco del compromiso con la libertad de expresarse y sobre el test de la obtención de la verdad a partir del mercado, aplicando, en consecuencia el criterio del peligro claro actual de manera más cauta y *racionalizada*.

La retórica sobre el comunismo como el imperio del mal —propia de los tiempos de la Guerra Fría— tuvo, entre otras muchas consecuencias, la de alterar las reglas sobre aportación de pruebas ante los tribunales dirigidas a demostrar el tránsito desde el peligro abstracto y potencial hasta la producción de daños constatables y concretos. Esto se aprecia muy bien a raíz de los problemas constitucionales suscitados en Estados Unidos a propósito de la aplicación, en 1948, de la conocida como *Smith Act*, un estatuto que tipificó como delito los intentos de derrocar el Gobierno usando la fuerza.

En *Dennis vs. Estados Unidos*, fallado en 1951, la Corte Suprema confirmó la condena por conspiración de Eugene Dennis, secretario general del Partido Comunista de Estados Unidos. La Corte respaldó la fórmula utilizada en alguna de las instancias previas por el juez Hand, de conformidad con la cual los tribunales “deberían preguntarse siempre hasta qué punto la gravedad del mal justificaba coartar la libertad de expresión hasta lo necesario para evitar que aquel llegara a producirse, pero solo tras haber considerado si la producción de los efectos dañinos es plausible”.¹⁶ En un momento en el que Stalin (y McCarthy) aún

¹⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, *Dennis vs. United States*, 341 U.S. 494, 1951. La frase aparece en p. 510 de la decisión, y ha sido objeto de una traducción bastante libre, que quizá traiciona el sentido del original (“[...]

vivían, y la Guerra de Corea era una realidad en marcha, se ve que los magistrados sí consideraron plausible el derrocamiento del gobierno.

Seis años después, el caso *Yates vs. Estados Unidos*, con el juez Harlan como ponente, muestra ya una actitud de la Corte Suprema mucho más exigente con respecto a la necesidad de demostrar la probabilidad del daño.¹⁷ Y desde ahí, a partir de esa jurisprudencia *de combate*, propia de los tiempos oscuros de la posguerra, el cambio de rumbo y el “gran salto” en materia de protección de la libertad de expresar y difundir ideas políticas se producirá algo más de una década después, con el caso *Brandenburg vs. Ohio*, de 1969, donde la Corte se inclina resueltamente por la tesis de que las llamadas a la insurrección o a la desobediencia caen de lleno en el ámbito de protección de la Primera Enmienda, salvo si van acompañadas de una incitación a la acción inmediata, directa e inminente.¹⁸

Previamente, en 1964, un célebre *dictum* del caso *New York Times Co. vs. Sullivan* había situado la libertad de expresión cuando se ejerce en materia de crítica política en un lugar en el que las restricciones tienen poca cabida. Me refiero a aquel pasaje de la sentencia en el que la Corte Suprema de Estados Unidos afirma contemplar el caso “con el trasfondo del arraigado compromiso nacional en favor del principio de que la discusión sobre los asuntos públicos ha de ser desinhibida, consistente y amplia, de tal manera que la misma bien puede conllevar críticas vehementes o cáusticas, así como ataques incisivos que resulten poco gratos para el Gobierno o para quienes desempeñan cargos públicos”.¹⁹

courts must ask whether the gravity of the evil, discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger”). La clave está en el participio *discounted*.

¹⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, *Yates vs. United States*, 354 U.S. 298, 1957.

¹⁸ Corte Suprema de Estados Unidos, *Brandenburg vs. Ohio*, 395 U.S. 444, 1969.

¹⁹ Corte Suprema de Estados Unidos, *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U.S., 1964, 254, 270; sobre la historia del caso puede verse la monografía de Lewis, Anthony, *Make no Law. The Sullivan Case and the First Amendment*, Nueva York, Random House, 1991.

Se trata de una afirmación que ha sido acogida y repetida hasta la saciedad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), pero aquí con el añadido de que el “pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras”, sin las cuales no hay sociedad democrática, exigen dar cobertura a las “ideas” o “informaciones” contempladas como inofensivas o indiferentes, pero también a aquellas otras “capaces de ofender, sacudir o molestar al Estado o a un sector de la población”.²⁰

5.3. LA DEMOCRACIA INTRANSIGENTE (AL ESTILO EUROPEO)

Uno de los contrastes más intrigantes entre la jurisprudencia estadounidense y la europea en materia de libertad de expresión es la que se produce precisamente en el ámbito del “discurso de odio”. Decisiones como la que autorizó una manifestación de nazis en un distrito habitado mayoritariamente por judíos o la que declaró contrario a la Primera Enmienda un estatuto que penalizaba la quema de cruces con espíritu racista y ánimo intimidatorio resultan llamativas no ya desde los estándares nacionales europeos, sino desde los recogidos por el derecho internacional.²¹

²⁰ Cfr., por ejemplo, el párr. 65 de la sentencia del TEDH *Handyside vs. Reino Unido*, en *European Human Rights Reports*, núm. 1, 1979, 737, que creo que es la primera de una larguísima saga que realiza esas afirmaciones. En el caso del TC español, puede verse, por ejemplo, la sentencia 174/2006, FJ. 4: “[...] la libertad de expresión comprende a libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”.

²¹ Me refiero, especialmente, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 20.2) y al Convenio para la Eliminación de la Discriminación Racial, cuyo art. 4 establece obligaciones bien precisas para los Estados, en materia de lucha contra la propaganda de ideas racistas. Uno y otro artículo de tales textos internacionales fueron objeto de sendas reservas en el momento de la ratificación por Estados Unidos, dirigidas a desvincularse de cualquier obligación “[...] que pudiera infringir el derecho constitucional a la libertad de expresión”. La decisión conocida como la de los “nazis en Skokie” es *Collin vs. Smith*, 578 F.2d. 1197, 7th. Cir. 1978; la de la quema de cruces como manifestación de hostilidad contra los negros, es *R.A.V.*

Una posible explicación de tal discordancia es la que se centra en la persistencia de los sentimientos asociados a la tragedia europea del siglo xx y a la conexión de la misma con las políticas de odio racial que los nazis planificaron y difundieron *in crescendo* hasta desembocar en la *solución final*. Sin el lastre tan cercano de esa memoria, y a la luz del compromiso con la convivencia civilizada de comunidades racial y culturalmente diversas, Estados Unidos habría podido entregarse a la causa de la “neutralidad regulativa en el espacio público”, pues en las intervenciones que se producen en él bien puede ocurrir (como afirmó la Corte en 1940, en un célebre *dictum* del caso *Cantbell vs. Connecticut*) que “lo que resulta vulgar para unos, resulte para otros una expresión de lirismo”.

Además, se dice, ciertas culturas del honor que están muy presentes en Europa nunca han existido en Estados Unidos. Esta tesis se sostiene en un extenso estudio comparativo sobre las implicaciones de la —llamada por el autor— “ley de la civilidad” en Alemania y Francia, por un lado, y en Estados Unidos, por el otro.²² Mientras que en los dos primeros casos, ciertas “gramáticas del honor”, asociadas a la emulación de la antigua cultura aristocrática del duelo, habrían desembocado en rígidas “normas” (sociales y jurídicas) dirigidas a salvaguardar la consideración y el respeto en las relaciones interpersonales, en Estados Unidos el proceso de igualación “por abajo” habría situado el valor de la llaneza por encima de las exigencias de la consideración y de la etiqueta. Aunque ese apretado resumen traiciona un poco las sugestivas tesis del autor, lo que nos interesa destacar es que la herencia europea de la cultura del honor produce una ley del insulto que actúa como

vs. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 1992, a la que puede añadirse, en idéntico sentido, una de 2003: *Virginia vs. Black*. Véanse, entre otros muchos, Bollinger, Lee, *The Tolerant Society*, Nueva York, Oxford University Press, 1986, Rosenfeld, Michael, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, en *Cardozo Law Review*, vol. 24, núm. 4, 2003, pp. 1523 y ss.; Douglas-Scott, Sionaidh, “The Hatredfulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches”, en *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 7, núm. 2, 1999, pp. 305 y ss.

²² Whitman, James Q., “Enforcing Civility and Respect: Three Societies”, en *The Yale Law Journal*, vol. 109, núm. 6, 2000, pp. 1279 y ss.; y también, del mismo autor, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, en *Yale Law Journal*, núm. 113, 2004, pp. 1151 y ss.

límite de la expresión, algo que desde luego cuadra perfectamente con la opinión del Tribunal Constitucional español y su insistencia en que la Constitución no ampara el derecho al insulto.²³

Robert Post, que en nombre de la autodeterminación individual y del carácter esencial que esta tiene en términos de legitimidad de la democracia es uno de los más destacados defensores de la desregulación del discurso de odio, ha ahondado recientemente en el contraste entre Estados Unidos y Europa, para llegar a la conclusión —al hilo de las tesis de Whitman que acabamos de citar— de que los procesos de afirmación de la legitimidad democrática y de la propia identidad como sociedad política organizada difieren en ambos lados del Atlántico, lo cual sitúa en perspectiva distinta la razón de ser y la importancia de ese tipo de prohibiciones.²⁴

Cabe preguntarse, sin embargo, hasta qué punto los atentados del 11 de septiembre, y de los imperativos de lo que llaman en Estados Unidos la guerra contra el terrorismo, no habrán afectado ya a cierto entendimiento del valor de la libertad, empujando la balanza del lado de la seguridad y de la intransigencia, al menos en cierto ámbito del tipo de discurso que puede ser considerado como de odio.²⁵ Cuesta concebir que hoy fuera posible una jurisprudencia como la de los nazis en *Skokie* aplicada a islamistas partidarios de la *yihad* que intentaran manifestarse por la calles de Manhattan. Solo imaginarlo suena a un monumental despropósito, porque las circunstancias han variado y Estados Unidos tiene en aquellos atentados un dramático legado que empuja a

²³ Véase, por todas, el FJ. 8 de la STC 105/90 (caso *José María García*).

²⁴ Post, Robert, “Hate Speech”, en Hare, Ivan y Weinstein, James, *Extreme Speech and Democracy*, ...*cit.*, pp. 123 y ss.

²⁵ En relación con tales efectos del 11 de septiembre sobre el modo de concebir el valor de la libertad individual en el imaginario colectivo estadounidense, véase el ensayo de D. Chalmers, “Constitutional Reason in an Age of Terror”, disponible en el sitio web de la *Hauser Global Law School*. Y sobre el contraste Estados Unidos-Europa en el modo de plantar cara al terrorismo, véase también mi trabajo “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: sobre *nobles sueños* y *pesadillas* en la lucha contra el terrorismo”, recogido ahora en Revenga, Miguel, *Derechos fundamentales y constitucionalismo*, México, Porrúa, 2014, pp. 255 y ss.

tratar las actividades y las expresiones que pudieran ser vistas como justificadoras del terrorismo o “colaboracionistas” con él como discursos de odio de carácter absoluto, esto es, no susceptibles de ser sometidos a los balances y a los test jurisprudenciales que han operado en otros ámbitos de este tipo de discurso para favorecer la tolerancia.

Una buena muestra de ello puede encontrarse en el caso fallado por la Corte Suprema en 2010, *Holder vs. Humanitarian Law Project*. Por seis votos contra tres (el de Breyer, a cuya disidencia se adhirieron las magistradas Ginsburg y Sotomayor), la Corte consideró que la actividad de la asociación demandante podía ser contemplada como un apoyo a sendos grupos etiquetados legalmente como terroristas (el Partido de los Trabajadores del Kurdistán y los Tigres Tameses) y, por consiguiente, encuadrable en las prohibiciones contempladas por la ley, en concreto la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, de 1996, reformada en 2002.²⁶ En dicha ley se entiende por apoyo sustantivo (*material support*) a un grupo terrorista extranjero, entre otras cosas y a título de ejemplo, cualquier forma de expresión susceptible de traducirse en asesoría experta o en adiestramiento.

Para la mayoría, que no encontró en ello tacha de inconstitucionalidad por indeterminación o vaguedad del enunciado, la prohibición viene a ser una prohibición de carácter neutral que no debe, por tanto, ser sometida a formas exigentes de control, en la medida en que regula un tipo de expresión que no se realiza frente a una audiencia indeterminada, sino conectada con un grupo extranjero que ha sido etiquetado como terrorista y con potenciales graves repercusiones sobre la política exterior y la seguridad nacional de Estados Unidos.²⁷ Se trata de la primera gran decisión de la Corte tras el 11 de septiembre que afecta de lleno a la libertad de expresión en un tipo de discurso —y en ejer-

²⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, *Holder vs. Humanitarian Law Project*, 130 U.S. S Ct, 2705, 2010.

²⁷ “La ley [escribe el presidente Roberts en nombre de la mayoría] ha sido redactada de manera cuidadosa y con la vista puesta en un tipo muy específico de expresión, aquella que se produce bajo los auspicios de un grupo terrorista o de manera coordinada con él, y a sabiendas de que se trata de un grupo terrorista.”

cicio de una libertad asociativa— que la ley repudia en términos absolutos por las características de su destinatario; algo que no casa precisamente con la línea sostenida, desde el caso *Brandenburg*, en cuanto a la protección constitucional de la libertad de expresión, siempre que no suponga una llamada a cometer delitos susceptibles de materializarse de manera inmediata.

La conexión entre palabra y resultado se realiza ahora en términos tan abstractos y sobre la base de una petición de principio de carácter tan dogmático, que un tipo de discurso que preconice, por ejemplo, la paz o el respeto de los derechos humanos y lleve aparejado, con el fin de defenderlos ante quien corresponda, asesoramiento a partidos o grupos etiquetados como terroristas, deja de ser tratado como discurso político y pasa a ser considerado como “apoyo sustantivo” prohibido, con o sin materialización en consecuencias concretas.

En nombre de las exigencias de la seguridad, la tradicional tolerancia estadounidense en materia de libertad de expresión podría estar cediendo espacio a un ámbito en el que la que despliega sus efectos es más bien la regla inversa: la de la intransigencia —o la de la tolerancia cero, como suele decirse en una expresión que ha hecho fortuna— frente al tipo de discurso de odio que pueda considerarse como un impedimento en la guerra contra el terrorismo.²⁸

Asimismo, a propósito de los atentados del 11 de septiembre, un llamativo ejemplo de actitud intransigente lo encontramos en la sentencia del caso *Leroy vs. Francia*, resuelto por el TEDH

²⁸ En sentido muy crítico, y denunciando el giro radical que puede suponer esta decisión con respecto a las líneas maestras de la doctrina jurisprudencial estadounidense sobre la Primera Enmienda, se pronuncia Cole, David, “The First Amendment’ Borders: The Place of *Holder vs. Humanitarian Law Project* in First Amendment Doctrine”, en *Harvard Law and Policy Review*, núm. 6, 2012, pp. 147 y ss. El “giro” de la Corte Suprema estadounidense en materia de discurso relacionado con el terrorismo, comparando la aproximación europea —más centrada en la incitación— a la estadounidense —más centrada en la dimensión colaborativa—, es el objeto del interesante trabajo de Barak-Erez, D. y Scharia, D., “Freedom of Speech, Support for Terrorism and the Challenge of Global Constitutional Law”, en *Harvard National Security Journal*, núm. 2, 2011, pp. 1 y ss.

en 2008. Se trata del caso de la viñeta publicada en el semanario vasco *Ekaitza*, dos días después de los atentados, en la que un dibujo de las torres desplomándose va acompañado de la leyenda “todos lo hemos soñado alguna vez; Hamás, lo hizo”. El autor de la viñeta fue condenado en Francia al pago de una multa como autor de un delito de apología del terrorismo, y el TEDH no encuentra en ello vulneración del artículo 10 del Convenio.²⁹

El argumento central es el carácter profundamente dañino del mensaje para la memoria de las víctimas y su dignidad y, solo de manera secundaria, el de los efectos potenciales que una mirada semejante sobre lo ocurrido el 11 de septiembre pudiera tener como justificación o como incentivo para el recurso a la violencia terrorista en una región como el País Vasco. El propio Tribunal trae a colación en su sentencia el Convenio Europeo de 2005 sobre prevención del terrorismo, en el que se insta a los Estados a perseguir la provocación pública para cometer actos terroristas, conforme a la definición de la misma que recogen los artículos 5 a 7, a los que se añade la particularidad (art. 8) de que la comisión del ilícito es independiente de la efectiva realización del acto terrorista.

El establecimiento de ámbitos de “tolerancia cero” (por continuar utilizando el tópico) es algo que, en el marco del sistema europeo de protección de los derechos, se ha visto realizado espectacularmente a raíz del “descubrimiento” de la cláusula de prohibición del abuso de derecho que recoge el artículo 17 del Convenio (y el 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).³⁰ Utilizado en el razonamiento del Tribunal de manera aislada, o en conjunción con los otros artículos *sustantivos* del Convenio,³¹ la idea de que estos nunca pueden invocarse para amparar actividades que tiendan a la destrucción del propio sistema de los derechos es el expediente que sirve para

²⁹ TEDH, *Leroy vs. Francia*, demanda 36109/03, sentencia de 2 de octubre de 2008.

³⁰ Me he ocupado de ello en mi monografía *La Europa de los derechos, entre tolerancia e intransigencia*, Madrid, Difusión Jurídica, 2008.

³¹ Véase, en este sentido, y a propósito de la negación del Holocausto, la tipología que realiza Bustos Gisbert, Rafael, “Libertad de expresión y discurso negacionista”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y...*, cit.

trazar los confines de aquello que es repudiado frontalmente y que relaja, por así decir, la necesidad de evaluar el caso a la luz de los parámetros que se utilizan habitualmente para enjuiciar si la injerencia nacional en el derecho invocado se ajusta o no a las exigencias del Convenio.

Esto es especialmente patente en los tipos de discursos de odio que se traducen en una negación del Holocausto,³² en apología de —o contemporización con— la violencia terrorista,³³ así como con los que transmiten mensajes de contenido xenófobo o abiertamente racista.³⁴ En contraste, el Tribunal ha sido mucho más renuente a entrar en el fondo de aquellas limitaciones de la libertad de expresión relacionadas con la ofensa a los sentimientos religiosos, un ámbito en el que ha preferido parapetarse tras el margen de apreciación nacional y la —presunta— mejor posición de los Estados para decidir. El inconveniente de esa actitud escapista es que el TEDH se nos aparece como un “buey mudo”, con escaso aporte a la decantación de las tradiciones constitucionales en este terreno y absolutamente prescindible como posible artífice de una posición común europea ante cuestiones como la de las caricaturas de Mahoma.³⁵

³² La decisión de referencia puede ser *Leideux e Isorni vs. Francia*; véase la contribución de Bustos, Rafael, *idem*.

³³ Véase, por todas, la sentencia del TEDH, de 12 de junio de 2012, en el caso *Hitz Ut-Tahrir y otros vs. Alemania*, demanda 31098/08. Se enjuiciaba la prohibición de la asociación demandante por difundir —a través de una revista llamada *Explizit*— una ideología partidaria de la *yihad* y por negar el derecho de Israel a existir como Estado independiente. El Tribunal (FJ. 72) reproduce las líneas maestras de su jurisprudencia sobre el art. 17 del Convenio, para concluir (FJ. 74) que la demandante estaría “intentando desvirtuar los verdaderos objetivos de un artículo como el 11 del Convenio, utilizándolo de manera espuria para fines que son claramente contrarios a los valores subyacentes al mismo, y notablemente el del compromiso con una arreglo pacífico de los desacuerdos internacionales y la santidad de la vida humana”.

³⁴ De manera llamativa, por cuanto se trata del ejercicio de la libertad de expresión por parte de un candidato a diputado *Féret vs. Bélgica*; véase el trabajo de Fernando Rey.

³⁵ Véase el trabajo de Vázquez, Víctor, “Libertad de expresión y religión en la cultura liberal: de la moralidad cristiana al miedo postsecular”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y...*, *cit.*, donde, a propósito de las cari-

5.4. ¿DEMOCRACIA MILITANTE?

Es ya un lugar común tomar esa deriva de la jurisprudencia del órgano jurisdiccional más importante para la decantación del sistema europeo de los derechos fundamentales como una muestra del carácter *militante* del Convenio y, por reflejo, de las democracias sometidas a su jurisdicción. Detrás de la expresión “democracia militante” hay, me parece, un profundo malentendido. Si lo que se quiere decir es que se trata de democracias que defienden sus valores fundamentales frente a quienes no los comparten, parece obvio que todas las democracias lo son. No existen democracias puramente “de procedimientos”, pues todas tienen un sustrato ideológico, con mayor o menor reflejo en el texto constitucional, y todas actúan de conformidad con un compromiso institucional en el que sería inconcebible un desentendimiento a ultranza ante los procesos educativos y comunicativos de sus ciudadanos.

La cuestión es entonces hasta qué punto se está dispuesto a llegar para plantar cara a los enemigos del sistema. Pero también en esto resulta evidente que no hay sistema democrático que no se defienda llevando a la legislación penal actos y conductas que se dirijan contra —o pongan en grave peligro— el propio funcionamiento normalizado del sistema, de conformidad con las señas de identidad que lo caracterizan.

Lo que sorprende entonces es la persistencia de un tópico de linaje puramente doctrinal como el de la democracia militante, una etiqueta confusa y hasta contradictoria que no ha dejado de atraer la atención de la ciencia política y del derecho constitucional desde la publicación, en 1937, del par de trabajos de Loewenstein sobre la defensa de la democracia frente al acoso del totalitarismo, en cuyo título utilizó el rótulo. La democracia militante quedó así indisolublemente unida al problema de la destrucción de la democracia, originando una propensión a padecer lo que en otro lugar he llamado el “síndrome de Weimar”,

caturas, destaca la actitud contradictoria de Europa a la hora de afrontar el desafío de la pluralidad. Una visión “ortodoxa” del asunto desde la óptica abstencionista estadounidense en Post, Robert, “Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad”, en *Constellations*, 2007, pp. 72 y ss.

esto es, la tendencia a rodear de emotividad y cierto dramatismo la cuestión de la defensa del sistema democrático, además de (en el terreno jurídico formal) la de valorar hasta la exageración, como un dato concluyente, la existencia de cláusulas constitucionales inasequibles a la reforma.³⁶

Cuando ha sido pertinente, el Tribunal Constitucional ha sido especialmente proclive a deslizar en su jurisprudencia la idea de un supuesto *agnosticismo constitucional*, que se vería reflejado en la posibilidad de alcanzar cualquier resultado, siempre que se utilicen los cauces previstos para la reforma, así como en el hecho de que la Constitución no exige de nadie, como sí ocurre en el modelo alemán de *democracia militante*, una adhesión positiva a los postulados constitucionales, sino simplemente el compromiso de no vulnerarlos.³⁷ Expresándolo de manera más descarnada, parece como si el Tribunal viniera a decir que la Constitución

³⁶ Revenga, Miguel, “La defensa de la democracia y el *síndrome de Weimar*: crítica de algunas inconsistencias de la jurisprudencia constitucional española”, en Ríos, Luis Efrén (ed.), *Tópicos electorales. Un diálogo entre América y Europa*, Madrid, CEPC, 2011, pp. 679 y ss.

³⁷ Un ejemplo de una saga que comenzó bastante antes del “giro militante” plasmado en la Ley de Partidos de 2002 puede verse en el FJ. 4.c de la STC 42/2014 (caso impugnación de la resolución del Parlamento de Cataluña sobre declaración de soberanía y derecho a decidir): “[...] la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, “[...] un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución” (STC 48/2003, FJ. 7; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ. 17; 235/2007, FJ. 4; 12/2008, FJ. 6, y 31/2009, de 29 de enero, FJ. 13). Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en el ordenamiento constitucional español cuantas ideas quieran defenderse y que “no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional” (entre otras, STC 31/2009, FJ. 13). “El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en [dicho] ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (STC 103/2008, FJ. 4)”.

sitúa en pie de igualdad a todas las ideas —todas igualmente respetables— y está, por consiguiente, dispuesta a incorporarlas sin más requisito que el acatamiento riguroso de los cauces previstos al efecto. Un punto de vista semejante no casa con los compromisos que España tiene asumidos como consecuencia de su pertenencia a la Unión Europea, cuyos fundamentos valorativos son los que son, y se pretende *performativamente* que sean de una sociedad “caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” (art. 2 del Tratado de la Unión).

Cómo cuadrar el círculo de la compatibilidad entre fundamentos más o menos definidos o “cerrados” y fundamentos manifiestamente “abiertos” (pluralismo, tolerancia), esto es, con márgenes elásticos e indeterminados, pero no carentes de ellos, es lo que hace del tópico de la democracia capaz de defenderse una cuestión cuyo interés y cuya relevancia práctica se acrecientan como consecuencia de las tensiones consustanciales al modo de ser de la democracia constitucional en el siglo XXI. En sociedades tensionadas por el fenómeno de la inmigración, ahora en el contexto de una dura crisis económica, acosadas por la amenaza incierta de un terrorismo, endógeno y exógeno, y sometidas al desafío de gestionar diversidades religiosas, culturales e identitarias cada vez más exigentes, el tópico de la democracia militante resurge y cabalga de nuevo.³⁸ Ahora lo hace bajo un paradigma que ya no es el de la destrucción de la democracia en la Alemania de entreguerras, sino bajo el de una militancia más compleja e “inteligente”.³⁹

Si tradicionalmente el modo de afrontar ciertos conflictos había dado lugar a los dos modelos de democracia, tolerante e in-

³⁸ Sajó, Andrés (ed.), *Militant Democracy (Issues in Constitutional Law)*, Londres, Eleven International Publishing, 2004; Thiel, Markus (ed.), *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, Londres, Ashgate, 2009; Müller, Jan-Werner, “Militant Democracy”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012; Kirshner, Alexander, *A Theory of Militant Democracy: the Ethics of Combatting Political Extremism*, New Haven, Yale University Press, 2014.

³⁹ Walker, Clive, “Militant Speech about Terrorism in a Smart Militant Democracy”, en *Mississippi Law Journal*, núm. 80, 2011, pp. 1395 y ss.

transigente, que hemos glosado en este trabajo y que todavía dan pie a interesantes reflexiones sobre el “choque de puntos de vista” de los que tales modelos vendrían a ser reflejo,⁴⁰ hoy surgen indicios de una atenuación de tal contraste. Como consecuencia de circunstancias y acontecimientos muy concretos, en ambos lados del Atlántico, cada vez hay una conciencia más clara del nexo entre la propagación de discursos de odio y el asentamiento de contextos de violencia capaces de producir resultados trágicos.⁴¹ Ello no va a trastocar el compromiso de las democracias liberales con el libre flujo de las ideas sin censura previa, pero sí es posible que realce la idea de las palabras con capacidad de producir daño, inclinando la balanza, ante un conflicto concreto, del lado de la acción de intransigencia. Si fuera así, no se estarían degradando los fundamentos de aquellas, sino reafirmando los para mantenerlos vivos y legárselos a las generaciones futuras.

⁴⁰ Véase últimamente, Kahn, Robert, “Why do Europeans Ban Hate Speech? A Debate between Karl Loewenstein and Robert Post”, en *Hofstra Law Review*, núm. 41, 2013, pp. 545 y ss.

⁴¹ Estoy pensando en el homicidio masivo de militantes de las juventudes del Partido Laborista de Noruega, en el verano de 2011, por un perturbado que pretendía con ello defender a Europa de la invasión del Islam, pero también en el ataque que se produjo en Estados Unidos, en enero de ese mismo año, en el transcurso de una actividad del Partido Demócrata contra una congresista, Gabielle Giffords, a la que la activista del *Tea Party*, Sara Pahlín, había marcado poco antes, en su sitio web, con una diana.

6. Valores europeos y modelos de democracia (¿agnóstica?, ¿militante?)

6.1. SOBRE APERTURAS, DESARROLLOS CONSTITUCIONALES Y VALORES

Por rudimentaria que sea su estructura político institucional o tosco su funcionamiento, cualquier sistema político intenta siempre legitimarse mediante la apelación a unas fuentes ideológicas o sistema de valores que dice preservar. Desde este punto de vista, el éxito del constitucionalismo —un éxito irreversible, podría decirse— es el haber asentado en los fundamentos mismos del poder político la idea de que no hay legitimidad posible sin un basamento escrito en el que aparezca claramente expresado el cómo del ejercicio del poder, pero también ciertas referencias o bases de carácter ideológico —a veces también religioso— que se presentan como la justificación y el objetivo de dicho ejercicio.

La esencia de eso que, un tanto por inercia, continuamos llamando el concepto racional normativo de Constitución, es la convicción de que el ejercicio del poder político se puede rescatar de la pura contingencia o del mero sucederse de respuestas a las necesidades del día a día, para pasar a ser objeto de una planificación: una de carácter organizativo y una de tipo sustancial. Esas dos vertientes se corresponden, en definitiva, con el doble condicionamiento al que sometió la presencia constitucional del célebre artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La Constitución presupone separación de poderes y garantía de derechos, requisitos que desde entonces y a la fecha son fuente inspiradora de cualquier empeño constituyente

que tenga como objetivo escribir una Constitución, si bien los modos de concebir lo que una y otra cosa implican pueden variar profundamente al punto de desvirtuarlos hasta lo grotesco.

Disponer de una Constitución escrita supone, siempre y en todos los casos, un factor que racionaliza el ejercicio del poder y lo limita; no necesariamente en el sentido de que la limitación venga a favorecer los intereses de los gobernados, sino en el sentido de que el texto actúa como un referente bajo cuyo rasero es posible establecer contrastes entre lo que se proclama y lo que se practica. La Constitución hace posible un juicio sobre las posibles escisiones entre fundamentos organizativos e ideológicos y praxis política que sin ella no tendría sentido. Y esa capacidad para deslindar los ajustes y desajustes de la práctica política, separando lo constitucional de lo que no lo es, confiere a la Constitución un potencial que Loewenstein captó muy bien en su célebre clasificación tripartita de las constituciones en normativas, nominales y semánticas.

El verdadero constitucionalismo, solemos decir hoy con toda razón, es siempre normativo; lo demás es constitucionalismo espurio o mera fachada constitucional sin aliento que le dé vida. Y al insistir en ello no hacemos más que remachar la idea de que toda Constitución es al fin y al cabo una aspiración; un proyecto que tiene mucho de Ítaca hacia la que dirigir los esfuerzos de las generaciones vivas y una utopía en marcha que genera de continuos distanciamientos y desmentidos, un foso de contrastes entre el cielo de los conceptos —hoy diríamos de los valores— y las miserias de una práctica política que no siempre camina en consonancia con ellos.

Si damos por buena la idea de que toda Constitución es un proyecto en marcha, así como la de que el verdadero constitucionalismo presupone vías para reaccionar contra las prácticas políticas contrarias a la Constitución, entonces no hay más remedio que concluir que toda Constitución es un reflejo de concepciones ideológicas que se tienen por dignas de ser asentadas y defendidas, si bien el grado de compromiso con ellas y las posibilidades de plantar cara a quienes no las comparten varían considerablemente. El peso de la historia (¡cada país tiene sus *demonios familiares!*), el carácter de las concepciones constitucionales *fundantes* o estructurales y el grado de compromiso con el potencial

transformador que toda Constitución lleva implícito, en mayor o menor medida, son factores que influyen decisivamente a la hora de sentar los perfiles de quienes pueden ser repudiados como enemigos de la Constitución.

La insistencia en que la tolerancia frente al disidente es un componente esencial de la democracia constitucional exige aceptar que toda Constitución es tributaria de una cierta ideología que se trasluce en las estipulaciones del texto y que permite hablar, con acierto, de ideología de la Constitución. El compromiso con unas pautas ideológicas, más o menos explícitas, explica además el recurso a los medios de prevención y castigo propios del derecho punitivo. De manera un tanto primaria, podría decirse que allí donde hay un código penal —la *Constitución en negativo* se dice a veces— hay una defensa de los valores de fondo escritos o presupuestos en la Constitución. Y como corolario de lo anterior me parece que hablar de Constitución “de procedimientos” frente a constituciones “de valores” o sustantivas, no es más que una licencia académica mediante la que intentamos diferenciar aquellos sistemas que se contienen a la hora de proclamar sus bases ideológicas, dándolas por sobrentendidas o dejándolas en estado latente, frente a aquellos otros que hacen explícitas las visiones del mundo u orden de valoraciones que inspiran el empeño constitucional y le sirven de guía directriz.

En el caso de la Constitución española de 1978, el asunto de la ideología de la Constitución ha tendido a presentarse con perfiles bastante confusos. La razón de ello estriba en un argumento de teoría constitucional que mira a la presencia o ausencia de cláusulas apartadas de la posibilidad de reforma como el dato concluyente a la hora de decidir si tenemos una democracia *agnóstica* o una de tipo *militante*. Si lo primero, lo que se viene a decir es que a la Constitución le son indiferentes los objetivos que se persigan, siempre y cuando no haya un quebrantamiento de las formalidades que se exigen para verlos plasmados en las correspondientes reformas constitucionales, tendríamos entonces una Constitución ciega frente a lo sustantivo y vigilante en cuanto a lo procedimental.

Y por superficial o alejado de la realidad que pueda parecer ese argumento, el del indiferentismo de la Constitución hacia

el sentido de lo que se defiende o se propugna siempre que se respeten los requerimientos de la reforma, ha sido utilizado con profusión por los jueces constitucionales españoles para alejar las sombras de sospecha sobre la persecución de ideologías plasmada en normas o en decisiones judiciales y remachar la lógica de una defensa de la Constitución puramente adjetiva o de carácter formal. Es como si la Constitución actuara a veces como una rémora para enfrentar los peligros que acechan su subsistencia y llevara en sus genes la predisposición a aceptar estoicamente cualquier causa, con la sola condición de haber alcanzado los niveles de apoyo exigidos para materializar la posibilidad de emplazarlos en esta o en aquella parte de la Constitución.

Una exégesis de esa naturaleza choca frontalmente con el *parti pris* que cualquier lector, por muy desinformado que esté sobre el estado del arte de la interpretación, puede apreciar en el texto constitucional. Se arranca de una definición que es toda una declaración de principios con alcance *performativo*. Lo que se constituye es un Estado social y democrático y un Estado de derecho; un Estado del que lo primero que se nos dice es que propugna valores que sobrevuelan el entramado normativo por medio del cual se manifiesta. ¿Cómo va a ser indiferente a concepciones morales o ideológicas una forma de organización política cuyo momento constitutivo aparece indisolublemente unido a esa voluntad *propugnadora*? Luego viene todo lo demás: un conjunto de proclamas de alta densidad ideológica y un compromiso con los derechos fundamentales y las libertades públicas que arranca también con la adhesión al valor por excelencia del constitucionalismo renacido de las cenizas del Holocausto y de la guerra total: la dignidad de la persona, sí, pero además los derechos inviolables que le son inherentes: el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social.

Así, literalmente transcrito, para poner al lector sobre aviso respecto a lo absurdo de ciertas afirmaciones que parecen leer la Constitución como una hoja en blanco sobre la que cabe escribir cualquier cosa. Por si fuera poco, conviene no olvidar además que una Constitución de la libertad y del libre desarrollo de la personalidad, como la española, una que mira con buenos ojos el pluralismo y asume como objetivo alentarlos, no podría admitir

adoctrinamientos oficiales potencialmente nocivos para la libertad ideológica de cada cual. Ciertamente no podría, pero precisamente por ello la dogmática del punto de vista exige pronunciarse sobre las finalidades de la educación, como hace, con todo acierto, el artículo 27, al proclamar como objeto de la misma “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. El Estado constitucional español traza, en definitiva, una línea divisoria de imperativos; lo que es respetuoso con los derechos, la autodeterminación individual y la convivencia democrática, frente a lo que ataca tales principios, los impugna en abstracto o los pone en peligro mediante actuaciones concretas.

En esto, todas las democracias constitucionales son bastante parecidas. No practican cacería de brujas contra los enemigos del sistema de valores en el que se inspira la Constitución, pero sientan las bases jurídicas para reaccionar contra los actos que supongan ataques frontales a tal sistema. Y al mismo tiempo, y con independencia de su mayor o menor flexibilidad frente a la reforma de la Constitución, no suelen tener empacho en descartar que el principio de igualdad de trato imponga una valoración indiferenciada de creencias o concepciones ideológicas.

Aquello de que todas las opiniones son por igual respetables no casa con el tipo de constitucionalismo que ha acabado por afianzarse en nuestros días. Un constitucionalismo intensamente axiológico o de “estimativa constitucional” —como difundiera en varias de sus obras Pablo Lucas Verdú— y un constitucionalismo que opera en el marco de Estados que ya no son Estados cerrados y autorreferenciales, sino abiertos e interconectados. Defender los derechos fundamentales significa hoy admitir controles más allá de las fronteras e implica también estar disponible para asumir las directrices interpretativas y las recomendaciones que puedan producir tribunales u organizaciones supranacionales dotadas de *auctoritas* en ese campo.

6.2. LOS VALORES EN LA DIMENSIÓN EUROPEA

Si en el nivel del Estado, el constitucionalismo de los derechos genera modelos democráticos con características marcadamente

semejantes, donde se pone en pie un modelo de genuina integración supranacional, sería absurdo pensar que esta pudiera ser compatible con un grado elevado de disparidad de concepciones constitucionales de principio. En esto, hacer teoría abstracta que desentienda de las particularidades de cada caso concreto es ciertamente problemático, aunque vivimos tiempos en los que acaso esa teoría es más necesaria que nunca.

Entre los anhelos de un constitucionalismo cosmopolita y las complejidades de un orden internacional en mutación, que tiene que habérselas con soberanías sedicentes y poderes salvajes, lo que sí sabemos es que en ese rincón del mundo que a veces llamamos la vieja Europa se ha asistido durante las últimas décadas a un proceso de integración sin paralelo. Es un proceso que también parte de la voluntad de alejar para siempre el horror de la guerra y que tiene, por ello mismo, desde el principio, un fortísimo componente aglutinador en torno a valores compartidos que son los que tiran de las realizaciones concretas que se van consiguiendo en los diferentes ámbitos de incidencia del proceso.

Solo desde esa puesta en común de visiones y objetivos alentada por los padres fundadores de las comunidades puede reconstruirse un proceso plagado de vicisitudes y dificultades, pero en el que si hay un elemento de continuidad, es la creencia compartida en las virtudes “estructurales” del Estado de derecho. El patrimonio compartido en lo político, en lo jurídico y en lo cultural permitió realzar el papel de los jueces sobre la disposición del derecho y, en definitiva, sobre el propio proceso integrador, y posibilitó los *descubrimientos pretorianos* que al final resultaron decisivos para dar lugar a lo que tenemos hoy. Sin la apuesta decidida por la doctrina de la eficacia directa y la aplicación preferente de las normas jurídicas producidas en sede europea nada hubiera sido posible, pero ni una ni otra, como sabemos, hubieran podido afianzarse sin reafirmar el compromiso con los derechos fundamentales en el entramado de la integración en marcha.

Cuando leemos el artículo 6 del Tratado de la Unión es fácil advertir en él un precipitado de todo lo que ocurrió hasta llegar a esa evocación precisa del patrimonio común y compartido. Aunque también podemos leer, me temo, si nos centramos en el mandato taxativo del párrafo segundo para que la Unión se adhiera

al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la crónica de una dificultad no superada. Y cuando leemos el artículo 2 (“La Unión se fundamenta en los valores del respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros de una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”), lo que allí vemos condensadas son las señas características y las implicaciones del *ismo* ideológico y político en que se ha convertido hoy el viejo constitucionalismo de la era de las revoluciones; un *ismo* posiblemente *light* y no tan cargado de proyectos cerrados de futuro como lo eran las grandes ideologías políticas que surgieron en el siglo XIX, pero uno que posibilita gestionar una convivencia de proyectos políticos distintos en el marco de una sociedad libre, abierta y respetuosa con los derechos y las libertades de cada individuo.

Si la integración europea es un tipo de integración profundamente enraizada con las características del constitucionalismo de los valores que hoy predomina allí donde lo que hay no es un mero constitucionalismo “de boquilla” o “de disfraz”, entonces se comprende mucho mejor que el tópico de la democracia indiferente contrapuesta a la democracia militante se nos presente aquí con unas connotaciones que cuestionan la pertinencia misma de la contraposición. Una integración supranacional comprometida con el *pathos* de la democracia constitucional es “militante” o no es.

Con mayor razón si contemplamos las cosas desde la vertiente más amplia del compromiso con una Declaración de derechos *paneuropea* que *gestiona* y salvaguarda un Tribunal capacitado para actuar a instancia de parte cuando en sede interna se ha constatado la incapacidad para remediar las vulneraciones sufridas por cualquier persona sujeta a la jurisdicción de los Estados que han asumido dicho compromiso. En este sentido, la deriva de la jurisprudencia de ese Tribunal-espejo, que es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ofrece un ejemplo paradigmático. Sobre la estela de la Declaración Universal de 1948, el Convenio Europeo de 1950 contiene un artículo que es cla-

ramente tributario del deseo de tapan la vía a la posibilidad de una nueva experiencia Weimar, es decir, la de la destrucción de la democracia favorecida por las oportunidades que ella misma había abierto. Ese artículo es el 17 del Convenio, que incorpora al núcleo mismo del convenio el tópico de la prohibición del abuso de derecho.

Quizá no se repara lo suficiente en que esa llamada a la proscripción del abuso no es un cuerpo extraño en las declaraciones de derechos. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se refiere expresamente a ella para advertir contra los abusos de la libertad de expresarse y hacer una llamada a la responsabilidad individual de quien la ejerza. Pero lo que allí es mera contrapartida a la eliminación de la censura previa, se transforma en el Convenio de 1950, por obra de la reacción ante el drama de Weimar, en aviso rotundo para navegantes: reconocer derechos no es otorgar patente de corso a los enemigos de los derechos para ganar adeptos y echar por tierra la lógica política que los sustenta.

Durante años, el artículo 17 del Convenio fue un espíritu dormido de enorme carga simbólica, pero encapsulado en una secuencia histórica vinculada a la Alemania de entreguerras y asociada, en consecuencia —por decirlo a la manera de Gibbon—, con el ocaso y caída del sistema democrático. Elementos esenciales de esa manera de mirar las cosas eran las cláusulas pétreas de la Ley Fundamental de Bonn y el par de decisiones del Tribunal Constitucional alemán, en los primeros años de la década de los cincuenta, prohibiendo la reviviscencia de los partidos de ideología nacional socialista o comunista por el peligro potencial que, en sí mismas, representaban tales ideologías para el orden básico protegido por la Constitución.

En relación con esto tiene el máximo interés comprobar cómo ha evolucionado la exégesis de la cláusula del artículo 21.2 de la Constitución de Alemania. Tan recientemente como hace unas fechas (enero de 2017), el Tribunal de Karlsruhe desestimaba una demanda de ilegalización del ultraderechista NPD interpuesta por el *Bundesrat*. El Tribunal indaga en el significado de los términos abolir (*beseitigen*) o devaluar (*beeinträchtigen*) el orden básico liberal democrático para desmarcarse resueltamente del

par de decisiones de 1953 a las que acabamos de referirnos. Lo relevante ahora no es el peligro potencial, sino las expectativas concretas de materialización de las propuestas programáticas. Si las expectativas de éxito, “por vías parlamentarias o extraparlamentarias”, viene a decir el Tribunal, se aparecen como irrealizables o remotas, y si sus formas de proselitismo no sobrepasan los márgenes de lo lícitamente admisible, entonces no hay por qué activar un cauce prohibitivo como el del artículo 21.2, que debe tener un carácter de recurso último.

Curiosamente, esta toma de postura del Tribunal Constitucional alemán se sitúa en las antípodas de la perspectiva que, en la interpretación del artículo 17, adopta el TEDH. La del primero es (ahora) analítica y posibilista, imbuida de un espíritu de medida y sentido de la proporción que no parecen alumbrar precisamente las líneas interpretativas por las que opta el segundo. En lo que se refiere a la defensa de los valores que subyacen al Convenio, el Tribunal de Estrasburgo es muy dado a embarcarse en razonamientos *on principle*, esto es, opta por mostrar a la comunidad de intérpretes del derecho y a los operadores jurídicos que, por mucho que ciertas actividades puedan aparecer *prima facie* como ejercicio legítimo de derechos reconocidos en el Convenio, si por su espíritu o finalidad se aparecen en contraposición con aquellos valores de sustento, *caen por su propia naturaleza más allá del ámbito de protección*.

Dicho de otra manera, la prohibición del abuso de derecho actúa como un filtro delimitador de contenidos que exime al intérprete de embarcarse en juicios de proporcionalidad o en balances ponderativos. El discurso antisemita y/o el “negacionismo”, así como el filoterrorista, son —quizá por ese orden— los principales ámbitos en los que el artículo 17 despliega todo su potencial delimitador. Un par de ejemplos de casos en los que luce en todo su esplendor esa posición *on principle* del TEDH puede verse en las sentencias *Leroy vs. Francia* (2008) y *Dieudonné M’Bala M’Bala vs. Francia* (2015), dos casos en los que el Tribunal marca férreas fronteras al derecho a la sátira política cuando esta contemporiza o ensalza el terrorismo (*Leroy*) o se desliza por la vía del más burdo antisemitismo (*Dieudonné*). El Tribunal (dice el párr. 39 de esta última sentencia) “no puede aceptar que la expresión de

una ideología que va en contra de los valores fundamentales del Convenio, tal cual lo expresa su preámbulo, es decir, la justicia y la paz, sea equiparada con un espectáculo, aún satírico o provocador, que entraría en el ámbito de protección del artículo 10 del Convenio”. No se puede hablar de manera más clara.

Pero volvamos al ámbito de la “pequeña Europa” y a la cuestión de la defensa “militante” de los valores de fondo que la sustentan. Lo primero que podríamos preguntarnos es el frente a quién de esa defensa. Y la respuesta nos sitúa en el corazón mismo del problema. Si la comunidad de valores a la que alude el artículo 6 fuera en verdad una comunidad sólida y mantenida en el tiempo, entonces el artículo en cuestión actuaría como el mero recordatorio “proclamativo” de lo que nos une. Que no se trata solo de eso es fácil colegirlo si seguimos leyendo el Tratado de la Unión y nos detenemos a renglón seguido en los fárragos procedimentales del artículo 7.

En la versión resultante del Tratado de Lisboa, este artículo contempla una vía para sancionar a los Estados con la suspensión de ciertos derechos, incluido el de voto en el Consejo, en aquellos casos en los que se constate que, con su forma de actuar, vulneran de manera grave y persistente los valores recogidos en el artículo 2 del Tratado. El procedimiento puede instarse a solicitud del Parlamento, de la Comisión o por al menos una tercera parte de los Estados miembros y está escindido en dos fases: una de carácter preventivo, en la que lo que se constata es la existencia de un “riesgo claro” para la vigencia de los valores —lo que abre la vía para poder efectuar recomendaciones al Estado afectado tendentes a evitar que el riesgo se consuma—, y otra de carácter propiamente sancionador que se activa cuando la fase de prevención no ha dado los frutos esperados.

Más que detenernos en los pormenores de la regulación contenida en los cinco apartados del artículo, lo que nos interesa poner de relieve es el carácter referencial de los valores del artículo 2 como el marco para dilucidar nada menos que la cuestión de si el Estado miembro se pliega o no a las exigencias político-estructurales derivadas de la pertenencia a la Unión. Es algo tan fácil de enunciar como difícil de aplicar en el caso concreto, puesto que a nadie se le oculta que lo que hay en el artículo 2 no son

precisamente reglas bajo las cuales fuera sencillo enjuiciar esta o aquella práctica, sino enunciados que son un precipitado intenso de significantes jurídico-políticos con capacidad de evocar significados diversos y en sí mismos discutibles. Bien sabemos que lo que acabamos de decir es un mero *tropo* acarreado hasta aquí desde los rudimentos de la lingüística estructural; con carga de ambigüedad o sin ella, hay ciertas prácticas y actitudes políticas que cualquiera reconocería como contrapuestas —real o potencialmente— a las exigencias del Estado de derecho.

Hasta aquí de acuerdo, pero, ¿quién pone el cascabel? ¿Quién lo hace en el seno de una Unión donde por vez primera el portazo de salida —la retirada voluntaria y unilateral— no es solo una posibilidad abierta en el Tratado (art. 50), sino una realidad consumada, por empuje de un populismo del vuelo más rastrero, en el *annus horribilis* que fue para la Unión 2016? ¿Quién se atreve a esgrimir el señuelo de los valores ante el drama persistente de los refugiados llamando a la puerta de una Unión Europea cada vez más diluida e irreconocible?

Contemplar, a 17 años vista, los tímidos pasos que se dieron para dilucidar si la entrada en el Gobierno austriaco del partido comandado por Haider en la República Austriaca ponía o no en cuestión los valores europeos produce cierta melancolía. En aquella sazón política (septiembre de 2000), con la alianza derechista de Berlusconi husmeando el poder en Italia, lo que la Europa —por entonces de los 15— decidió indagar —y así quedó reflejado en el informe de los *Tres sabios* (el finlandés Ahtisaari, el alemán Frowein y el español Oreja) a los que se les encargó dictaminar— hasta qué punto representaba un peligro para los valores europeos el discurso xenófobo y de nacionalismo exaltado del ultraderechista Haider, el tipo de discurso, ni más ni menos, que hoy es moneda corriente en buena parte de las ofertas programáticas con las que se intenta seducir a los electores a escala continental.

Dicho en corto, el informe en cuestión consideró que Austria no representaba a fin de cuentas una amenaza tan grave, ya que su sistema jurídico no había acusado el impacto del odio al extranjero, aunque habría que estar atentos al desarrollo de los acontecimientos. Y desde entonces hasta ahora, con atención o

sin ella, los valores europeos, de salud más delicada que robusta, sirven lo mismo como recordatorio de los logros alcanzados en el sofisticado entramado del constitucionalismo multinivel que como ariete contra quienes pretenden beneficiarse de sus réditos sin estar dispuestos a reconocerlos y a apreciarlos en todo lo que valen.

Con el fin de evitar las barrocas complejidades del procedimiento preventivo-sancionador del artículo 7, la Comisión aprobó en marzo de 2014 un —así llamado— “Nuevo marco de la Unión Europea para reforzar el Estado de derecho”. Son ocho páginas de apretada literatura mediante la que, con un tono bastante académico, se ensalzan las virtudes del Estado de derecho, se recuerda el compromiso de respetarlo que asumen quienes ingresan en la Unión y se reivindica el papel activo que, en ese sentido, corresponde a la Comisión como guardiana de los tratados. En realidad, el marco susodicho no es más que un intento de desarrollar las implicaciones de lo que puede significar ser preventivo (o sea, la primera fase del art. 7 del Tratado) para evitar tener que ser punitivo, y ello partiendo de la consideración, en verdad razonable, de que activar el artículo 7 ya es de por sí una sanción. Es una vía *light* de defensa de los valores —una democracia militante al estilo de la Unión— que puede dar sus frutos, pero siempre y cuando el Estado, frente a quien se decida actuar, esté dispuesto a embarcarse con lealtad en un marco de diálogo como el que ofrece la Comisión y a asumir como plausibles y realizables las medidas concretas sugeridas por ella.

Si atendemos, sin embargo, a lo que viene ocurriendo durante los últimos meses con la situación del Estado de derecho en la Polonia gobernada por el partido *Ley y Justicia* —un nombre cuyo retrogusto resulta ya algo inquietante—, mucho nos tememos que esas condiciones están muy lejos de darse. Como es sabido, en el caso de Polonia, el cuarteamiento del Estado de derecho ha comenzado a cuajar a través de un ataque sin precedentes contra la jurisdicción constitucional, un ataque que se ha diversificado en los dos frentes, el competencial y el de la composición personal, que en la práctica incapacita al Tribunal para cumplir su función *contramayoritaria* de guardián de la Constitución mediante el control de la ley.

No es cuestión, en el caso de Polonia, de un enfrentamiento pseudo teórico entre dos tipos de constitucionalismo, uno *legal* y otro *político* a lo Waldron; es cuestión de un asalto en toda regla a un componente esencial del Estado de derecho que ha sido denunciado a instancias de la Comisión, en un dictamen *ad hoc* de la Comisión de Venecia. Ha sido denunciado, sí, pero sin efecto alguno, lo que no deja mucho espacio para ser optimistas con respecto a la situación presente y futura de los valores europeos en Polonia. Y la misma preocupación por la suerte de ellos cabe constatar en la Hungría gobernada por Viktor Orbán, con su agresivo nacionalismo y su discurso antieuropeo.

Tras el fracaso del referéndum contra los emigrantes (octubre de 2016) y el del intento de introducir una reforma constitucional para “blindar” a Hungría de las intromisiones europeas en las políticas migratorias (noviembre de 2016), el Tribunal Constitucional se embarcó en una férrea defensa del principio del respeto a la identidad nacional (art. 4.2 del Tratado de la Unión) para reafirmar los límites últimos de la delegación de competencias a favor de la Unión. En una suerte de giro copernicano de la doctrina *Solange*, el Tribunal Constitucional húngaro, en lugar de auspiciar un mayor nivel de protección de los derechos fundamentales, lo rebaja paladinamente, y ello en nombre de la defensa de una supuesta *ultima ratio* de la que forman parte el principio de la soberanía popular y la defensa de la dignidad humana (¿) y otros derechos fundamentales; unos valores sin duda de carácter fundamental, pero cuyo efecto en este caso no es otro que el de sacudirse de encima las cuotas europeas de acogida.

6.3. CONCLUSIÓN

Hace ya unos cuantos años (en 1997), Fareed Zakaria publicaba en la revista *Foreign Affairs* un artículo titulado “The Rise of Illiberal Democracy”, el ascenso de las democracias iliberales. En el artículo se evocan acertadamente las dos almas o tradiciones, una “liberal” y otra “democrática”, que han acabado por confluir en el sistema político al que hoy nos referimos como democracia constitucional. Sin el alma democrática, el constitucionalismo no alcanza los estándares de legitimidad exigibles a cualquier

sistema fundado en la soberanía del pueblo. Pero si el alma “liberal” se cuartea, en nombre de la voluntad de la mayoría, en el de la identidad nacional o en el de cualquier otro pretexto que actúe como estilete contra los controles, especialmente los jurisdiccionales, entonces la democracia constitucional entra en una mudanza de naturaleza cuyo primer signo inequívoco suele ser la pérdida de la independencia judicial y la burda instrumentalización del derecho, incluido el derecho de la Constitución, al servicio de los intereses del gobernante. Es un proceso que reconocemos de inmediato y que desafortunadamente nos toca ver de continuo aquí y allá, dando lugar a novedosas etiquetas académicas como la del constitucionalismo *abusivo* (David Landau) o la de las democracias con libertades disminuidas (Soria Luján).

En las páginas anteriores hemos intentado mostrar que la defensa del *ethos* democrático es consustancial a cualquier democracia que haya hecho del compromiso con la defensa de los derechos fundamentales y con la de la dignidad intangible de la persona, una seña de identidad. Cuando ese compromiso es sincero, el Estado constitucional asume hoy la forma de un Estado abierto y respetuoso con el derecho internacional de los derechos y con las decisiones que puedan tomar, para salvaguardarlos, las instancias jurisdiccionales de carácter supranacional.

La *militancia* de ese tipo de democracias lo es de una manera que ya no está asociada con la trágica sucesión de acontecimientos que destruyeron el constitucionalismo en la Europa de entreguerras y nos llevaron a la guerra y al asesinato cruel y planificado de millones de seres humanos. Ese es, me parece, el contexto en el que cabe situar la cuestión de la persecución de ciertas expresiones o tomas de posición que contrastan de lleno con los fundamentos por los que optamos al redactar nuestras constituciones, y cuya defensa concreta siempre está, por lo mismo, sujeta a cautelas procesales y controles que alejan del horizonte la posibilidad del exceso.

7. El discurso de odio: entre la trivialización y la hiperpenalización

7.1. ENMARCANDO EL PROBLEMA

El discurso de odio ha acabado por convertirse en un impreciso rótulo que evoca, en torno a su significado, un buen número de problemas políticos y jurídicos característicos de sociedades plurales, comprometidas con los derechos fundamentales y atravesadas por contradicciones y paradojas que desafían su *ethos* constitutivo. Se trata de una denominación aplicada a ciertas locuciones y comportamientos expresivos que raras veces alcanzan con propiedad las cualidades intrínsecas —en términos de razonamiento y trabazón argumentativa— con las que solemos reconocer un discurso.

Así que lo primero que resulta radicalmente objetable es el uso de una etiqueta que intenta aglutinar un conjunto de expresiones dispares en cuanto a la forma y el fondo; unas expresiones que, si realmente alcanzaran la categoría de “discurso”, difícilmente serían reconducibles al ámbito de lo que consideramos reprochable, hasta el extremo de sostener no que las expresiones sean erróneas, absurdas o de pésimo gusto, sino merecedoras de un castigo por sí mismas, por el hecho de haberlas proferido. El odio alude por lo demás a un sentimiento enclaustrado en el reducto más íntimo de cada individuo y, por ende, mudable y en cierto modo inaprensible.

En un intento de justificar lo que es solo el producto de una singular inercia para nombrar a ciertos problemas o fenómenos

sociales de los que de repente advertimos que se convierten en moneda corriente en los medios de comunicación y en la literatura especializada, pero también en leyes, en documentos —políticos y/o de *soft law*— y en resoluciones judiciales, solemos decir que es una —mala— traducción del *hate speech* estadounidense. Pero si la huella genética de la denominación explicara de verdad algo, entonces tendríamos que ser conscientes de que el *hate speech* estadounidense, el “discurso de odio” en nuestra jerga, evoca la lucha de ciertos jueces estadounidenses por mantener vivo el compromiso con la Primera Enmienda de la Constitución, es decir, algo que se relaciona con el repudio de cualquier forma de intervención de los poderes públicos que dirija sus dardos contra el contenido de lo que se transmite y que se traduzca en una represión de la palabra y del libre fluir comunicativo.

El discurso de odio simboliza para nosotros exactamente lo opuesto: el síntoma de una práctica social desigualitaria y cargada de prejuicios y déficits educativos seculares que afectan de lleno a ciertos grupos o individuos como consecuencia de sus características, reales o atribuidas, y por ello mismo convertidos en el objeto de formas expresivas que los menosprecian o ultrajan. Se trata de un comportamiento desviado que hay que combatir por principio y con independencia de que ello suponga recargar el código penal o el derecho administrativo sancionador con nuevas definiciones de injustos acarreados *ex profeso* para conjurar los demonios que acechan las representaciones “buenistas” de nuestra vida en común. Y ello en el marco de una sociedad como la española, en la que el lenguaje corriente está inundado de términos y expresiones inconscientes que no la retratan precisamente como una sociedad complaciente con la pluralidad que la Constitución quiere que informe, como un valor superior, todo el entramado jurídico y político. “Gitano”, “moro” o “mariquita” son términos del léxico común español que hoy bien podrían pasar por categorías sospechosas a los efectos de su adscripción automática al ámbito del discurso de odio. Un país, además, en el que el ingenio popular encuentra en la puesta en solfa de ciertas personas, sin más razón que su lugar de nacimiento, género o tendencia sexual, la fuente de inspiración para formas de chanza firmemente arraigadas en el subconsciente colectivo.

El régimen jurídico del discurso de odio tiene que haberse así con ciertos rasgos genuinos de la realidad social que llevan a plantearnos si detrás del frenesí por definir conductas perseguibles de manera cada vez más alambicada, no habrá en realidad un afán legislativo de pura pedagogía social y, a la postre, una técnica normativa que sea incapaz de trazar cabalmente las barreras que separan lo amparado por nuestro sistema de libertad de expresión y lo que cae fuera de sus contornos.

En el ámbito europeo, la fuente más directa para la consideración de ciertos discursos como discursos de odio tiene que ver con la tragedia del siglo xx. Se trata del repudio del totalitarismo nazi —y ahora también estalinista en bastantes países de la Europa del Este— que actúan desde esta perspectiva como el *leitmotiv* para reafirmar las convicciones democráticas del presente y para obstruir la reviviscencia de un pasado ignominioso y horrrisono. Pero en esto, el acarreo de pautas de comportamiento y tomas de postura europeas al caso español no deja de ser también un tanto paradójico. Entre la sociedad española, justificar la Guerra Civil y las tropelías que se cometieron en uno y otro bando, o ensalzar el franquismo y los crímenes y la represión que lo caracterizaron por décadas, e incluso propugnar su reimplantación, han sido considerados desde siempre como formas legítimas de expresión política. Ello tiñe a nuestro “rechazo reflejo” de discursos complacientes con el nazismo de cierta incongruencia impostada que, por cierto, no alcanza al estalinismo, sin que se acierte a entender muy bien la razón de ello.

En el elenco de vías de acceso al repositorio de los discursos de odio hay que considerar también las expresiones que traducen simpatía o complacencia con el terrorismo o con los que lo practicaron o practican, o bien, reflejan hostilidad o desconsideración hacia la memoria de las víctimas o la dignidad de quienes padecen sus efectos. Nuestro pasado más reciente sí tiene en esto, desafortunadamente, un reguero de sangre, sinrazón y sufrimiento que nos interroga de continuo sobre los límites de la tolerancia y la mayor o menor disposición para considerar como constitucionalmente legítimos comportamientos o expresiones susceptibles de herir hasta lo profundo nuestros sentimientos más básicos.

7.2. ¿PERO EL ODIOS ES EN VERDAD UN DELITO?

LA RESPUESTA HIPERPENALIZADORA Y SUS FUNDAMENTOS

La reconstrucción política y normativa que se produjo tras la Segunda Guerra Mundial fue un gran alarde de confianza en el valor de las palabras para edificar un nuevo orden. Al entronizar los derechos humanos como basamento de ese nuevo orden, la comunidad internacional tomaba una deriva en cuyo código genético, desde la misma definición de los delitos que sirvieron de base para la actuación del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, estaba inscrita la experiencia del Holocausto y el problema de la capacidad de la palabra —y, en general, del ejercicio perverso o *desviado* de los derechos— para destruir aquel basamento o causarle un daño irreparable.

Sobre esa premisa, la Declaración Universal de 1948 cierra su articulado con una toma de postura contraria a transigir con actividades o actos (del Estado, de un grupo o de una persona, dice el art. 30 de la Declaración) que pretendan ampararse en ella para suprimir cualquiera de los derechos y libertades proclamados. E idéntica forma de prevención, aunque hilando un poco más fino, se aprecia en el artículo 17 del Convenio Europeo de 1950, en el que la peligrosidad de las actividades que caen fuera del ámbito de protección se mide no solo por su potencial destructivo del sistema entero, sino también por su tendencia a provocar limitaciones más amplias de los derechos y libertades que las previstas en el Convenio.

En realidad, la libertad de expresión fue reconocida desde siempre con plena conciencia del giro copernicano que suponía decantarse por suprimir la censura y de los peligros para el orden social que ello entrañaba. Basta releer los artículos 10 y 11 de la Declaración-matriz —la francesa de 1789— para recordar el punto desde el que arrancamos en materia de limitaciones: el orden público protegido por la ley, en la vertiente colectiva, y la advertencia de la responsabilidad personal por abusar de la libertad de expresarse, en la individual.

Con esos presupuestos firmemente asentados en el tratamiento jurídico de la libertad de palabra —pero que no dejan de resaltar aún más el contraste con el punto de mira de la Primera

Enmienda estadounidense—, el salto cualitativo se producirá en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, cuyo artículo 20 es *lex specialis* con respecto a las limitaciones genéricas de la libertad de opinión incluidas en el artículo 19. Lo que queda allí proscrito es la propaganda en favor de la guerra y la “apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”. La fórmula normativa es interesante por muchas razones, pero a nuestros efectos lo es por la conexión explícita que realiza entre la emisión de una opinión y las consecuencias ulteriores asociadas a ella, un desdoblamiento entre *el decir de uno* y *el provocar reacciones en otros* que representa el verdadero nudo gordiano del tratamiento jurídico de odio en el marco de un sistema de libertad de expresión.

En el seno de las Naciones Unidas hay toda una pléyade de instrumentos normativos, convenciones —destacadamente la Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965— y recomendaciones generales dirigidas a combatir el discurso racista y de odio impulsadas por el Comité contra la Discriminación Racial, que se traducen en llamadas a los Estados para que reaccionen mediante el recurso a la prevención y a la reacción punitiva.

Y en paralelo, desde el Consejo de Europa, por lo menos a partir de la recomendación 453 (1966), se aprecia la misma intencionalidad definitoria, preventiva y pedagógica sobre los Estados miembros para que se posicionen activamente contra el discurso de odio. En esa línea, hoy ocupa un lugar destacado la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI por sus siglas en inglés), un organismo *ad hoc* fundado en 1993, cuya tarea constante desde entonces en la lucha contra la discriminación es un referente, reconocido como tal incluso en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Sus informes anuales y sus recomendaciones de política general resultan de lectura obligada para quien quiera asomarse a la cara menos amable de los países de la *gran Europa* reunidos en torno al compromiso de respetar los derechos del Convenio y sus protocolos. De manera específica, la recomendación 15 y su memorándum explicativo, aprobado en 2016, pasa por ser una de las

aproximaciones más completas y mejor trabadas al problema del discurso de odio o discurso *fóbico* con un enfoque que, sin dejar de insistir en la necesidad de recurrir a la vía penal, también es consciente de las debilidades e insuficiencias de esta, por lo que ofrece un amplio catálogo de buenas prácticas dirigidas a prevenir, contener y neutralizar los efectos de los discursos de odio.

Los posicionamientos contra el odio fundado en el rechazo al otro por parte de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa son decididos y destilan buen sentido. Pero no salen de los contornos de las *policies* y el efecto demostración basado en la legitimidad de las organizaciones que las auspician y en la competencia técnica, el prestigio y la autoridad moral de las instancias — y las personas— que se encargan de redactarlas.

El caso de la Unión Europea es distinto. Aquí nos encontramos en la esfera de una comunidad de derecho que ha traspasado los umbrales tradicionales del derecho internacional y tiene su razón de ser en la integración política y jurídica de los Estados que la componen. Como cualquier organización, está imbuida de un espíritu constitutivo que, en el caso de la Unión, ha ido plasmandose de manera cada vez más ambiciosa en los tratados, de los que hoy forma parte la Carta de los Derechos Fundamentales redactada en 2000, incorporada al derecho originario y de plena aplicación desde 2009. En ella no falta la cláusula antiabuso que ha estado presente, como decimos, en las declaraciones de derechos más importantes a partir de 1948.

En el caso de la Carta de la Unión, está emplazada en el artículo 54, que es la que cierra, sin que hasta el momento, salvo error de mi parte, haya sido objeto de una consideración detenida por parte del Tribunal de Justicia. El sentido de la misma parece, sin embargo, bastante claro: los derechos no amparan actividades que denoten hostilidad contra los fundamentos del sistema en el que la propia declaración se inserta y que, en el caso de la Unión, tienen hoy abundante desarrollo normativo en el Título I (sobre disposiciones comunes) del Tratado de la Unión. Por su expresividad, baste la llamada de atención sobre el artículo 2 (“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas

pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”), toda una declaración *performativa* de lo que tenemos en común y nos hace ser como somos.

Leída en conjunción con lo que dispone el artículo 6 del propio Tratado, en cuanto al reconocimiento de los derechos de la Carta —y también de los del Convenio Europeo de 1950, “fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, añade con decisión, por lo que “formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”— no es de extrañar que la Unión pueda ser tildada de cualquier cosa, menos de *agnóstica, indiferente o abstencionista* en lo que se refiere a la salud del Estado de derecho —y la suerte de los derechos— en el seno de todos y cada uno de los Estados miembros. Y en consecuencia, el artículo 7 del Tratado regula una acción combinada del Parlamento, la Comisión y el Consejo, a iniciativa de al menos un tercio de los Estados miembros, que permite a la Unión comportarse como una especie de “democracia militante transnacional”. Los casos de Polonia y Hungría —el primero de ellos objeto ya de un procedimiento de infracción y el segundo, probablemente a punto de serlo— permiten calibrar hasta qué punto puede llegar esa militancia, sin que, por lo que hemos visto hasta ahora, las perspectivas sean por cierto demasiado halagüeñas.

Lo que no es de extrañar, con esos miembros, es que la Unión se haya convertido en un poderoso impulsor de medidas contra el discurso de odio. Y en esa dinámica, la Decisión marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (2018/913) ha actuado como un revulsivo para las reformas introducidas en 2015 en el Código Penal español en lo que se refiere a la persecución penal de los delitos de discursos de odio.

La Decisión marco se sustenta en la idea de que los Estados miembros han de velar por la conformidad de sus políticas con las posiciones de la Unión (art. 29 del Tratado), que en este caso se refiere a la necesidad de “definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia que sea común a la Unión Europea”. Dicho enfoque es “de mínimos”, pero novedoso y exhaustivo en cuanto a: la

definición de una serie de conductas que habrán de ser castigadas, la consideración necesaria de la motivación racista o xenófoba como agravante, la gradación de penas (“de uno a tres años de prisión como mínimo”) y el alcance de la responsabilidad no solo a las personas físicas, sino también a las jurídicas, esta última regulada ahora en el nuevo artículo 510 *bis* del Código Penal.

En España, la tipificación penal del discurso de odio, a partir del Código de 1995, había basculado en torno a dos tipos genéricos básicos (la provocación a la discriminación, por un lado, y por otro, la difusión maliciosa de informaciones injuriosas, recogidas en los arts. 510.1 y 510.2 del Código Penal, respectivamente); incluía además un tipo específico, el de negación o justificación del genocidio, regulado en el artículo 607.2, y un tercero previsto expresamente para perseguir el enaltecimiento y la justificación del terrorismo o la humillación de las víctimas (art. 578 en la versión operada mediante la reforma del año 2000). Todo ello dicho de manera muy sintética y resumida, pues en realidad el tratamiento penal del odio era ya, incluso antes de la decisiva reforma de 2015, bastante más complejo de lo que pudiera parecer a primera vista.

Pese a que la rúbrica “delito de odio” no ha aparecido nunca —ni aparece— en el Código Penal, lo importante es que la denominación que a veces se hace de este cuerpo normativo como “Constitución en negativo” nos parece aquí particularmente pertinente, ya que la defensa de los valores que ella proclama —dignidad, igualdad y no discriminación— contra la conducta —o la actitud o la intención— de quienes los desconocen, empuja en la dirección de la complejidad y el adelantamiento preventivo de la sanción punitiva.

En términos conceptuales, la figura del delito de odio se resiente de una ambigüedad básica, pues puede referirse tanto a la motivación de quien lo comete —el prejuicio o la aversión hacia la víctima por la condición personal de ella—, como a las consecuencias que genera —discriminatorias, humillantes o intimidatorias— sobre grupos o colectivos sociales históricamente vulnerables, con independencia de la motivación o de la intención del autor. Una y otra perspectiva se deja sentir en la regulación del odio discriminatorio como circunstancia agravante genérica

en el artículo 22.4 del Código Penal, así como en una panoplia de tipos penales incluidos en la parte especial (amenazas, delitos contra la integridad moral, discriminación en el ámbito laboral, denegación de prestaciones, asociación ilícita para promover el odio, delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos, etcétera).

El delito de incitación al odio del nuevo artículo 510 es el resultado de trasponer la Decisión marco a la que antes nos hemos referido, verificado por la Ley Orgánica 1/2015. Leído en conjunción con la reforma realizada en el artículo 578 en materia de enaltecimiento del terrorismo, por medio de la Ley Orgánica 2/2015 —que a su vez invoca como justificación una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la 2178 sobre lucha contra el reclutamiento de terroristas—, produce un efecto de penalización de la palabra que convierte al contenido de ambos artículos en claros candidatos para un escrutinio constitucional que necesariamente tendría que manejarse con las categorías estadounidense —o su equivalente— de lo impreciso (*vagueness*), lo excesivo (*overbreadth*) y lo desalentador (*chilling effect*).

El nuevo 510 es uno de esos artículos-río cuya lectura requiere un esfuerzo de concentración y una familiaridad con los entresijos técnicos de lo punitivo que no está al alcance de cualquiera. Encuadrado bajo el epígrafe “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución”, contiene —nada menos que— tres tipos básicos (510.1, lits. *a*, *b* y *c*), tres tipos atenuados (510.2, lits. *a*, *b* e *in fine*) y dos tipos cualificados (510.3 y 510.4).

Sintetizando mucho, los tipos básicos consisten en: 1. fomen-
tar, promover o incitar al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra grupos —o individuos en razón a su pertenencia a ellos— por los motivos allí enumerados; 2. producir, elaborar, poseer para distribuir o facilitar a terceros el acceso a material idóneo para la realización de las conductas descritas en el apartado 1, y 3. negar, trivializar gravemente o enaltecer los delitos de genocidio o de lesa humanidad.

Los tipos atenuados son: 1. lesionar la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio

o descrédito en razón de su pertenencia a los grupos definidos en el 510.1; 2. producir, elaborar, poseer para distribuir o facilitar el acceso a material propiciatorio de tales conductas, y 3. con referencia a los dos tipos atenuados recién descritos y al objeto de agravar la pena prevista para ellos, en aquellos casos en los que la acción punible promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos que se mencionan en los apartados anteriores.

Finalmente, los tipos cualificados conllevan la imposición de penas previstas para los tipos básicos en su mitad superior —prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses— “cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información”, que hagan accesible la conducta prohibida a un elevado número de personas (510.3), previendo incluso la posibilidad de elevarse hasta la pena superior en grado en el caso de que “los hechos, la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo” (510.4).

Por lo que se refiere al delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, la reforma de 2015 al artículo 578 del Código Penal no afectó a la definición de las conductas típicas, pero (en la misma línea que los nuevos apdos. 3 y 4 del 510) procede a endurecer las penas cuando aquellas se realicen a través de Internet o por medio de comunicaciones electrónicas o tecnologías de la información (578.2), o bien, los hechos, vistas sus circunstancias, “resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella” (578.3); y además se contempla, incluso cautelaramente, la retirada de los contenidos ilícitos, así como la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del cual se hubiera cometido el delito.

El odio y el “ciber-odio” se nos aparecen hoy regulados, en definitiva, a través de un régimen punitivo de elevadísima densidad en el que la intencionalidad del autor, el odio o la voluntad de discriminar (*hate crime*, *bias crime*), combinado con la pro-

ducción de consecuencias concretas o en abstracto, se materializan en un verdadero frenesí de conceptos y referencias abiertas. Ello se ha traducido ya en un incremento de las denuncias por la comisión de estos delitos, pero es previsible que la consecuencia (¿indeseada?) sea también el desbordamiento de los contornos en los que debería desenvolverse el “derecho de los jueces” para no incidir más allá de lo soportable en el principio de seguridad jurídica; máxime estando, como está, en juego el alcance de un derecho fundamental tan decisivo para medir la calidad de la democracia como la libertad de expresión.

7.3. LA POSTURA DEL JUEZ EUROPEO: ENTRE LO APODÍCTICO Y LO PONDERADO

De manera simplificada, y a los efectos que aquí interesan, denominamos juez europeo a los tribunales supranacionales que en dicho ámbito tienen la última palabra sobre la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000; esto es, el TEDH, que actúa en el seno del Consejo de Europa, y el Tribunal de Justicia (TJUE), que lo hace en el de la Unión Europea.

Ya se ha apuntado que las aportaciones de uno y de otro sobre la interpretación de las cláusulas antiabuso y los límites últimos de la tolerancia no son equiparables, y ello es lógico no solo por razones cronológicas, sino porque a escala europea, Tribunal de derechos dedicado en exclusiva a defenderlos sin más lógica de conexión competencial —una vez agotadas las vías internas— que la denuncia de la vulneración de cualquiera de los reconocidos en el Convenio, solamente hay uno, que es el TEDH.

Entiéndase bien: el TJUE ciertamente se ha hecho acreedor en los últimos años de ser reconocido como un poderoso intérprete europeo del contenido de bastantes de los derechos de la Carta, pero su labor en este campo está mediada por la conexión necesaria con la aplicación del derecho de la Unión Europea, algo que influye claramente sobre el tono, el estilo y la profundidad de sus pronunciamientos. Pensemos en un ejemplo reciente y bien

concreto: el TJUE tuvo que decidir en marzo de 2018 si la marca de una cadena de restaurantes con domicilio social en España, llamada “La mafia se sienta a la mesa”, resulta o no contraria al orden público. El Tribunal decide que sí es contraria y, en consecuencia, desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. Lo que sorprende es que una cuestión que en otra sede podría haber suscitado agudas cuestiones relacionadas con el régimen del *speech* comercial y sus limitaciones, es decir, hubiera sido tratada como una cuestión rigurosamente de derechos, aquí se despacha con una sentencia sobria, de apenas 10 páginas, en la que el Tribunal se limita a considerar si el organismo de instancia aplicó o no correctamente la excepción de “contrario al orden público o a las buenas costumbres” recogida en la correspondiente norma europea (Reglamento 207/2009).

Para el TJUE, lo importante es valorar las cosas “sobre la base de los criterios de una persona razonable que tenga umbrales medios de sensibilidad y tolerancia” (párr. 26 de la sentencia). Y así, frente al intento de los recurrentes por convencer al Tribunal de que la marca y el logo remitían de manera expresa e inequívoca a la saga de películas “El Padrino”, el TJUE recuerda que la mafia es una organización criminal que realiza graves actos delictivos y que tales actividades “vulneran los propios valores en que está fundada la Unión, en particular los valores de respeto de la dignidad humana y de la libertad, tal y como están previstos (en los artículos) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (párr. 36). El párrafo recién transcrito es un buen ejemplo de invocación apodíctica de los valores europeos, que se esgrimen allí como un ariete contra el intento de reconducir la opción elegida por los promotores de la marca controvertida al terreno del libre actuar o del ejercicio legítimo de derechos. Los valores se alzan como el punto de llegada del razonamiento; una vez proclamada la incompatibilidad, el sentido de la resolución va de suyo, sin necesidad de ulteriores matizaciones o distingos.

En el sistema del Convenio, la prohibición del abuso de derecho del artículo 17 es una herramienta que la antigua Comisión y el TEDH han utilizado asiduamente para eliminar de los contornos de lo protegido la difusión de sentimientos de odio o

de intolerancia. Pero en otras ocasiones, y para orillar el “efecto guillotina” que produce dicho artículo, el TEDH aborda los discursos de odio desde la perspectiva de las restricciones legítimas de la libertad de expresión previstas en el párrafo segundo del artículo 10, lo que le permite dar respuestas mucho más matizadas y ajustadas a las particularidades del caso. No hay que olvidar que el TEDH actúa generalmente no como un juez de hechos, sino como uno que tiene que decidir sobre lo que otros jueces —los nacionales— han dicho al resolver el conflicto de fondo, por lo que sus sentencias suelen consistir en ejercicios de ponderación de los derechos e intereses en conflicto que se yuxtaponen —para reforzarlos o rebatirlos— a los realizados en el ámbito interno.

Tras un rodaje de casi siete décadas de defensa de los derechos a escala europea, las sentencias del TEDH traslucen una técnica depurada, una lógica cartesiana que se despliega a través de pasos sucesivos en los que el TEDH va analizando si la limitación concreta a la que fue sometido el derecho estaba prevista en la ley interna, si atendía a una finalidad legítima (y encuadrable en la óptica del 10.2) y si, en la práctica y a la vista de las circunstancias concurrentes, la limitación fue concorde con las exigencias de una sociedad democrática. Esta forma pautada de estructurar el razonamiento otorga a las decisiones un marchamo de racionalidad argumentativa que tiene mucho que ver con el auge universal de la proporcionalidad como la técnica más idónea para resolver los conflictos en materia de derechos.

Lo que dista de ser claro en materia de expresiones de odio es cuándo el TEDH opta por la exclusión apriorística (la vía del art. 17) o bien por el juicio ponderado (la vía del 10.2). Y la duda no se disipa examinando el resumen de jurisprudencia sobre *Discours de haine* que el propio TEDH pone a disposición de la comunidad jurídica a través de su página web. Es un resumen que abarca todo el arco temporal comprendido entre 1957 —que fue el año de la decisión de la Comisión declarando conforme con el Convenio la disolución del Partido Comunista decretada por las autoridades alemanas— y 2015, e incluye causas y casos relacionados con diferentes tipos de odio: étnico o racial, religioso, amenazante contra el orden democrático o “negacionista” (del Holocausto) y revisionista. También casos de apología de los crímenes de guerra, del terrorismo, de discursos homófobos

y xenófobos, agresivos contra la identidad nacional y de injurias políticas. Un largo elenco de casos que caen a veces del lado de la decisión de inadmisibilidad de la queja, por imposibilidad de invocar el Convenio para amparar actuaciones abusivas e incompatibles con los valores en él subyacentes, y otras del lado de la consideración detenida mediante el análisis vía artículo 10.2.

A falta de un criterio claro, quizá sea de ayuda revisar dos casos recientes, ambos sobre discursos de odio por instigar a la violencia, fallados en mayo de 2018 por las secciones segunda y tercera del TEDH. El primero de ellos, *ROJ TV A/S vs. Dinamarca*, desemboca en una decisión de inadmisión basada en el artículo 17, cuyo alcance es desmenuzado con cita de abundante jurisprudencia en los párrafos 30 y siguientes de la sentencia. El caso tiene además interés porque llega al TEDH después de que el TJUE dictaminara a instancia de un juez alemán, en vía de cuestión prejudicial, sobre la posibilidad de que un Estado pueda prohibir las emisiones de televisión de una empresa radicada en otro Estado miembro, con base en la disposición de la Directiva reguladora de las actividades de radiodifusión televisiva (89/552/CEE), que prohíbe la difusión de contenidos que inciten al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad.

En el caso fallado por el TJUE, al igual que en el decidido por el TEDH, el problema de fondo era la emisión reiterada en *ROJ TV* (y en otra emisora llamada “Mesopotamia Broadcast”) de propaganda del Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK), cuyos puntos de vista sobre la supuesta legitimidad de la lucha armada y el complot internacional contra el terrorista convicto Öcalan eran asumidos plenamente. Ante el TEDH, el problema en examen era si la condena a penas de multa de la emisora, así como la de prohibición de emitir, por haber incurrido en el delito de cooperación con el terrorismo previsto en el Código Penal de Dinamarca, contravenían la libertad de expresión de los demandantes. El TEDH comienza citando la sentencia del TJUE, favorable a la posibilidad de prohibir, y de manera inmediata establece los principios que preludian el sentido de la decisión.

Lo que nos importa resaltar no es la insistencia en que apoyar la violencia e instigar el odio equivale a utilizar torticeramente el artículo 10 para destruir el sistema de los derechos del Convenio,

pues esto es algo que se presenta en línea de continuidad con decisiones tan relevantes como *Garaudy vs. Francia* (negacionismo), *Norwood vs. Reino Unido* (islamofobia), *Dieudonné M'Bala M'Bala vs. Francia* (antisemitismo) o la más reciente *Belkacem vs. Bélgica* (justificación de la *Sharia* y odio contra los no musulmanes), por citar solo algunas.

Lo relevante, insistimos, es que ahora el TEDH parece optar por una llamada a la contención en la aplicación de la doctrina del abuso de derecho, para concluir que este es uno de los casos en los que el recurso a la “guillotina” del artículo 17 está plenamente justificado. “El Tribunal [se lee en el párrafo 46 de la sentencia] cree oportuno recordar que el artículo 17 [...] solo debe ser aplicado en supuestos excepcionales y para casos extremos [...]. Y en el caso en examen el Tribunal ha dado una importancia decisiva al hecho de que en el procedimiento seguido ante los tribunales internos [...] quedó acreditado que el seguimiento de la actualidad desde un solo lado fue acompañado de reiteradas invitaciones a participar en la lucha y en las acciones armadas, de llamamientos para sumarse a la guerrilla, y de la presentación como héroes de los caídos en la lucha, todo lo cual [...] sobrepasa lo que podría ser considerado como una declaración de simpatía hacia el PKK [...]”. El TEDH parece estar diciendo, en definitiva —y a eso es a lo que apunta el párrafo siguiente— que en la actual hora europea, la prevención del terrorismo y de expresiones que guarden relación con él, e inviten a usar la violencia, se han convertido en los candidatos mejor colocados para merecer la aplicación apodíctica del artículo 17.

El segundo caso, *Stomakhin vs. Rusia*, sitúa los razonamientos del Tribunal exactamente en las antípodas de la aproximación realizada en el caso *ROJ TV*. El demandante es un periodista y activista político, director de una publicación llamada *Radikalnaya Politika* (*Política Radical*), desde la cual se criticaba acerbamente la actuación de las autoridades rusas con respecto al conflicto checheno. El espíritu de la publicación puede resumirse en la idea de que el pueblo checheno estaba comprometido en una lucha heroica contra la expansión colonial rusa, y en esa perspectiva los artículos incluían ocasionalmente chanzas contra los creyentes de la religión ortodoxa y expresiones como “asesinos del pueblo checheno”, “criminalidad patológica de Rusia”, “la

venganza por el genocidio del pueblo checheno llegará tarde o temprano”, “las explosiones en el metro de Moscú están justificadas y son legítimas” y otras por el estilo. La acción penal contra el periodista por llamar a acciones extremistas y aleccionar odio y hostilidad y humillar la dignidad por razón de etnia, origen, actitud frente a la religión o pertenencia a un grupo social (art. 282.1 del Código Penal ruso) desembocó en una condena firme a la pena de cinco años de prisión y tres de inhabilitación para el ejercicio de la profesión periodística.

En la sentencia, el TEDH reproduce —como de costumbre— el derecho interno aplicable, pero significativamente incluye en ese apartado un epígrafe separado bajo la denominación “Instrumentos y textos relevantes del Consejo de Europa”, en el cual cita la recomendación 15 contra el discurso de odio (de 2015) y su memorándum explicativo (a los que antes nos referimos), precisamente para resaltar la importancia de valorar los discursos controvertidos a la luz de las circunstancias y en concreto:

- (i) el contexto en el que aparece el discurso, con referencia a la presencia o no de graves tensiones en el seno de la sociedad en la que el discurso es difundido;
- (ii) la capacidad de quien habla de ejercer influencia sobre otras personas, por ejemplo, por ejercer liderazgo político, religioso o social;
- (iii) la naturaleza y el carácter del lenguaje empleado, es decir, hasta qué punto es provocativo y directo, si recurre o no a información falsa o a estereotipos y estigmatizaciones capaces de instigar acciones de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación;
- (iv) el contexto en el que aparecen expresiones concretas, o sea, si aparecen de manera aislada o reiterada, o bien, si pueden aparecer o no como contradichas en el marco del propio discurso o por la audiencia a través de un debate;
- (v) el medio utilizado para la difusión del discurso y la medida en la que permite o no suscitar respuestas inmediatas, como ocurre en un debate en directo, y finalmente,
- (vi) el tipo de audiencia, en el sentido de si concurre en ella una disposición o susceptibilidad para realizar actos de violencia, intimidación, hostilidad y discriminación.

Se trata, como se ve, de un conjunto de directrices cuyo propósito es guiar la aplicación de una categoría tan problemática como la del discurso de odio mediante la contención y la explicación racional. Y a la luz de ellas, y con la tríada de pasos de costumbre —previsión-justificación del límite-necesidad “democrática”—, el TEDH opta por enfrentarse al caso desmenuzando las opiniones y juicios de valor del demandante en tres categorías diferenciadas —unas que justifican la violencia terrorista, otras que califican la actuación de las autoridades rusas y unas terceras que se vinculan con la difusión de sentimientos negativos con respecto a los creyentes de una religión—.

Con este modo de proceder —y de manera un tanto sorprendente— el TEDH es capaz de dictar una sentencia en la que reconoce que ciertas afirmaciones —las del primer tipo— no están justificadas y, a la vez, llegar a la conclusión de que la libertad de expresión del demandante fue vulnerada. Traducido a la técnica argumentativa del Tribunal, ello se hace posible añadiendo al test de la *pressing social need* —que en este caso sí concurre, según el TEDH— un juicio adicional de proporcionalidad de la respuesta del Estado, juicio del que va a hacer depender, en definitiva, si dicha respuesta era o no necesaria en una sociedad democrática. La conclusión es que no lo era a la vista de la dureza de la sanción penal y teniendo a la vez en cuenta que el impacto potencial del medio en el que se expresaba el demandante era ciertamente limitado.

La sentencia tiene un voto particular del juez Keller muy crítico con el desmenuzamiento del discurso en partes susceptibles de un análisis por separado; algo que —se defiende en el voto— generará confusión y tendrá consecuencias que no son fáciles de prever, especialmente —concluye— en un momento como el presente, en el que varios Estados pertenecientes al Consejo de Europa se enfrentan a tensiones de tipo separatista.

7.4. Y LA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: ¿EL ODIOS TRIVIALIZADO?

Hasta la STC 177/2015, en la que el Tribunal Constitucional español (TC) decidió el amparo relacionado con la condena penal

de independentistas catalanes que quemaron una foto de los reyes, la jurisprudencia del TC en materia de discursos de odio era una jurisprudencia que podemos calificar de contenida y coherente. Contenida no solo en razón del limitado número de casos relacionados con ese tipo de discurso —algo, por lo demás, que tampoco es achacable al propio Tribunal—, sino porque era una jurisprudencia más bien “minimalista”, en el sentido de que estaba ceñida a responder las cuestiones jurídicas objeto del debate, sin plantearse como objetivo posicionarse en la materia de cara al futuro mediante afirmaciones e interpretaciones enfáticas y de amplio espectro.

El TC amparó el honor de Violeta Friedman, una víctima directa de los campos de concentración, frente a las opiniones “negacionistas” y ultrajantes de un filonazi (STC 214/1991); sostuvo la condena por un delito de injurias de los responsables de la publicación de un cómic de contenido claramente humillante para quienes estuvieron presos en los campos de exterminio (STC 176/1995), y resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona con respecto al hoy derogado artículo 607.2 del Código Penal, que castigaba la negación o justificación del genocidio. En su respuesta, el TC vino a decir —por mayoría de ocho votos contra cuatro— que la mera negación del genocidio, digamos desapasionada o neutra, siempre que no llevara implícita la justificación o enaltecimiento del mismo, debería reputarse que está protegida por la libertad de expresión, lo que determinó la declaración parcial de inconstitucionalidad del referido artículo del Código Penal (STC 235/2007). Esta sentencia continua siendo, por cierto, la única del TC en cuyo origen, además del delito de negación del Holocausto, estaba la persecución penal por el delito de incitación al odio racial del 510 del Código Penal en su redacción anterior a la reforma de 2015.

No obstante las muchas críticas doctrinales que recibió la STC 235/2007, y pese a que a la postre el TEDH acabaría condenando a España en este asunto por vulneración de las exigencias de un proceso justo (caso *Varela Geis vs. España*), podemos decir que en los tres casos citados la jurisprudencia del TC tiene una coherencia básica. Está basada en la defensa a ultranza del valor

dignidad, que se completa, en el caso de la *Librería Europa*, con el deseo de no quebrantar el hilo que vincula el delito de incitación al odio con el elemento intencional y el deseo de producir consecuencias, inmediatas o futuras, pero constatables. Y en relación con ello y alumbrada por el prurito de descartar en absoluto la persecución *sustantiva* de ideologías o creencias, el TC no se priva de recurrir al tópico de la presunta imposibilidad lógica de calificar nuestra democracia como “democracia militante”, ya que —como se dice expresamente en el FJ. 2 de la STC 176/1995 y se reitera en el FJ. 4 de la STC 235/2007— la Constitución protege también a quienes la niegan. La insistencia en dicho tópico, que solo se tiene en pie si definimos la *militancia constitucional* valiéndonos de las disposiciones sobre la reforma como el único indicador que hay que tener en cuenta —y cuyo nefasto corolario es que, respetando las formalidades, todo es defendible e igualmente respetable—, genera claras disonancias con relación a las concepciones del TEDH sobre el sentido último del reconocimiento de los derechos fundamentales en una sociedad democrática.

Hablando en términos abstractos, se trata de una disonancia que está soterrada o reclusa al ámbito de lo puramente teórico o especulativo. Lo paradójico es que, si descendemos a lo concreto, podríamos pensar que a menor “militancia constitucional”, mayor tolerancia frente a discursos o comportamientos “extremos” o molestos para una gran parte de la población. Y sin embargo, aquí tenemos una nueva brecha entre las posturas del TC y las del TEDH que la STC 177/2015 y la subsecuente del TEDH en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España* ejemplifican espectacularmente.

Cualquiera puede revisar los hechos que dan origen a la STC 177/2015 en *Youtube*. El video, de apenas un minuto y medio, muestra la congregación de decenas de personas en una plaza de la ciudad de Gerona bajo pancartas contra la ocupación de los países catalanes por los borbones, la colocación de una foto con las imágenes invertidas de Juan Carlos y Sofía en el centro de la plaza y la quema del retrato por dos personas con el rostro tapado. Estos fueron acusados y condenados por el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, como autores del

delito de injurias graves al rey, previsto en el artículo 490.3 del Código Penal, a la pena de 15 meses de prisión con suspensión del ingreso y multa sustitutiva de 2 700 euros a cada uno de ellos. La sentencia, que tuvo 6 votos particulares, fue confirmada por el Pleno de la Sala de lo Penal con una motivación que insistía en el carácter de la quema como expresión simbólica de desprecio a la institución y en la idea de que el tipo penal protege el honor del rey, pero solo en la medida en que es reconducible al ámbito del ejercicio de sus funciones constitucionales.

Interpuesto el amparo ante el TC por vulneración de los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión (art. 20.1.a CE), este es desestimado por el Pleno del TC con una mayoría de ocho votos contra tres. El TC aborda el asunto desde la perspectiva de la libertad de expresión en un largo fundamento jurídico (FJ. 2) que arranca con las habituales citas de jurisprudencia en defensa del derecho a la crítica desabrida e hiriente, para dar inmediatamente un giro metodológico y traer a colación el discurso de odio (con cita del caso decidido en 2009 por el TEDH, *Féret vs. Bélgica*) a fin de anunciar que el problema en examen no es tanto un problema de limitaciones legítimas de la libertad de expresión como de uno previo, el de la delimitación de su contenido.

Mediante ese expediente, que supone a la vez una reivindicación de la capacidad del TC para revisar a fondo las ponderaciones del juez ordinario, y pese a que la sentencia no se priva de deslizar el tópico de la condición no militante de nuestra democracia, el giro se da en el FJ. 4, cuando el TC nos dice que lo que se trata de dilucidar es si estamos en presencia de la expresión legítima de una opinión, o bien, ante el propósito de “desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”. Y también, un poco más adelante: “Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado «discurso del odio» son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes”.

Son muchas las cosas que se pueden decir de esta concepción desbordante del discurso de odio, manejada por el TC con el fin de realizar una “delimitación” apriorística de la libertad de expresión en nuestra “agnóstica” —por no militante— democracia constitucional. Los votos particulares y —de manera especial el del magistrado Xiol Rius— así lo señalan, advirtiendo de los peligros que entraña distorsionar los contenidos generalmente admitidos en el repositorio del discurso de odio, para albergar una versión supuestamente más sofisticada o *Smart* del mismo, que en realidad lo banaliza, transformándolo en otra cosa.

La sentencia del TEDH, *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, de 13 de marzo de 2018, cita expresamente el anexo a la recomendación R(97)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que el ámbito de aplicación de los principios allí enunciados en relación con el discurso de odio van referidos a “las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, que se manifiesten a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes o personas de origen inmigrante”. Y ello prelude una decisión de condena a España que sigue la línea de los casos *Castells* (1992) y *Otegui Mondragón* (2011), por la renuencia de los jueces españoles a reconocer la naturaleza de crítica política de ciertos discursos e incurrir en limitaciones de la libertad de expresión que resultan desproporcionadas e innecesarias en una sociedad democrática.

La utilización de la STC 177/2015 como *leading case* y precedente más relevante se deja sentir de forma explícita en la STC 112/2016, la primera sentencia en la que el TC admitió entrar al fondo de un amparo frente a una condena por enaltecimiento del terrorismo con motivo del discurso proferido por el recurrente en un acto de homenaje a un relevante miembro de la banda terrorista ETA, fallecido en 1978. Ciertamente, aquí la postura del TC se nos aparece bastante más en consonancia con la mantenida por el TEDH en materia de discursos que contemporizan con el terrorismo. Pero la afirmación que se desliza en el FJ. 4, en el sentido de vincular la presencia de un discurso de odio al

hecho de “propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”, unido al escenario político que se abrió con el final definitivo de ETA, pueden producir el efecto de favorecer una interpretación del artículo 578 apegada a la tesis del discurso político —como vuelve a reclamar el magistrado Xiol Rius en su voto particular a la STC 112/2016—, incluso cuando se trata de revisar el pasado, en lugar de una centrada en el propósito de justificar la violencia y humillar a quienes la padecieron.

7.5. CONCLUSIÓN: EL DISCURSO DE ODIOS Y LAS PARADOJAS Y CONTRADICCIONES DE UN CONCEPTO INASIBLE

En las páginas anteriores hemos concentrado nuestra atención en lo que nos parece que son los elementos más relevantes para comprender los problemas que plantea la persecución penal del discurso de odio. Hemos mirado las normas del Código Penal que lo regulan y hemos atendido a las interpretaciones jurisprudenciales europeas y del Tribunal Constitucional español cuando tienen que habérselas con la categoría, debiendo enfocar los asuntos concretos que se les plantean a la luz del compromiso con los derechos fundamentales y, en especial, con la libertad de expresión. Hemos realizado una exposición selectiva y parcial: solo las normas del Código Penal español y las jurisprudencias del TEDH y del TC, estas últimas porque entendemos que dan lugar a interpretaciones *relevantes* y *paramétricas* que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria española deben atender para cumplir el mandato que les imponen el artículo 10.2 de la Constitución —en cuanto a la jurisprudencia del TEDH— y el 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en cuanto a la jurisprudencia del TC—.

Pero al optar por esa estrategia, seguramente hemos dejado fuera cuestiones y datos que son esenciales para obtener una visión más ajustada a la realidad del problema en examen. Hay, desde luego, cuestiones que son rigurosamente de enfoque. Si tratamos el discurso de odio como un problema de persecución

penal, dejamos fuera formas de posicionarse frente a él que posiblemente resultan más idóneas para prevenirlo o para neutralizar su impacto. En ese sentido, habría que atender a las respuestas normativas inspiradas en el valor y el mandato constitucional de igualdad, como pueden ser, entre otras, la Ley 19/2007 contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, o las aprobadas en algunas comunidades autónomas de España para combatir lo que ha dado en llamarse la LGTB-fobia y promover la igualdad de las personas pertenecientes a esos colectivos. Claro que, en ese caso, quizá habría que “negar la mayor” y abandonar la inercia semántica atrapada en la etiqueta del “discurso de odio” para hablar preferiblemente de discursos discriminatorios.

Y ya puestos a revisar, ¿no procedería considerar hasta qué punto la presión de las instancias supranacionales en favor de la regulación penal del discurso de odio no ha tenido un efecto inhibitorio para el surgimiento de maneras menos traumáticas de combatirlo? Al fin y al cabo, como escribiera Durkheim —y esto es plenamente aplicable a uno de los problemas específicos que plantea la persecución penal del odio—, “la intención es una cosa demasiado íntima como para que pueda ser apreciada desde fuera y por aproximaciones groseras”.

En nuestro descargo, siempre podremos decir que los problemas jurídicos en el marco de las libertades propias de un Estado de derecho acaban desembocando inexorablemente en una cuestión de encuadre constitucional. Y de eso, de los condicionantes constitucionales de la persecución penal del discurso de odio y de los imperativos adicionales marcados por la(s) integración(es) supranacional(es), es de lo que hemos hablado; de eso y no de las tareas, realizadas o pendientes, dirigidas a evitar que el mandato específico de igualdad del artículo 9.2 de la Constitución española sea solo *flatus vocis*.

Pero al actuar así tampoco hay que olvidar que solemos caer en una especie de “paradoja epistémica” que condena nuestro saber de juristas a articularse como un saber azaroso e incompleto. La mirada desde el vértice, es decir, solo a algunos conflictos que son los que llegan a las más altas esferas resolutorias, nos nubla la visión y nos oculta los detalles decisivos de lo más corriente o de

lo más cercano, que son, en materia del discurso de odio, como en cualquier otro ámbito de estudio, los que más importan. Los criterios para perseguir o no una conducta y para ejercer la acción penal o desistir de hacerlo; los que se manejan para decretar el archivo de la causa o darle trámite, y los que se atienden para dictar resoluciones que pueden ser recurridas o no. Eso es lo que más interesa, sin que de todo ello alcancemos generalmente a tener más que un panorama limitado y de segunda mano.

En sede de jurisdicción ordinaria, las respuestas son a veces axiomáticas y favorables a la sanción, por lo que el discurso es en sí mismo reprobable, y otra veces matizadas y “atemperadoras” en razón de las circunstancias que lo rodean y la previsible ausencia de daños consecuenciales. Nada que no hayamos visto reflejarse en las posiciones de los intérpretes supremos. Sin salir de ese ámbito, el de la jurisdicción ordinaria, pero atendiendo también allí a la posición de las cúspides —las Salas de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional—, sabemos que hay divergencia de puntos de vista, sobre todo en cuanto a los requisitos que tienen que concurrir para apreciar enaltecimiento del terrorismo.

Una de las paradojas más lacerantes que provoca la persecución penal del discurso de odio es la multiplicación exponencial de sus efectos. Cultivadores del género musical conocido como rap, cuya fama no hubiera salido nunca del reducido núcleo de sus adeptos, atraen ahora una atención mediática generalizada y sostenida. Si comparamos dicho efecto amplificador con el que la norma penal atribuye por definición al uso de las redes sociales, la descompensación es evidente. A instancias de la Unión Europea, *Facebook*, *Google*, *Twitter* y *Microsoft* comparten, de todos modos, desde hace un par de años, un código de conducta para bloquear los contenidos que inciten a la violencia y en algunos países —en Alemania, por ejemplo— se ha legislado para establecer la obligación de suprimir de la red los contenidos ilegales y el procedimiento para llevar a cabo el borrado.

Son solo pinceladas de un panorama en el que los discursos, los delitos y (ahora también) los incidentes de odio parece que han acabado por convertirse en el problema por excelencia de las sociedades con un sistema de libertad de expresión anclado

sólidamente a su ser constitutivo. Si esto fuera así, y el odio, el anatema, la voluntad de aniquilar al diferente y la intolerancia dogmática hubieran desplazado de verdad la vigencia —social, pero también en el reducto de la conciencia de cada cual— de los valores que las constituciones proclaman, entonces no habría oficinas, fiscalías ni tribunales que pudieran hacer frente a la marea de aniquilación. Nuestras sociedades abiertas a la diversidad se habrían transformado en sociedades obsesivas y enfermas, y en la era de la comunicación digital a escala global, la libertad de expresión habría regresado a los momentos del control inquisitorial.

Las exigencias de seguridad de la sociedad democrática y el deseo de sentar las bases de una convivencia pacífica de los individuos y de los grupos no pueden hacernos olvidar que la medida y el cálculo costo-beneficio tienen que ser consustanciales a los planteamientos con los que nos enfrentemos a los discursos de odio, si no queremos que nuestras respuestas acaben dañando la solidez y la coherencia de las convicciones que pretendemos defender.

Bibliografía

- Ackerman, Bruce, *We the People: Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.
- Austin, John Langshaw, *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós, 1998.
- Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.
- Ballbé, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza Editorial, 1983.
- Barbería, José Luis y Unzueta, Patxo, *Cómo hemos llegado a esto. La crisis vasca*, Madrid, Taurus, 2003.
- Bendersky, Joseph, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press, 1983.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Bollinger, Lee, *The Tolerant Society*, Nueva York, Oxford University Press, 1986.
- Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991.

- Cátala y Bas, Alexandre, *La (in)tolerancia en el Estado de derecho*, Valencia, Revista General de Derecho/Diputació de Castelló, 2002.
- Cisneros Laborda, G.; Fraga Iribarne, M.; Herrero de Miñón, M.; Peces-Barba, G.; Pérez-Llorca, J. P.; Roca i Junyent, M. y Solé Tura, J., *20 años después. La Constitución cara al siglo XXI*, Madrid, Taurus, 1998.
- Cruz Villalón, Pedro, *La Constitución inédita*, Madrid, Trotta, 2004.
- Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw Hill, 1997.
- , *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEPC, 1997.
- Dijk, Pieter van y Hoof, Fried van, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Deventer-La Haya, Kluwer, 1990.
- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- Eriksen, Erik O.; Fossum, John Eerik y Menéndez, Agustín José (eds.), *Constitution Making and Democratic Legitimacy*, ARENA Report 5/2002.
- , *The Chartering of Europe. The European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.
- Esser, Josef, *Schuldrecht*, Karlsruhe, Müller, 1968, vol. I.
- Facchi, Alexandra, *I diritti nella Europa multiculturale*, Bari, Laterza, 2001.
- Fathy, Mahmud, *La doctrine musulmane de l'abus de droit*, Lyon, Henry George, 1913.
- Fawcett, James, *The Application of the European Convention of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987.
- Ferrajoli, Luigi, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

- Ferrarese, Maria Rosario, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- , *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Ferrerres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002.
- Gallwas, Hans-Ullrich, *Der Missbrauch von Grundrechten*, Berlín, Duncker & Humblot, 1967.
- Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994.
- Gray, John, *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Barcelona, Paidós, 2001.
- Gresti, Marco, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milán, Giuffrè, 2003.
- Häberle, Peter, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milán, Giuffrè, 2003.
- , *Diritto e verità*, Turín, Einaudi, 2000.
- , *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993.
- , *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000.
- Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- , *Multiculturalismo*, Milán, Feltrinelli, 1998.
- Hare, Ivan y Weinstein, James (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Held, David, *Toleration: An Elusive Virtue*, Princeton, Princeton University Press, 1996.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Jackson, Gabriel, *Memoria de un historiador*, Barcelona, Temas de Hoy, 2001.

- Jemolo, Arturo Carlo, *I problemi pratici della libertà*, Milán, Giuffrè, 1972.
- Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- Kirchheimer, Otto, *Justicia política*, Granada, Comares, 2002.
- Kirshner, Alexander, *A Theory of Militant Democracy: the Ethics of Combatting Political Extremism*, New Haven, Yale University Press, 2014.
- Klemperer, Victor, *LTI. La lengua del Tercer Reich*, Barcelona, Minúscula, 2001.
- Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Lanzillo, Ma. Laura, *Tolleranza*, serie “Lessico de la politica”, Bologna, Il Mulino, 2001.
- Lewis, Anthony, *Make no Law. The Sullivan Case and the First Amendment*, Nueva York, Random House, 1991.
- López Guerra, Luis y Espín, Eduardo (eds.), *La defensa del Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1976, vol. III.
- Luverà, Bruno, *Il Dottor H. Haider e la nuova destra europea*, Turín, Einaudi, 2000.
- Margalit, Avishai, *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 1997.
- Martínez de Pisón, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001.
- Meiklejohn, Alexander, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Nueva York, Harper and Brothers, 1948.
- Mengoni, Luigi, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán, Giuffrè, 1996.
- Moufe, Chantal, *El retorno de lo político*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

- Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, CEPC-BOE, 2000.
- Neumann, Franz, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, FCE, 1983.
- Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.
- Overy, Richard, *Interrogatorios. El Tercer Reich en el banquillo*, Barcelona, Tusquets, 2003.
- Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales. I Teoría general*, Madrid, Gualiana, 1973.
- et al., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1995.
- Pizzorusso, Alessandro, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, París, 1900, vol. I.
- Post, Robert, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, Working Paper 9, 2000, Institute of Governmental Studies.
- Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.
- , *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1978.
- Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1983.
- Rescigno, Pietro, *L'abuso del diritto*, Roma, Il Mulino, 1998.
- Revenge, Miguel, *Derechos fundamentales y constitucionalismo*, México, Porrúa, 2014.
- , *La Europa de los derechos entre tolerancia e intransigencia*, Madrid, Difusión Jurídica, 2008.
- , *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2015.
- , *Seguridad nacional y derechos humanos. Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Pamplona, Aranzadi, 2002.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1996.

- Rovira, Antoni, *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona, Península, 1983.
- Ruiz Landáburu, María José, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, Colex, 2002.
- Sajó, András (ed.), *Militant Democracy (Issues in Constitutional Law)*, Londres, Eleven International Publishing, 2004.
- Sánchez Ferlosio, Rafael, *Vendrán más años malos y nos harán más ciegos*, Barcelona, Destino, 1993.
- Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Extranjeros e islámicos*, Madrid, Taurus, 2002.
- , *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.
- Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 1991.
- , *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, Granada, Comares, 2004.
- , *Glossario*, Milán, Giuffrè, 2001.
- , *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Alianza Editorial, 1971.
- Searle, John, *Actos de habla*, Madrid, Cátedra, 2001.
- Speer, Albert, *Memorias*, Barcelona, El Acantilado, 2001.
- Steiner, Henry y Alston, Philip, *International Human Rights in Context. Law, Politics and Morals. Text and Materials*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Madrid, CEC, 1987.
- Stone, Geoffrey, *Perilous Times: Free Speech in Wartime from the Sedition Act to the War on Terrorism*, Nueva York, Norton, 2004.
- Thiel, Markus (ed.), *The “Militant Democracy” Principle in Modern Democracies*, Londres, Ashgate, 2009.
- Todorov, Tzvetan, *El hombre desplazado*, Madrid, Taurus, 1998.
- , *Los abusos de la memoria*, Barcelona, Paidós, 2000.
- , *Memoria del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*, Barcelona, Península, 2002.

- Tomás y Valiente, Francisco, *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996.
- Vidal Marín, Tomás, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid, BOE-CEPC, 2000.
- Volpe, Giuseppe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000.
- Wagman, Robert J., *The First Amendment Book*, Nueva York, Pharos Books, 1991.
- Waldron, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, Nueva York, Harvard University Press, 2012.
- Walzer, Michael, *On Toleration*, New Haven, Yale University Press, 1997.
- , *Sulla Tolleranza*, Bari, Laterza, 1998.
- , *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998.
- Welzel, Hans, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1961.
- Yourow, Howard C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, La Haya, Kluwer, 1996.
- Zolo, Danilo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milán, Feltrinelli, 1995.

Ensayos

- Alonso García, Ricardo, “Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en García de Enterría, Eduardo (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Colegio Libre de Eméritos-Civitas, 2002.
- Alston, Philip y Weiler, Joseph, “An «Ever Closer Union» in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights”, en Alston, Philip (ed.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Apel, Karl-Otto, “Plurality of the Good? The problem of Affirmative Tolerance in a Multicultural Society from an Ethical Point of View”, en *Ratio Iuris*, núm. 10, 1997.

- Baer, Susanne, “Violence: Dilemmas of Democracy and Law”, en Kretzmer, David y Hazan, Francine Kershman (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, La Haya-Londres-Boston, Kluwer Law International, 2000.
- Barak-Erez, D. y Scharia, D., “Freedom of Speech, Support for Terrorism and the Challenge of Global Constitutional Law”, en *Harvard National Security Journal*, núm. 2, 2011.
- Baroncelli, Flavio, “Come scrivere sulla tolleranza. Michael Walzer e l’intolleranza delle teorie”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. XVIII, núm. 1, 1998.
- Bendersky, Joseph, “Carl Schmitt at Nuremberg”, en *Telos*, núm. 72, 1987.
- Bilbao Ubillos, José María, “La excarcelación tenía un precio: el Tribunal Constitucional enmienda la plana al legislador (Comentario a la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000.
- Blasi, Vincent, “The First Amendment and the Ideal of Civil Courage: The Brandeis Opinion in *Whitney vs. California*”, en *William and Mary Law Review*, vol. 29, núm. 4, 1988.
- Bovero, Michelangelo, “L’intransigenza nell’età dei diritti”, en *Teoria Politica*, vol. XV, núms. 2-3, 1999.
- Bustos, Gisbert, “Libertad de expresión y discurso negacionista”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2015.
- Capoccia, Giovanni, “Defending Democracy: Reactions to Political Extremism in Inter-war Europe”, en *European Journal of Political Research*, vol. 39, núm. 4, 2001.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año. 5, núm. 9, 2001.
- Cole, David, “The First Amendment’s Borders: The Place of *Holder vs. Humanitarian Law Project* in First Amendment Doctrine”, en *Harvard Law and Policy Review*, núm. 6, 2012.

- Chafee, Zechariah, “Freedom of Speech in War Time”, en *Harvard Law Review*, núm. 32, 1919.
- Denninger, Erardo, “Democracia militante y defensa de la Constitución”, en Benda, Ernest; Maihofer, Werner; Vogel, H.; Hesse, Konrad y Heyde, Wolfgang, *Manual de derecho constitucional*, trad. de Antonio López Pina, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996.
- Díez-Picazo, Luis María, “¿Qué significa ser Estado dentro de la Unión Europea?”, en García de Enterría, Eduardo (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*; Madrid, Colegio Libre de Eméritos-Civitas, 2002.
- Domingo Pérez, Tomás de, “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* o efecto desaliento”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122, 2003.
- Douglas-Scott, Sionaidh, “The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches”, en *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol 7, núm. 2, 1999.
- Duch, Raymond M. y Gibson, James L., “«Putting Up With» Fascism in Western Europe: A Comparative, Cross-Level Analysis of Political Tolerance”, en *Western Political Quarterly*, núm. 45, 1992.
- Flauss, Jean-François, “L’abus de droit dans le cadre de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 1992.
- Fost, Rainer, “I limiti della tolleranza”, en *Teoria Politica*, núm. 2, Madrid, 2001.
- Fox, Gregory y Nolte, Georg, “Intolerant Democracies”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 36, núm. 1, 1995.
- Frowein, Jochen, “Incitement against Democracy as a Limitation of Freedom of Speech”, en Kretzmer, David y Hazan, Francine Kershman (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, La Haya-Londres-Boston, Kluwer Law International, 2000.
- Galeotti, Anna Elisabetta, “Joseph Raz e il perfezionismo liberale”, en Zanetti, Gianfrancesco (ed.), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milán, Raffaello Cortina, 1999.

- Galinsoga, Albert, “Artículo 30”, en Asociación para las Naciones Unidas en España, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Barcelona, Icaria, 1998.
- García Herrera, Miguel Ángel, “Estado democrático y libertad de expresión (I)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 64, 1980.
- Garzón Valdés, Ernesto, “No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 19, 1992.
- , “Some Remarks on the Concept of Toleration”, en *Ratio Iuris*, vol. 10, núm. 2, 1997.
- Gestri, Marco, “Considerazioni sulla teoria dell’abuso del diritto alla luce della prassi internazionale”, en *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXVII, 1994.
- Gianformaggio, Leticia, “El mal a tolerar, el bien de tolerar; lo intolerable”, en *Doxa*, núm. 11, 1992, Universidad de Alicante.
- Gómez Torres, Carmelo, “El abuso de los derechos fundamentales”, en Cascajo, José Luis y otros, *Los derechos humanos: Significado, estatuto jurídico, sistema*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979.
- Gusy, Christoph, “Las constituciones de entreguerras en Europa Central”, en *Fundamentos*, núm. 2, 2000 (*Modelos constitucionales en la historia comparada*).
- Haarscher, Guy, “Tolerance of the Intolerant?”, en *Ratio Iuris*, núm. 10, 1997.
- Hanshew, Karrin, “Militant Democracy, Civil Disobedience and Terror: Political Violence and the West German Left during the «German Autumn», 1977”, en *AICGS Humanities*, núm. 14, 2003.
- Íñiguez, Diego y Friedel, Sabine, “La prohibición de partidos políticos en Alemania”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 122, 2002.
- Johnson, Lonnie R., “On the Inside Looking Out: Austria’s New ÖVP-FPÖ Government, Jörg Haider and Europe”, en *Habsburg Occasional Papers*, núm. 2, 2000.
- Kahn, Robert, “Why do Europeans Ban Hate Speech? A Debate between Karl Loewenstein and Robert Post”, en *Hofstra Law Review*, núm. 41, 2013.

- Kübler, Friedrich, “How Much Freedom of Speech?: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights”, en *Hofstra Law Review*, vol. 27, 1998.
- La Torre, Massimo, “La tolerancia como principio no relativo del ejercicio de un derecho. Una aproximación «discursiva»”, en *Derechos y Libertades*, núm. 8, 2000.
- , “Ota Weinberger, Neil MacCormick e il neoistituzionalismo giuridico”, en Zanetti, Gianfrancesco (ed.), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milán, Cortina, 1999.
- Lanchester, Fulco, “Un giurista davanti a se stesso. Intervista a Carl Schmitt”, en *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1993.
- Lewis, Anthony, “Keynote Address: Freedom of Speech and Incitement against Democracy”, en Kretzmer, David y Hazan, Francine Kershman, *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, La Haya, Kluwer, 2000.
- Liisberg, Jonas Bering, “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?”, en *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 4/01, 2001.
- Loewenstein, Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights”, en *The American Political Science Review*, vol. XXXI, núms. 3-4, 1937.
- Longo, Andrea, “Valori, principi e Costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base”, en *Diritto e Società*, núm. 1, 2002.
- López Guerra, Luis María, “Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65, núm. 2, 2003.
- , “Integración europea y constituciones de los países candidatos”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001.
- Lucas, Javier de, “Para dejar de hablar de tolerancia”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 1992, Universidad de Alicante.
- Luther, Jörg, “La croce della democrazia (Prime riflessioni su una controversia non risolta)”, en Gozzi, Gustavo (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bolonia, Il Mulino, 1997.

- Marmo, Luigi, “Abuso del diritto (diritto internazionale)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1968, vol. I.
- Martínez Sospedra, Manuel, “Aplastar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP”, en *Revista General de Derecho*, núms. 664-665, 2000.
- Monconduit, François, “L’abus de droit de recours individuel devant la Comisión Européenne des Droits de l’Homme”, en *Annuaire FranVais de Droit International*, 1971.
- Müller, Jan-Werner, “Militant Democracy”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- Niesen, Peter, “Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties”, en *German Law Journal*, vol. 3, núm. 7, 2002, disponible en <http://www.germanlawjournal.com>
- Pace, Alessandro, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001.
- Pérez Bermejo, Juan Manuel, “La tolerancia del intolerante en la teoría de John Rawls”, en *Derechos y Libertades*, núm. 5, 1997.
- Post, Robert, “Hate Speech”, en Hare, Ivan y Weinstein, James (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- , “Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad”, en *Constellations*, 2007.
- Rawls, John, “The Idea of an Overlapping Consensus”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 1, 1987.
- Raz, Joseph, “Autonomy, Toleration, and the Harm Principle”, en Mendus, Susan (ed.), *Justifying Toleration. Conceptual and Historical Perspectives*, Nueva York, Cambridge University Press, 1988.
- Rensmann, Thilo, “Procedural Fairness in a Militant Democracy: The «Uprising of the Decent» Fails Before the Federal Constitutional Court”, en *German Law Journal*, vol. 4, núm. 11, 2003.

- Revenge, Miguel, “Acerca de la eficacia de las sentencias del TEDH: ¿amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina? Una propuesta de reforma”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12, 2004.
- , “La defensa de la democracia y el *síndrome de Weimar*. Crítica de algunas inconsistencias de la jurisprudencia constitucional española”, en Ríos, Luis Efrén (ed.), *Tópicos electorales. Un diálogo entre América y Europa*, Madrid, CEPC, 2011.
- , “Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa del *ethos* político democrático en la jurisprudencia constitucional española”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 21, 2004.
- Rey Martínez, Fernando, “Discurso del odio y racismo líquido”, en Revenge, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2015.
- Ridao, José María, “Francia y la zona gris”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 123, 2002.
- Ripoli, Mariangela, “Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio”, en *Ragion Pratica*, núm. 12, 1999.
- Rodríguez-Izquierdo, Miryam, “El discurso del odio a través de Internet”, en Revenge, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2015.
- Rosenfeld, Michael, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, en *Cardozo Law Review*, vol. 24, núm. 4, 2003.
- Rubio Llorente, Francisco y Alonso García, Ricardo, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, en García de Enterría, Eduardo (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*; Madrid, Colegio Libre de Eméritos-Civitas, 2002.
- Salter, Michael, “Neo-Fascist Legal Theory on Trial: an Interpretation of Carl Schmitt’s Defence at Nuremberg from the Perspective of Franz Neumann’s Critical Theory of Law”, en *Res Publica*, núm. 5, 1999.
- Schauer, Frederick, “Speech, Behaviour and the Interdependence of Fact and Value”, en Kretzmer, David y Hazan, Francine

- Kershman (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, La Haya-Londres-Boston, Kluwer Law International, 2000.
- Schmitt, Annette, “Las circunstancias de la tolerancia”, en *Doxa*, núm. 11, 1992, Universidad de Alicante.
- , “The Basic law and the Limits of Toleration”, en *German Politics*, vol. 9, núm. 2, 2000.
- Sotelo, Ignacio, “El ascenso de la extrema derecha. Riesgos y retos de la transformación del Estado nacional”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 123, 2002.
- Taylor, Charles, “The Politics of Recognition”, en Gutmann, Amy, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994.
- Tomás y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, en *Doxa*, núms. 15-16, 1994, Universidad de Alicante.
- Torre, Sonia de la y Cotino, Lorenzo, “El caso de los contenidos nazis en *Yahoo* ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad de Internet”, en *Actas del XV Seminario de Derecho e Informática*, Pamplona, Aranzadi, 2002.
- Troper, Michel, “La legge Gayssot e la Costituzione”, en *Ragion Pratica*, 1997/1998.
- Tulkens, Françoise, “The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights”, en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 9, 2011.
- Vázquez, Víctor, “La libertad de expresión y religión en la cultura liberal: de la moralidad cristiana al miedo postsecular”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2015.
- Vírgala, Eduardo, “Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, 2002.
- Vives Antón, Tomás Salvador, “Sobre la apología del terrorismo como «discurso» del odio”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2015.

- Wachsman, Patrick, “Libertà di espressione e negazionismo”, en *Ragion Pratica*, núm. 12, 1999.
- Walker, Clive, “Militant Speech about Terrorism in a Smart Militant Democracy”, en *Mississippi Law Journal*, núm. 80, 2011.
- Whitman, James Q., “Enforcing Civility and Respect: Thre Societies”, en *The Yale Law Journal*, vol. 109, núm. 6, 2000.
- , “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, en *Yale Law Journal*, núm. 113, 2004.
- Zolo, Danilo, “Positive Tolerance: An Ethical Oxymoron”, en *Ratio Iuris*, núm. 10, 1997.

Web

- “Comunicado de los XIV tras el Informe de los «Tres sabios» sobre la situación en Austria”, disponible en <http://www.bmaa.gv.at/oesterreich/index.html.en>
- “Declaración de la Presidencia Portuguesa de la Unión Europea en Nombre de los Estados”, 31 de enero de 2000, <http://www/ex.unict.it/cde/documenti/rel-ester/2000/000131.eupress.htm>
- Bantekas, Ilias, “Austria, The European Union and Article 2(7) of the UN Charter”, disponible en <http://www.asil.org/insights/insigh40.htm>
- Consejo de Europa sobre “Restrictions on Political Parties in the Council of Europe Member States”, resolución 1308, 2002, disponible en <http://assembly.coe.int/Documents/Adopted-Text/TA02/ERES1308>
- Díez-Picazo, Luis María, “Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos”, disponible en <http://www.aranzadi.es/online/publicaciones/aja/diario/activos/d050203/coment.html>
- Diner, Dan, “Restitution and Memory: The Second World War, the Holocaust and the Construction of a Canon of Common Values in a Uniting Europe”, disponible en http://www.epf-eu.org/pub/bulletinv04/bulletin_thema_detail_en.html?thema=37articleid=81

- European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures*, adopted at its 41st plenary session (Venice, 10-11 December, 1999), disponible en [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)001-e.html](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)001-e.html)
- Frowein, Jochen, “Constitutional Law and International Law at the Turn of the Century”, disponible en <http://www.puk.ac.za/lawper/1998-1/froweinwp.doc>
- Hall, Stephen, “Tales from the Viena Woods: EU Constitutional Law and Democracy in the Member States”, disponible en *Challenge Europe (On Line Journal)*, <http://www.theepc.net/en/default.asp?TYP=CE&LV=177&see=y&t=96&PG=CE/EN/detail&l=10&AI=8>
- Merlingen, Michel; Mudde, Cas y Sedelmeier, Ulrich, “Constitutional Politics and the «Embedded *Acquis Communautaire*»: The Case of the EU Forteen Against the Austrian Government”, ConWEB, núm. 4/2000, <http://les1.man.ac.uk/conweb>
- Revenga, Miguel, “The Move Towards (and The Struggle for) Militant Democracy in Spain”, disponible en www.essex.ac.uk/ECPR/events/generalconference/marburg/papers
- Rumpf, Christian, “Turkish Constitutional Law and the European Union from a European Point of View”, en Informe al Consejo de Europa (Comisión de Venecia), noviembre de 2001, disponible en <http://www.tuerkei.recht.de/CE-ConstitutionTR.pdf>
- Schmidt, Patrick, “The Dilemma to a Free People: Justice Robert Jackson, Walter Bagehot ant the Creation of a Conservative Jurisprudence”, disponible en <http://www.historycooperative.org/journals/lhr/20.3/schmidt.html>
- Shwayri, R., “Austriacized: The EU’s Self-defeating Sanctions”, disponible en <http://www.csis.org/pubs/prospectus/00summerShwayri.html>
- The Prosecutor vs. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, caso ICTR-99-52-T, sentencia de 3 de diciembre de 2003; disponible en <http://www.ictor.org/ENGLISH/cases/Nahimana/index.htm>

Intransigencia constitucional.
Sobre los límites de la tolerancia en el Estado constitucional de derecho
Miguel Revenga Sánchez
se terminó de imprimir en junio de 2019,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de 1000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Teorías contemporáneas de la justicia.

Introducción y notas críticas

RODOLFO VÁZQUEZ

(En coedición con el

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

Diálogos democráticos

LUIS ESPÍNDOLA MORALES

ROGELIO FLORES PANTOJA (COORDS.)

(En coedición con el

Instituto Electoral del Estado de Querétaro)

Interamericanización del derecho a la salud

Perspectivas a la luz del caso

Poblete de la Corte IDH

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

LAURA CLÉRICO (COORDS.)

Impacto de la corrupción en los derechos humanos

CARLOS TABLANTE

MARIELA MORALES ANTONIAZZI (EDS.)

Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas

LAURA CLÉRICO

Estudios de derecho internacional de los derechos humanos

FELIPE GONZÁLEZ MORALES

Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

INTRANSIGENCIA CONSTITUCIONAL

SOBRE LOS LÍMITES DE LA TOLERANCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Los siete estudios que componen esta obra nos invitan a reflexionar sobre la contraposición entre tolerancia e intransigencia a propósito del ejercicio de derechos tan básicos como el de asociación política y la libertad de expresión.

Dicho análisis cubre un arco temporal que va desde los primeros años del siglo XXI hasta 2018, y aborda los problemas desde una perspectiva prevalentemente española y europea.

Esta perspectiva se encuentra presente de manera particularmente intensa en los trabajos sobre los valores europeos y la defensa de la democracia, así como en el que aborda el problema de la tolerancia "situado" en el horizonte de la Unión Europea. Ahí aparece además un intento de replantear, desde un punto de vista teórico, el significado actual de la tolerancia, así como la cuestión de sus límites para el Estado constitucional.

Los temas tratados en esta obra son de una vigencia que trasciende las épocas y las latitudes.

ISBN 978-607-7822-52-3



9 786077 822523

QRO
ORGULLO
DE **MX**



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO