

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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.

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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 acaecidas 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.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 medio son responsables de las consecuencias que generen”.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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.

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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.

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 prerequisito 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 vacíos de contenido real otros derechos que la CE consagra, reducidas a formas húeras 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”.

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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 Cf., 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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”.

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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 nacionalsocialismo 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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, *cfr.*, 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.

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 calidad 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.

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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.

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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 lastrado 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,

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 sobradadas 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 sugerivas 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, Sionaith, “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, pp. 305 y ss.

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

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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 azulado 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 *Cómico racista*).

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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.

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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 transcrita, 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).

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

zó la admisión a trámite de una cuestión de constitucionalidad 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 constitucionalidad 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 constitucional, por cuanto penalizaba el mero cuestionamiento o negación del Holocausto cuando no iba acompañado de la intención de menoscabar 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-

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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 Constitu-

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 ataque 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 afirma 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 escrupulo alguno el vilipendio del pueblo judío [...]*”. (FJ. 5)

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 exculpatorios de la *exceptio veritatis*. Y tal

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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 explaya 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 imprensa, la radiodifusión o cualquier

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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)

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 querella 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 querella a la que acabamos de referirnos; véase *El País*, 3 de abril de 2004, p. 20.

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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-

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

Pues bien, la querella 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). Ciertamente, 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.

Trazando los límites de lo tolerable: libertad de expresión y defensa...

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”.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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.