

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 proscribe.

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 inabordable, 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 neoistituzionalismo giuridico”, en Zanetti, Gianfrancesco (ed.), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milán, Cortina, 1999, pp. 1 y ss.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

lo demás, es decir, las disposiciones de carácter sustantivo reconocidas 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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, quizás 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 quizás 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 encabezamiento (“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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 acutantes 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 general 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 Decimonovenzo 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 pedigree 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-

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

bre inconstitucionalidad de determinadas formaciones políticas, que es la especie con respecto a aquél, 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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 hiere 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 *Drittewirkung* 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 nete, 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 Peçes-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 Peçes-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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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, CEPC-BOE, 2000, pp. 88 y ss.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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-

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 —admissible— arbitrio del intérprete para evitar que degenera 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

Pero en el caso de las teorías sobre los límites, por lo menos son operativos, en la mayoría de los casos, criterios expresos estudiados 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 María Rosario Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società trasnazionale*, 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 through 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

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 alejar 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 justicia*.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 realzado 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 concurren tes 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/trials/nuremberg/Jackson.html>

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

nes insultantes y despectivas —“escorias rastreñas” 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 enconronazo, 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

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 polítólogos 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>

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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*.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 *Béhemot*, 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 equivalearía 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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, falto 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 removverse 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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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”.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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=37&articleid=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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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*).

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 “manifestamente 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 manifestamente 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 récours 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.*

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 frances,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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 *schnittiano*, 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 inadmisible 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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. Charte 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 señosos, 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 resaltada 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 Fawcet, 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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".

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

[...] 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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”).

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 *guest-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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 apodícticamente 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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”.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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”.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 transscrito, para tipificar expresamente "la aprobación, negación o banalización del Holocausto cometido bajo el régimen nacionalsocialista, realizadas en público".

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 decorso 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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, anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945”.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 *Cómic 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 *Cómic racista*): “nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacuerdo 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 Marianella Ripoli, “Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio”, en *Ragion Pratica*, núm. 12, 1999, pp. 71 y ss.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 *Refa* *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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 Comission) sentenció que el contenido de dicho sitio contraviene el artículo 13.1 de la Declaración, por incitar al odio o menoscabo 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 Die?*”, 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 previsões 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*

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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”.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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: Dilemas 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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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*, necesario 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 soluciones 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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. Habilmente, 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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, quizás 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

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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 presume 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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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”.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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 Hanshew, Karrin, “Militant Democracy, Civil Desobedience 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.

Un estudio sobre la cláusula de cierre de la Carta de los Derechos...

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

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.