

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

4.1. PLANTEAMIENTO

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

4.2. ¿QUÉ SIGNIFICA HOY SER TOLERANTE? UNA (MODERADA) DEFENSA DE LA INTRANSIGENCIA

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

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

³³ *Ibidem*, p. 107.

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

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

⁴¹ *Ibidem*, pp. 42-43.

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

⁴⁷ *Ibidem*, p. 31.

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

⁵¹ *Ibidem*, p. 136.

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

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

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

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

⁶⁴ La declaración, aprobada por la Comisión el 1 de febrero, dice así: “La Comisión toma nota de la declaración de 31 de enero de la Presidencia portuguesa, en nombre de 14 Estados miembros de la Unión, relativa a las perspectivas de la coalición gubernamental en Austria e indica que comparte las preocupaciones en que se basa esta Declaración. Subraya que seguirá cumpliendo con su deber de guardiana de las normas y valores enunciados en los Tratados, que establecen que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y del Estado de derecho, como se desprende, en particular, de los artículos 6 y 7 del Tratado de la Unión Europea. En esta fase, la Comisión considera que el funcionamiento de las instituciones europeas no se ha visto afectado. En este contexto se propone seguir de cerca, en estrecha relación con los Gobiernos de los Estados miembros, la evolución de la situación manteniendo al mismo tiempo sus relaciones de trabajo con las autoridades austriacas”, *Boletín UE*, ½-2000: 1.10.18.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

Sea como fuere, un examen del caso de las sanciones a la luz de los principales documentos relacionados con él no refuerza precisamente las razones esgrimidas por los 14. Por sí mismo, no lo hace el famoso “Programa 2000”, con el que el partido de Haider concurrió a las urnas y rozó 27% del voto; en él aparece, adaptada a Austria, toda la retórica de la (llamada) “nueva derecha” populista, de tintes micronacionalistas y eurofóbicos;⁶⁷ ¿xenófobos? También, sin duda, pero no en mayor medida de lo que eran ya en buena parte de Europa los programas de muchos partidos. Se nos dirá que la diferencia estribaba, por entonces, en que ninguno de ellos había ocupado *aún* responsabilidades de gobierno. Pero, sin caer en la falacia *post hoc*, el argumento pierde consistencia si se lee atentamente la “declaración”, firmada por el canciller Schüssel y el propio Haider, el 3 de febrero de 2000, “Responsabilidad por Austria. Un futuro en el corazón de Europa”, cuya literalidad resulta exquisitamente respetuosa con los principios y los valores subyacentes al proyecto de construcción europea.⁶⁸

Pero el documento de referencia central, a cuyo contenido se debe que el caso de las sanciones se desinflara como un globo, es el célebre informe de infiusto nombre, que el Consejo —*rectius*: la presidencia portuguesa en nombre de 14 Estados— tuvo a bien encargar. No deja de ser curioso que tal encargo se verificara

and the «Embedded Acquis Communautaire»: The Case of the EU Fourteen Against the Austrian Government”, ConWEB, núm. 4/2000, <http://les1.man.ac.uk/conweb>

⁶⁷ Remito al ya citado libro de Luverà, Bruno, *Il Dottor H. Haider e la nuova destra europea, ...cit.*, donde las señas programáticas de esa “nueva derecha” se remiten al manifiesto lanzado con tal nombre por Alain de Benoist y C. Champetier en 1999.

⁶⁸ La declaración comienza resaltando la “inequebrantable adhesión a los valores morales y espirituales que son herencia común de los pueblos de Europa, y auténtica fuente de la que emana la libertad individual, la libertad política y el imperio de la ley, principios todos ellos constitutivos de una genuina democracia”. El párr. tercero anuncia el compromiso del Gobierno federal de “trabajar para que la xenofobia, el antisemitismo y el racismo no tengan cabida en Austria”. Y los párrs. séptimo y octavo incluyen una adhesión expresa a los valores del art. 6 TUE y al art. 13 de la Carta, en la medida en que proscribe cualquier forma de discriminación, respectivamente; puede verse (y vale la pena hacerlo) en <http://austro.org/e/responsible.html>

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

por conducto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un órgano ajeno a la Unión, que venía así a ser reconocido como el depositario de la suprema *auctoritas europea* en la materia. Si en la iniciativa para sancionar Austria solo puede verse una reacción política al margen del procedimiento sancionador de los tratados, y si este mismo procedimiento no viene contemplado en los mismos sino como una suma de voluntades políticas concordantes con las distintas instituciones comunitarias, ahora la vía del informe ensayaba un hábil quiebro *judicializante*, que dejaba en manos de “los sabios” la decisión sobre la pertinencia de las sanciones. La deriva es en sí misma insólita, y de esa ausencia de precedentes, de ese carácter de “caso único” y de improbable repetición en un previsible futuro, pudo tomar el informe una legitimidad que, en buena medida, dependía de las credenciales de neutralidad y *expertise* que pudieran exhibir los designados para realizarlo.

En la elección de estos, seguramente fue determinante el deseo de conjugar “sensibilidades” que pudieran satisfacer al mismo tiempo diversas exigencias: profesionalidad jurídica y experiencia política al más alto nivel en los ámbitos nacional y comunitario, además de suficiente diversidad de ámbito geográfico. Puestos a especular, también podemos aventurar que el número de encargados fue el necesario y suficiente como para que todas esas exigencias pudieran satisfacerse, sin comprometer un modo de trabajo capaz de producir resultados óptimos en el menor tiempo. Un jurista alemán, de marcado perfil académico, muy conocido en el ámbito de la defensa internacional de los derechos y con amplia experiencia práctica como miembro de la Comisión Europea de Derechos Humanos; un exjefe de Estado de una república semipresidencialista como la finlandesa, y un español, exministro de Asuntos Exteriores y excomisario europeo, no parecen al margen de los nombres, mala opción.⁶⁹

El encargo de la presidencia portuguesa no fue de carácter abierto, y susceptible por ello de haber depositado en “los sabios” la responsabilidad de decidir lo más difícil: los parámetros utilizables para medir el grado en el que el comportamiento de un Estado miembro se adecua a las exigencias comunes en materia de

⁶⁹ Se trata de Jochen Frowein, Martti Ahtisaari y Marcelino Oreja.

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

valores; sino un encargo que tenía ya fijados, en el contenido de lo que se solicitaba, los precisos contornos de lo evaluable: por un lado, el compromiso del Gobierno austriaco con los valores comunes europeos —y *en particular los relativos a los derechos de las minorías, de los refugiados y de los emigrantes*— y, por otro, un juicio sobre la evolución de la naturaleza política del partido liderado por Haider. Esto último podría haberse prestado a la más pura retórica especulativa y vacía de conclusiones. Sin embargo, entre los méritos del documento que los tres “sabios” fueron capaces de entregar en un breve plazo de apenas tres meses se encuentra, sin duda, el de la claridad expositiva, gracias a un “estilo” de párrafos numerados y conclusiones parciales y generales, que hacen del mismo un texto clave en un ámbito: el de los “valores europeos comunes” y la política de derechos de la Unión, donde abunda la confusión y escasean los documentos oficiales.⁷⁰

A esa pretensión de poner un poco de orden dentro de la nebulosa de los valores europeos responde, sin duda, el punto de partida del que arrancan las veintitántas páginas de un documento de obligada lectura para cualquiera que esté interesado en el problema de la defensa de los derechos a escala europea. Lo que allí se pretende, antes que nada, es establecer los parámetros de juicio, es decir, indicar las fuentes jurídicas de las que emanen tales supuestos valores europeos comunes, para poder adentrarse luego, empíricamente, en el análisis del caso sometido a informe.⁷¹ Tales fuentes vienen establecidas, primero, con carácter general y, luego, con carácter específico respecto a los ámbitos

⁷⁰ El informe lleva fecha de 8 de septiembre de 2000; el encargo fue tramitado en junio del mismo año y el nombramiento de Frowein, Ahtisaari y Oreja se produjo el 12 de julio. Para redactar el informe, los autores celebraron una serie de encuentros con autoridades austriacas entre el 27 y el 30 de julio y, ya en agosto, con un número indeterminado de las ONG y con la presidenta del FPÖ y vicecanciller del Gobierno, Susana Riess-Passer. El texto completo puede consultarse en <http://www.elpais.es/p/d/especial/sabios/informe.htm> Está también publicado en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2000, pp. 775 y ss.

⁷¹ “La primera parte de nuestro mandato consiste en evaluar el compromiso del Gobierno austriaco con los valores europeos comunes en unas áreas específicas. *Para ello es importante clarificar cuáles son los estándares generalmente aceptados respecto a los valores europeos comunes*”. (Informe, apdo. I.1.1).

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

objeto de la solicitud: minorías, refugiados e inmigrantes. En el primer grupo, el informe distingue entre “documentos de carácter vinculante” (el Tratado de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos) y otros “de carácter no vinculante”, entre los que cita la Declaración contra el racismo y la xenofobia, suscrita conjuntamente, en junio de 1986, por el Parlamento, la Comisión y el Consejo. Y dentro del segundo grupo, el informe alude al Convenio marco para la protección de las minorías nacionales, auspiciado en 1995 por el Consejo de Europa, a la Convención de Ginebra, de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados y al Convenio de Dublín sobre la tramitación de las solicitudes de asilo, de 1990.

El mero enunciado de fuentes legislativas que aparece en el comienzo del informe permite constatar cierto déficit de fuentes específicas en lo que se refiere a los derechos de los inmigrantes. Esto es algo de lo que los redactores parecen estar plenamente conscientes, lo que explicaría su insistencia preliminar en los “Estándares (genéricos) Relativos a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales” (apdo. I. 5 a), y el interés por resaltar la “especial importancia para las cuestiones que aquí se abordan de la jurisprudencia elaborada por los órganos creados bajo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos” (*sic*). El esfuerzo clarificador es notable, puesto que aquí no se trata, en el mejor estilo pretoriano, de crear un *ius* para un *facto*, sino de hacer explícitos unos cánones objetivos, aceptados por todos, capaces por ello de fundamentar el empeño sobre bases más sólidas que las que suele generar la referencia al comodín de los valores comunes.

Si insistimos en esa vertiente del asunto es porque nos parece que ese trabajo de arqueología jurídica, en busca de referentes compartidos, podría mostrársenos hoy perfectamente prescindible, a la luz de lo que ya deja ver la Carta de Derechos. De hecho, es extraordinariamente significativo que los autores del informe, dentro de esa tarea preliminar de *law-finding*, no desaprovecharan ocasión para acudir al entonces Proyecto de Carta (en la versión que se dio a conocer en julio de 2000), con el fin de reforzar su especificación de parámetros. Así ocurre en los casos del principio de no discriminación, que viene calificado como “principio fundamental del Derecho de la Unión Europea”

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

(apdo. I.8 del informe, donde se alude al artículo 21 de la Carta), en el del derecho de asilo (apdo. I.14, art. 18 de la Carta) y en el de prohibición de expulsiones, deportaciones o extradiciones de extranjeros en riesgo de sufrir malos tratos en su país de origen (apdo. I.16, art. 19.2 de la Carta).

Todo hubiera sido más simple para los “sabios” si, en el momento de acometer su tarea, la Carta hubiese adquirido ya el carácter de “documento-decantador” de principios y valores a escala europea que hoy todo el mundo parece reconocerle. Y esa utilidad práctica de la Carta ha sido ya aducida como uno de los argumentos decisivos en favor del carácter “sustancialmente constitucional” de esta, precisamente cuando de lo que se trata es de descender desde el “cielo” de los principios genéricos y tradiciones comunes, aludidos en el artículo 6 TUE, hasta la constatación acerca de si los mismos han sido o no vulnerados, o corren el riesgo de serlo en situaciones concretas.⁷²

En cada uno de los tres ámbitos analizados en esta parte del informe —minorías, refugiados e inmigrantes—, el documento realiza una serie de consideraciones sobre la situación austriaca; en ellas, el análisis puramente jurídico, que prevalece, se mezcla con la constatación de los datos fácticos más relevantes. Por ejemplo, el censo de población para evaluar el número de miembros de las minorías nacionales, el número y resultado de las solicitudes de asilo presentadas, el de extranjeros residentes, la evolución de la cuota de admisión de nuevos inmigrantes, etc. El simple cotejo comparativo de tales datos con otros del mismo tipo en el resto de los países de la Unión ya resulta bastante favorable para Austria. Y si a ese cruce de datos se unen las consideraciones sobre las reformas legales y constitucionales acometidas por Austria

⁷² Es la opinión de Pace, Alessandro, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 173 y ss. También insiste en esa utilidad de la Carta como instrumento que condensa las tradiciones constitucionales comunes y sirve, en consecuencia, para evaluar, desde el mismo momento de su proclamación, la actuación de todos los poderes públicos en el ámbito de la Unión, Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, 2001, pp. 7 y ss.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

en los últimos tiempos, todas ellas de impecable factura, desde el punto de vista del respeto a los compromisos internacionales y a los valores auspiciados por la Unión, no sorprende el tono adoptado por el informe a la hora de sentar conclusiones.

En materia de derechos de las minorías se dice, por ejemplo (apdo. 29) que “el sistema jurídico austriaco protege a las minorías nacionales existentes en Austria más ampliamente que muchos otros países europeos”.⁷³ En cuanto a los derechos de los refugiados, que “la situación es semejante a la de otros países de la Unión Europea”, y que no se ha detectado “ninguna indicación en el sentido de que el nuevo Gobierno austriaco se hubiera desviado claramente de los principios seguidos por sus predecesores” (apdo. 40). Y en materia de inmigración, quizá el punto más conflictivo, se afirma que “el actual Gobierno austriaco ha continuado la política de Gobiernos anteriores de restringir las nuevas inmigraciones y dar prioridad a la integración de los extranjeros residentes legales en el país. También ha reconocido el principio de que las reunificaciones familiares deben ser posibles, [por lo que] se puede afirmar que, en su conjunto, la política del Gobierno austriaco sobre inmigración muestra un compromiso con los valores europeos comunes” (apdo. 51).

Es verdad que lo que el informe dice acerca de la actuación del Gobierno no puede tenerse por demasiado conclusivo, dado el escaso tiempo que había transcurrido desde que la coalición entre el FPÖ y el ÖVP empezó a gobernar. Quizá por ello resulta más interesante lo que se señala con respecto al compromiso de ambos partidos en la lucha contra el racismo y la xenofobia, y en el apartado dedicado a estudiar la evolución de la “naturaleza política” del partido de Haider. En cuanto al primer extremo, el

⁷³ El informe concede aquí importancia a la reforma constitucional realizada en 2000, para añadir una cláusula específica de protección de las minorías. La reforma añadió al art. 8 (“El idioma alemán es, sin perjuicio de los derechos reconocidos en el nivel federal a las minorías nacionales, la lengua oficial de la República”), un párr. 2, que dice así: “La República (la Federación, los Estados federados y los Municipios) reconoce la diversidad lingüística y cultural, que se manifiesta en sus minorías nacionales autóctonas. La lengua y la cultura de estas minorías nacionales, su continuidad y su protección, deben ser respetadas, garantizadas y promovidas”.

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

documento contiene un juicio de intenciones que se apoya, sobre todo, en la declaración programática *tranquilizadora* que el nuevo Gobierno tuvo a bien difundir. El acendrado europeísmo de la misma, unido a determinadas iniciativas del Gobierno y a algún indicio concreto, llevan a los autores del informe a la convicción de que “el actual Gobierno austriaco está comprometido en continuar la lucha contra el racismo, el antisemitismo, la discriminación y la xenofobia” (apdo. 63).⁷⁴ No obstante, dicha conclusión se matiza de inmediato con la advertencia de que hay que situarla “en el contexto de lo que puede describirse como lenguaje ambiguo utilizado repetidamente por algunos altos representantes del FPÖ” (apdo. 64), lo que le da pie para enlazar con la segunda parte del informe: la destinada, como hemos dicho, a estudiar la evolución de la naturaleza política de ese partido.

Al igual que en la parte primera, el informe comienza con un intento de establecer el “marco para la interpretación del mandato”, algo que da pie a los autores para recordar que la evolución política del partido en cuestión ha de ser examinada no en términos generales, sino “en el contexto de los valores europeos comunes”. De ahí que el primer paso sea examinar el “estado de la cuestión” en el nivel europeo y en el nivel interno austriaco, en materia de límites del derecho de asociación política. En ese contexto, se destaca la existencia de lo que se califica allí de “principio del orden público europeo”, a saber, el de que “la propaganda en favor de cualquier forma de discriminación racial no está protegida por el derecho a la libertad de expresión y de asociación”, algo cuya justificación se encuentra en la historia europea del siglo xx, que “refuerza la obligación positiva que todos los gobiernos europeos tienen de luchar contra cualquier forma

⁷⁴ Las iniciativas se refieren a la fundación de un nuevo museo de historia contemporánea de Austria, la puesta en marcha de programas para favorecer la integración de las minorías y el apoyo a las propuestas internacionales dirigidas a perseguir la distribución de propaganda nazi, vía Internet. El indicio, la aprobación por unanimidad de las dos cámaras del Parlamento de la llamada Ley del Fondo de Reconciliación, destinada a indemnizar a quienes fueron víctimas de trabajos forzados durante el régimen nazi. Igualmente se presta atención —aunque ello no viene avalado por dato alguno— al hecho de que “la violencia contra extranjeros ha sido menos frecuente en Austria que en muchos otros países de la Unión Europea” (apdos. 59 y 60).

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

[...] de propaganda favorable a cualquier tipo de discriminación xenófoba o racial, así como de reaccionar contra cualquier uso ambiguo del lenguaje que pudiera introducir una cierta *trivialización* o *normalización negativa* del pasado nacionalsocialista” (apdos. 69 y 70). Todo ello se ilustra con una referencia de pasada al artículo 17 del CEDH y a la legislación austriaca de partidos, en la que se establece la sanción penal contra el intento de reactivar organizaciones de corte nacionalsocialista.

A partir de tales presupuestos, el informe trata de atenerse a unos determinados hechos que puedan servir de base para la caracterización del FPÖ, esto es, para enjuiciar la evolución de su naturaleza política, que es lo que se había solicitado. El primer indicio es la falta de cuestionamiento de la constitucionalidad del FPÖ, en sus más de 40 años de vida.⁷⁵ El segundo, la participación del FPÖ, entre 1983 y 1986, en el Gobierno federal, formando coalición con el Partido Socialdemócrata. Precisamente, la elección de Haider como presidente del partido, desencadenó la ruptura de tal coalición y el FPÖ no volvió a tener responsabilidades de gobierno hasta el 2000, aunque sí participó en bastantes gobiernos regionales. A continuación, el informe se fija en determinadas iniciativas del FPÖ (el referéndum sobre la situación de los extranjeros de 1993, saldado con un estrepitoso fracaso, el lema central de la campaña de octubre de 1999, “Alto a la extranjerización”) y las yuxtapone a la “tranquilizadora”, y exquisitamente respetuosa con los valores europeos, declaración del Gobierno, de 3 de febrero de 2000.

Aunque el informe no pasa por alto el hecho de que la declaración Schüssel/Haider fuera realizada a instancias del presidente federal, Klestil, hasta aquí todo parece favorable a una conclusión que no vea motivos de alarma en la naturaleza de la fuerza cuestionada.⁷⁶ Pero bajo la rúbrica “Uso continuado de

⁷⁵ El FPÖ fue fundado en 1956, como una escisión de una “Asociación de Independientes” en la que militaban antiguos miembros del Partido Nacionalsocialista. Una característica constante del mismo, desde entonces, ha sido la tensión ideológica interna entre una corriente nacionalista radical y otra favorable al liberalismo económico (apdo. 77).

⁷⁶ El informe (apdo. 87) también da cuenta del rechazo por parte del presidente federal de dos candidatos propuestos por el FPÖ para ocupar carte-

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

lenguaje ambiguo por parte de dirigentes del FPÖ”, el informe va luego desgranando una serie de consideraciones, cuyo presupuesto es que “un partido de Gobierno debe ser objeto de un escrutinio más estricto en lo referente al lenguaje que utiliza en sus manifestaciones públicas, que partidos que se encuentren en la oposición” (apdo. 90). Así, va pasando revista a determinados ataques realizados por dirigentes del FPÖ contra la libertad de crítica política, bien en abstracto, o bien mediante la interposición de demandas de libelo, algunas de ellas de gran resonancia ante la opinión pública.⁷⁷ Los tres “sabios” citan el caso *Lingens*, resuelto en 1986 por el TEDH, para recordar la intensidad de las críticas que un político en ejercicio ha de estar dispuesto a soportar, lo que es incompatible con el recurso sistemático a las demandas de libelo (apdo. 103).

En lo que se refiere a la evolución de la naturaleza política del FPÖ, la conclusión que se extrae de todo ello no es demasiado reveladora: “no se halla excluida —dice el apartado 106— la evolución desde un partido de derecha con expresiones extremistas hasta un partido de gobierno. Sin embargo, esta evolución no re-

ras ministeriales, y ello en razón del radicalismo de su lenguaje. Durante la campaña, e incluso desde algunos meses antes, el presidente había solicitado de todos un “desarme del lenguaje, pues las palabras pueden no solo injuriar, sino llegar finalmente a matar”.

⁷⁷ Se refiere aquí el informe a la demanda que Haider interpuso contra Anton Pelinka, uno de los autores que mejor ha contribuido a difundir el pasado político de Haider. En su libro, *Austria: Out of the Shadow of the Past*, Pelinka describe la ideología del FPÖ como “Una mezcla de tradiciones pangermánicas y patriotismo austriaco, [...] que apela al resentimiento de carácter xenófobo, y juega con el revisionismo nazi y la negación del Holocausto [...] El FPÖ —concluye— es un partido populista y tiene en su agenda todos los elementos típicos de la «nueva derecha», aspectos ambos que no pueden considerarse ilegítimos en una democracia liberal. Pero al mismo tiempo, nunca ha dejado de alimentar la cuestión del paralelismo nazi”. La demanda de libelo fue interpuesta por Haider debido a que, según Pelinka, Haider trivializaba habitualmente la existencia del Holocausto llamando a los campos de exterminio, “campos de internamiento” (*Straflager*). El Tribunal condenó a Pelinka por omitir que Haider había reconocido también, públicamente, que en tales campos fue aniquilada una concreta minoría étnica. Las referencias a Pelinka están aquí tomadas de Johnson, Lonnie R., “On the Inside Looking Out: Austria’s New ÖVP-FPÖ Government, Jörg Haider and Europe”, en *Habsburg Occasional Papers*, núm. 2, 2000.

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

sulta suficientemente clara dado el periodo de tiempo relativamente corto transcurrido hasta la fecha”.

El informe insiste en la “obligación positiva” (*sic*) del Gobierno austriaco de defender activamente los valores recogidos en el artículo 6 del TUE y, en particular, la defensa de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. Y termina con tres conclusiones generales y dos recomendaciones, que pueden tenerse, quizá, como lo más valioso de todo el documento.

Las conclusiones generales, ya lo hemos adelantado, son muy favorables a Austria en lo que se refiere al compromiso con los valores europeos comunes (apdos. 108 y 109), muestran cierta preocupación en lo que respecta a la naturaleza del FPÖ y su contribución a “una atmósfera que han convertido en algo normal las manifestaciones abiertamente dirigidas contra los extranjeros, causando sentimientos de gran inquietud” (apdo. 110), y son decididamente ambiguas a la hora de enjuiciar “las medidas adoptadas por los catorce”. En efecto, en cuanto a este último extremo, el informe se escuda en que “no forma parte de nuestro mandato pronunciarnos sobre la naturaleza jurídica de las medidas adoptadas” (apdo. 114), pero no deja de resaltar: *a*) que las mismas han servido para aumentar la sensibilidad sobre la importancia de los valores en el nivel europeo, habiendo comprometido en el debate a la sociedad civil y suscitado la defensa decidida de los mismos por parte del Gobierno austriaco, y *b*) que mantenerlas en vigor sería, no obstante, contraproducente, debido a que también han generado en Austria sentimientos nacionalistas que tienden a interpretarlas como si fuesen sanciones dirigidas contra los ciudadanos mismos (apdos. 115 y 116).

A la vista de tales conclusiones, pocas alternativas quedaban a los 14, salvo levantar las sanciones, lo que en efecto hicieron el 12 de septiembre de 2000 mediante un escueto comunicado.⁷⁸

Las dos recomendaciones que cierran el informe podrían llegar a ser el más importante legado del caso *Haider*. Todo lo demás, en apenas dos años, ha quedado sobrepasado por el curso

⁷⁸ “Comunicado de los XIV tras el Informe de los «Tres Sabios» sobre la situación en Austria”, disponible en <http://www.bmaa.gv.at/oesterreich/index.html.en>

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

de los acontecimientos. La coalición entre el Partido Popular y el Partido Liberal se rompió en septiembre de 2002, como consecuencia de los enfrentamientos internos a cuenta de la reducción de impuestos y la ampliación europea en el partido liderado por Haider. Este reivindica hoy el populismo como la “oportunidad que tiene Europa para recuperar la democracia y devolver la palabra a los ciudadanos”, y aspira a liderar un nuevo gran partido de implantación transnacional que se haga notar de cara a las elecciones al Parlamento Europeo de 2004, un proyecto que le ha llevado a no presentarse a la reelección de presidente de partido, y a anunciar su retirada de la política nacional austriaca.⁷⁹

Por otra parte, el éxito electoral del FPÖ en las elecciones de 1999 no se mostró, al cabo de poco tiempo, como algo sintomático de una anomalía austriaca, sino como la punta del iceberg de un fenómeno que puede llamarse neopopulista, nacional-populista o de extrema derecha a secas, que ha ganado implantación a lo largo y ancho de Europa. La inquietud del informe por el uso de un lenguaje, que podría contribuir a la difusión de sentimientos xenófobos, encontraría hoy en cualquier país europeo razones para multiplicarse. Y no ya a la luz de los casos más llamativos (p. ej., el *Holanda está lleno*, de la Lista Pim Fortuyn), sino simplemente analizando el discurso, central o de ocasión, puesto en pie por fuerzas de indudable pedigree democrático durante las últimas campañas electorales de países de la Unión, como Alemania o Suecia.

Que la inmigración se ha convertido en uno de los problemas más importantes de una supuesta agenda política global europea es algo indudable. Pero ninguna declaración de derechos podría nunca materializarse si la mirada estuviera puesta en las políti-

⁷⁹ Cfr. *La Vanguardia*, 10 de junio de 2002, para una crónica-reportaje sobre el Congreso del FPÖ, y la intervención en el mismo de Haider, autoadjudicándose la condición de “padre del nuevo populismo en Europa”; cfr. también en *El País*, 7 de julio de 2002, la extensa entrevista a Haider que realiza Hermann Tertsch. De todos modos es muy significativo que, tras las elecciones de noviembre de 2002 (en las que el Partido de Haider obtuvo un porcentaje de voto que descendió desde el 27% de 1999 hasta apenas el 10%), y tras tres meses de intensas negociaciones para formar Gobierno, el FPÖ continúa formando parte, con tres carteras, de un gabinete de coalición presidido por el democristiano Partido Popular (ÖVP).

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

cas públicas de inmigración. Proclamar derechos fundamentales equivale a pensar en lo que compartimos todos los individuos de la especie humana, y la propensión hacia lo universal solo puede traducirse en un lenguaje genérico de establecimiento incondicionado de valores y reconocimiento de iguales derechos para todos.⁸⁰

Muchos saludaron precisamente el caso de las sanciones como si, con el pretexto de ellas, se estuviera reafirmando en la Unión un “pacto constitucional sustancial” en materia de actitudes, el equivalente a un paso definitivo y sin vuelta atrás, desde la lógica “economicista” del mercado común hasta el mundo de la política y los valores comunes. Otros, por el contrario, solo vieron en las sanciones la expresión de una conducta política apresurada, insustancial y errática; se refirieron enseguida a ellas como “sanciones que se derrotarían por sí mismas” y pronosticaron las peores consecuencias para el futuro de Austria en la Unión y para la propia construcción de Europa.⁸¹ En realidad, uno y otro diagnóstico nos pueden resultar exagerados. En cambio, las cuestiones apuntadas en las recomendaciones del informe aciertan de lleno a la hora de poner sobre la mesa lo que el caso de Austria había planteado por vez primera a una organización *sui generis* como la Unión: dicho en la forma más simple, cómo controlar el cumplimiento de los valores y cómo promover líneas de conducta que hagan innecesario el recurso a mecanismos institucionales de sanción.

El informe, en efecto, “recomienda vivamente” desarrollar un mecanismo dentro de la Unión “para controlar y evaluar el compromiso y la acción concreta de los Estados miembros en relación con los valores europeos comunes”. Y para tal efecto,

⁸⁰ Desde una perspectiva específicamente europea, y entre una bibliografía abrumadora sobre la cuestión del universalismo-particularismo de los derechos y la conexión con la idea de ciudadanía, remito al trabajo de Facchi, Alexandra, *I diritti nella Europa multiculturale*, Bari, Laterza, 2001.

⁸¹ Un ejemplo del primer caso puede verse en el artículo de Faure, Michel, “Austria Europa. Muralla contra el extremismo”, publicado en *L’Express*, 10 de febrero de 2000; críticas parecidas a las apuntadas en el texto pueden verse en el trabajo de Shwayri, Raif, “Austriacized: The EU’s Self-defeating Sanctions”, disponible en <http://www.csis.org/pubs/prospectus/00summerShwayri.html>

La Unión Europea y el problemático valor de la tolerancia

postula introducir en el artículo 7 del TUE “procedimientos de prevención y de supervisión, de manera que se pudiera hacer frente desde el primer momento a una situación similar a la que actualmente atraviesa Austria” (apdo. 117). Además de este procedimiento de supervisión, se aboga por un “sistema de prevención dirigido a reaccionar a través de medidas de información y de educación contra todas las formas de discriminación directa o indirecta, o de xenofobia”, para lo cual, las instituciones comunitarias deberían establecer mecanismos institucionales, que pueden incluir “la creación de una oficina de derechos humanos en el Consejo que informe al Consejo Europeo; el nombramiento dentro de la Comisión Europea de un Comisario responsable de cuestiones relacionadas con los derechos humanos, y en particular, la ampliación de las actividades, del presupuesto y del estatus del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, que tiene su sede en Viena, de manera que pueda llegar a conformarse plenamente una Agencia de Derechos Humanos de la UE” (apdos. 118 y 119).

No faltan, como se ve, propuestas muy concretas, cuya simple enumeración deja entrever el erial que ha sido tradicionalmente la Unión en la materia sobre la que versa el informe. Este puede ser, sin duda, el punto de partida para introducirse en un ámbito de las políticas comunitarias en el que casi todo está por hacer. Por lo pronto, el informe ha arrojado su primer fruto cierto en el Tratado de Niza, con la reforma del artículo 7 del TUE. Ahora, siguiendo la sugerencia del informe, lo que se ha hecho es introducir un “mecanismo de alerta” cuando se da un “riesgo claro de violación grave de los principios”, lo que permite al Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros, previo asentimiento del Parlamento y tras haber escuchado al país afectado, “aplicarle las recomendaciones apropiadas”.⁸²

⁸² La reforma Niza se ha materializado con la adición de un primer párrafo al art. 7 TUE, que dice así: “A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento o de la Comisión, el Consejo por mayoría de cuatro quintos de sus miembros, y previo dictamen del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el Apartado 1º del artículo 6, y dirigirle recomendaciones adecuadas. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y, con

INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

El caso de las sanciones a Austria será probablemente recordado como el hito a partir del cual la Unión Europea dejó para siempre atrás sus temores a desbordar un determinado ámbito de lo político y se sumergió de lleno en una actividad de defensa de los derechos humanos, *ad intra* y *ad extra*. Tal actitud renaciente, tantas veces denunciada como paradójica e inconsecuente, podría estar entonando, a partir de la “proclamación” de la Carta, su canto del cisne.⁸³ Sea cual fuere el destino final de esta y sea cual sea el calificativo más apropiado para definir su actual naturaleza jurídica, lo que parece fuera de dudas es que el nacimiento de la Carta es ya un hecho que se nos aparece indisociablemente unido a cierta normalización de las políticas públicas comunitarias en el ámbito de la defensa y promoción de los derechos.

Está por ver lo que los actores políticos y los operadores jurídicos harán —haremos— finalmente del ordenamiento europeo de los derechos puesto en pie por la Carta. Pero me permito aventurar que el artículo II-114 del Tratado, con su expresiva fórmula de cierre, será leído como una exigencia, vinculante para las instituciones comunitarias y para los Estados miembros, de comprometerse activamente en una defensa *militante* de aquellos valores que el sistema de la Carta ha tenido el acierto de expresar en nuestra lengua común: la de los derechos *fundamentales* que, por serlo, nunca podrían destruirse sin arrastrar en su caída el edificio entero.

arreglo al mismo procedimiento, podrá solicitar a personalidades que presenten en un plazo razonable un informe sobre la situación en dicho Estado miembro”. En lo demás, el artículo se mantiene igual, salvo las modificaciones de numeración derivadas del nuevo párrafo. En el Proyecto de Tratado la “suspensión de los derechos de pertenencia a la Unión” está regulada en el art. 58 de la parte I.

⁸³ Las denuncias a que me refiero en el texto son, entre otras, las de Philip Alston y Joseph Weiler, sobre todo en su trabajo, “An «Ever Closer Union» in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights”, en Alston, Philip (ed.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999.