

## 5. Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?

### 5.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La libertad de expresión se encuentra en una relación tan simbiótica con la democracia constitucional, que cualquier debate sobre su contenido o sobre la razón de ser de las limitaciones a la libertad de expresarse acaba por convertirse en una discusión sobre los fundamentos y la justificación de la democracia misma. Si procedemos por elevación, a igual resultado podemos llegar a propósito de cualesquiera de los derechos constitucionales, pero en el caso de la libertad de expresión parece como si el punto hasta el que estemos dispuestos a llegar en su defensa diera la medida de nuestra concepción de la democracia. Según sean nuestras propensiones más o menos *comunitaristas* o *liberales*, así tenderemos a contemplar los límites como más o menos legítimos, y según cuál sea el tipo de democracia que tengamos como modelo normativo, deseable o preferible, así apreciaremos como más o menos coherente con este el sistema de limitaciones que circundan la libertad de expresarse.

Claro que hablar de *modelos* de democracia o de *sistema* de limitaciones no deja de ser una licencia académica que sobrevuela, por así decir, la realidad de las cosas y que es de poca ayuda desde la perspectiva *solving problems* con la que inevitablemente tienen que depositar su mirada quienes deben asumir la responsabilidad

## INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

---

de trazar la barrera entre lo que cae de este lado o está más allá de lo protegido. En un contexto de derechos reconocidos a varios niveles y garantizados por instancias diversas, internas y supranacionales, los conflictos a propósito de la libertad de expresión están sin duda entre aquellos que presentan márgenes de indeterminación más amplios, con respuestas que a menudo resultan contradictorias en lo interno y entre las instancias internas y la supranacional. A la hora de enfrentarse al caso —el episodio concreto en el que la libertad de expresión ha resultado reprimida o castigada—, ciertos *pasos* del razonamiento jurisdiccional, como los que se refieren a la aplicación del test de proporcionalidad en sentido estricto, la revisión de la ponderación efectuada en instancias anteriores y —en el ámbito supranacional— la concurrencia de una acuciante necesidad social, o bien, la deferencia o falta de ella hacia el margen de decisión del Estado demandado, tienen un contenido difícilmente previsible y que a menudo suscita desacuerdos frontales en el seno del propio órgano sentenciador.

Hay varios factores que contribuyen a hacer de los conflictos en materia de libertad de expresión un vivero de *casos difíciles* y respuestas impredecibles. Ocurre, en primer lugar, que hay pocos derechos cuyo reconocimiento ha ido acompañado desde siempre de un elenco de limitaciones tan variado y consistente. Es una tradición que arranca de la Declaración francesa de 1789, con su llamada preventiva en contra del abuso<sup>1</sup> y sobrevive hasta hoy mismo en las declaraciones *internas* y en el derecho internacional de los derechos. Un óptimo ejemplo entre las primeras es el artículo 20.4 de la Constitución española. Decir que “estas libertades [las de expresión e información] tienen su límite en los derechos reconocidos en este Título [y] en los preceptos de las leyes que las desarrollan” (además de la llamada expresa que se hace a renglón seguido a la protección de la juventud de la infancia y a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por cierto sin que esté en absoluto claro cuál es *la juventud* a la que hay que proteger), puede sonar a pura retórica, ya que

---

<sup>1</sup> Art. 11: La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.

## Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante...

---

nada añade a cuanto se deduce de los artículos 9.1 (dimensión *relacional*) y 10.1 (dimensión *objetiva* de los derechos). Y pese a su tenor literal, tampoco parece que con su llamada a los preceptos que desarrollen las libertades del artículo esté caracterizándolas como *derechos de configuración legal*; nadie defiende que las libertades de expresión e información lo sean. Estamos, pues, ante una fórmula cuyos excesos limitadores la convierten en una fórmula multiuso o fórmula-*trampantojo* apta para justificar, en línea de principio, cualquier límite. Si fijamos la mirada en las declaraciones internacionales, la impresión que podemos extraer en cuanto a la anchura y el exceso de vaguedad de los límites de las libertades de expresión e información es muy parecida.<sup>2</sup>

Aunque podría parecer plausible defender que hay una relación directa entre la amplitud con la que se contemplan los límites y el margen de autonomía jurisprudencial para establecer los contenidos y precisar los límites de la libertad de expresión, una mirada al gran filón de tradición doctrinal y jurisprudencial que representa en esta materia el caso estadounidense mueve más bien a pensar que, con limitaciones expresas o sin ellas,<sup>3</sup> la suerte

---

<sup>2</sup> Véase el art. 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto de los derechos y de la reputación de los demás. b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Por su parte, el art. 10.2 del Convenio Europeo de 1950 (CEDH) es llamativamente más prolífico: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas en la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”.

<sup>3</sup> Como es sabido, la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense expresa una radical desconfianza en la capacidad del legislador para desarrollar las libertades de expresión y prensa —“El Congreso no aprobará ninguna ley que coarte las libertades de expresión y prensa”—, lo que no impidió que apenas un año después de la aprobación de la misma, Estados

## INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

---

de la libertad de expresión se nos aparece inextricablemente unida a ciertos *dicta jurisprudenciales* que han trascendido tiempos y espacios geográficos, convirtiéndose en una especie de vigas maestras del sistema de libertad de palabra. No es tanto el modo de reconocer o de limitar, dado que el influjo transnacional de esas elaboraciones jurisprudenciales ha acabado por configurar un sólido patrimonio jurídico que reconoce lo que significa la libertad de expresión para una sociedad democrática y la protege y ampara frente a la propensión a la censura o al anatema prohibitivo que a menudo tiene adeptos en extensos sectores sociales.

Los llamados “discursos de odio” son un magnífico campo de pruebas para captar el tono general de un concreto sistema —si es que puede hablarse así— de libertad de expresión y para evaluar el tipo de democracia en el que tal sistema se inserta. Lo son por varios motivos, pero quizá, más que ninguno, porque los conflictos que se suscitan a propósito de ellos implican de una manera directa y radical las convicciones que están en la base del sistema. Y lo hacen casi siempre sin referentes expresos en clave constitucional, lo que significa que las respuestas que se dan a propósito de ellos, por parte del legislador o del juez, son siempre respuestas tentativas, con un amplio margen de incertidumbre y una acusada dependencia de las circunstancias del caso.

Como se puede apreciar en los trabajos incluidos en este libro, las limitaciones y las prohibiciones en este ámbito son siempre esencialmente problemáticas, y un tanto contradictorias, con relación a lo que tenemos por fundamentos de la libertad de expresarse.<sup>4</sup> Pero al mismo tiempo, si creemos, como no puede ser

---

Unidos dispusiera de una *Sedition Act* que castigaba la publicación de libelos maliciosos contra el presidente, en 1800.

<sup>4</sup> Véanse las consideraciones que realiza al respecto Ronald Dworkin en su “Foreword” al libro editado por Hare, Ivan y Weinstein, James, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009. Dworkin hace allí una encendida defensa del libre flujo de las ideas y de las expresiones que puedan resultar molestas u odiosas para un sector de la población o para la mayoría, ya que “si intervenimos de antemano en el proceso a través del cual se forman las opiniones colectivas, entonces estaremos erosionando la única justificación democrática que nos permite fundamentar el deber de obedecer las leyes, incluso frente a quienes se sienten agredidos por ellas o las detestan”.

## Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante...

---

menos, en la capacidad de las palabras para producir efectos y eventualmente para causar daño, no menos矛盾的 es hacer de la no interferencia y de la protección principios absolutos e inexorablemente unidos al reconocimiento constitucional de la libertad de palabra.<sup>5</sup>

La expresión “discursos de odio” está firmemente asentada en la literatura académica. Es una traducción literal del *hate speech* estadounidense, que no deberíamos aceptar sin ser conscientes de la incongruencia que supone regalar el término “discurso” a expresiones que en la mayoría de los casos no traslucen sino los prejuicios irracionales y los deseos de injuriar de quien los profiere.<sup>6</sup> Acaso sería mejor hablar de expresiones insultantes, discriminatorias o contrarias a la dignidad, pero el problema de llamarlas así es que estaríamos adoptando de manera un tanto inconsciente un punto de vista conectado a la comisión de ilícitos de carácter penal, que absorbería la proyección específicamente constitucional del problema.<sup>7</sup> Emitir opiniones es una cosa y cometer delitos, o instigar a cometerlos, es otra. Se nos podrá decir que si es lo segundo —o lo tercero—, entonces la cuestión ya no será una de límites de la libertad de expresión, sino llanamente

<sup>5</sup> Para destacar esa característica productora de efectos de ciertas palabras o expresiones, la filosofía del lenguaje habla (en la traducción española de la obra de Austin, John Langshaw, *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós, 1998) de “actos ilocucionarios” o “expresiones realizativas”. Véase también Searle, John, *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 2001. Con referencia específica a los discursos de odio y bajo la estela del célebre *harm principle* de Mill, Jeremy Waldron ha escrito recientemente en contra de los excesos “liberales” en la interpretación de la Primera Enmienda, y a favor de la legitimidad de la restricción de ciertos discursos por su capacidad de dañar, *The Harm in Hate Speech*, Nueva York, Harvard University Press, 2012.

<sup>6</sup> Véase, en este sentido, las consideraciones que realiza Vives Antón, Tomás Salvador, “Sobre la apología del terrorismo como «discurso» del odio”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2015.

<sup>7</sup> Sobre el discurso racista, Fernando Rey critica, creo que acertadamente, la propensión a tratar los problemas del discurso de odio como problemas de naturaleza jurídico-penal, en lugar de hacerlo desde las categorías del derecho antidiscriminatorio. Rey Martínez, Fernando, “Discurso del odio y racismo líquido”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y...*, cit.

de encaje o desbordamiento de las concepciones constitucionales reflejadas en la definición del derecho, pero eso no deja de ser un modo de eludir los problemas de fondo, esto es, el hecho consumado de un sistema que entroniza en abstracto la libertad de expresión para castigarla, por razón de su contenido, en ciertos casos concretos.<sup>8</sup>

## 5.2. LA DEMOCRACIA TOLERANTE (AL ESTILO ESTADOUNIDENSE)

La cuestión de si los discursos de odio están o no amparados por la libertad de expresión no plantea un problema de restricciones de la expresión relacionadas con lo que la doctrina y la jurisprudencia estadounidenses suelen llamar limitaciones por razón de tiempo, modo o lugar, sino de prohibiciones que afectan de lleno al contenido mismo de lo que se expresa. Con base en esta tajante diferenciación, la jurisprudencia estadounidense sobre la Primera Enmienda ha sido tradicionalmente una fuente de reconocimiento del derecho irrestricto a decir cualquier cosa, siempre que el discurso en cuestión no esté afectado por *limitaciones neutrales*, esto es, adoptadas de antemano, en abstracto, y tomando en consideración elementos del proceso comunicativo diferentes al contenido en concreto de un determinado discurso, o bien, que suponga una incitación constatable y directa a la comisión

---

<sup>8</sup> Sobre la doble funcionalidad, defensiva y ofensiva, de ciertos derechos que el Estado constitucional contempla al mismo tiempo como “derechos que protegen” y como “derechos de cuyo ejercicio hay que protegerse”, véase el trabajo de Tulkens, Françoise, “The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights”, en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 9, 2011, pp. 577 y ss. La libertad de expresión es un ejemplo paradigmático, aunque en el trabajo se aboga por extremar en este ámbito la aplicación del principio de la intervención penal mínima. El TEDH, en el caso *Cumpăna și Mazăre vs. Rumania* (FJ. 115) destaca al respecto que “aunque sentenciar es tarea que corresponde en principio al juez nacional, el tribunal considera que las condenas a pena de prisión como consecuencia de ofensas infligidas a través de la prensa solo son compatibles con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales, y notablemente cuando se haya producido una grave vulneración de otros derechos, como ocurre en el caso del discurso de odio o en el de la incitación a la violencia” (cursivas añadidas).

## Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante...

---

de un delito.<sup>9</sup> El más importante legado de esa jurisprudencia, no ya en materia de discursos de odio, sino en lo que se refiere al lugar de la libertad de expresión en el Estado constitucional, tiene que ver con el compromiso de sostener la libertad, incluso en circunstancias excepcionales, un compromiso que tiende a vincularse con la práctica de la virtud de tolerancia en el marco de un fluir libre y *comunicativo* de las opiniones y de las ideas.

Es una tradición que se remonta a los tiempos de la Primera Guerra Mundial, cuando el presidente Wilson creó un Comité sobre Información Pública y convenció al Congreso de la necesidad de aprobar una Ley de Espionaje. En la misma línea que la Ley contra la Sedición que en su día promoviera el presidente Adams, Wilson pretendía convencer a la opinión pública de que en tiempos de guerra la lealtad al gobierno es algo mucho más valioso que el hábito de la crítica y la disidencia política; una idea que no va a abandonar el devenir del constitucionalismo en Estados Unidos durante las siguientes décadas hasta llegar a su punto culminante al hilo de la implicación estadounidense en Vietnam.<sup>10</sup>

La Ley de Espionaje contenía normas punitivas, con penas de hasta 20 años de prisión, dirigidas contra la difusión consciente de mensajes capaces de perturbar el éxito de las operaciones militares o de favorecer los designios del enemigo, y fue reformada en 1918 para ampliar y endurecer aún más los tipos punitivos (utilización de lenguaje que injurie o deshonre al régimen de gobierno de Estados Unidos, sus Fuerzas Armadas, la bandera o el uniforme del Ejército o de la Marina, o bien, que se dirija contra la producción del material bélico necesario para la continuación de la guerra). Era una normativa nacida con pretensiones de intemporalidad, esto es, para ser aplicada siempre que Estados Unidos se hallase en guerra, pero en realidad apenas estuvo en vigor cuatro años: en 1921 fue derogada por el Congreso. Durante sus cuatro años de vigencia, la Ley de Espionaje fue utili-

<sup>9</sup> Sobre este aspecto de la doctrina jurisprudencial estadounidense referida a la Primera Enmienda, véase la contribución de Rodríguez-Izquierdo, Miryam, “El discurso del odio a través de Internet”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y...* cit.

<sup>10</sup> Véase, en general, Stone, Geoffrey, *Perilous Times: Free Speech in Wartime from the Sedition Act to the War on Terrorism*, Nueva York, Norton, 2004.

## INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

---

zada reiteradamente para acallar las voces que se pronunciaban en contra de la guerra o cuestionaban su razón de ser. Y de los conflictos jurídicos provocados a raíz de ello arranca, como decimos, la jurisprudencia que sienta las bases de lo que hoy consideramos como el sistema de libertad de expresión consustancial a cualquier sociedad inspirada en los ideales del autogobierno democrático.

Schenk, Debs y Abrams son tres de las personas que resultaron condenadas por la aplicación de la Ley de Espionaje. Y son también, con el gobierno de Estados Unidos como parte demandada, los nombres de una trilogía capital de casos resueltos en los años 1919 y 1920 por la Corte Suprema. En *Schenk vs. Estados Unidos*,<sup>11</sup> la Corte se ocupa del caso del entonces secretario general del Partido Socialista, condenado por la distribución de unos miles de panfletos en los que se llamaba a los jóvenes en edad militar a “no ceder a la intimidación” y reivindicar su derecho a objetar la razón misma de ser de la guerra. La Corte, en una sentencia unánime, mantiene la condena, pero lo curioso es que lo hace con un argumento central, expuesto por el juez Holmes, que va a servirle a este poco después para rectificar su punto de vista y convertirle quizá en el jurista campeón de la causa de la libertad de expresión.

En *Schenk*, el argumento es el de la *bad tendency*, la errónea o indebida propensión de un discurso para crear un estado de cosas capaz de hacer inútiles, o poner en riesgo, los objetivos que el gobierno puede legítimamente perseguir; una tesis que, tomada al pie de la letra, no parece estar comprometida precisamente con el valor del pluralismo, la disidencia y ni siquiera el debate libre. Holmes se vale de ella porque considera que lo que puede ser legítimo “en circunstancias normales” no vale cuando lo que está en juego es el resultado mismo de los esfuerzos y sacrificios del Congreso a propósito de la guerra.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *Schenk vs. United States*, 249 U.S. 47, 1919.

<sup>12</sup> “Words can be weapons [escribe Holmes, en el célebre pasaje en el que se pronuncia por lo inadmisible de gritar (en falso) ¡fuego! en un teatro atestado de gente]. We admit that in many places and in ordinary times the defendants in saying all that was said in the circular would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends

## Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante...

---

El test de la “propensión indebida” (*bad tendency*) del discurso público, susceptible de causar un “mal importante” (*substantive evil*) en un futuro incierto pero vinculado a las circunstancias excepcionales del momento, le sirve también a la Corte para confirmar la condena de Eugene Debs, esta vez por las palabras en favor del socialismo (*socialism is the answer*) pronunciadas un año antes en el transcurso de un mitin ante más de mil personas.<sup>13</sup>

Sin embargo, en *Abrams vs. Estados Unidos*, fallado en 1920, Holmes, junto con Brandeis, firman un voto disidente en que el argumento de la *bad tendency* va a bascular hacia el test del *clear and present danger*, esto es, la reivindicación de la necesidad de traspasar los márgenes del razonamiento abstracto y potencial, para embarcarse en argumentos sobre la capacidad del discurso para provocar daños concretos y “consecuenciales”.<sup>14</sup> En el caso en examen, los dos magistrados disidentes no aprecian tal capacidad en los panfletos distribuidos por Abrams y otros adeptos de la causa anarquista en contra del envío de tropas “en defensa de la Rusia zarista”. Es allí donde el voto disidente conjunto de los jueces Holmes y Brandeis articula una defensa de la libertad de expresión basada en la capacidad del discurso para competir en el “libre mercado de las ideas”, sede, dirán Holmes y Brandeis, en la que la “prueba mejor del acierto de tales ideas es su capacidad para ser aceptadas”.<sup>15</sup> Lo interesante de esta metáfo-

---

on the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in theatre and causing panic [...].

<sup>13</sup> Hay que tener en cuenta que Eugene Debs era un personaje público muy conocido, llegó a ser candidato a la presidencia por el Partido Socialista y a obtener, en las presidenciales de 1912, más de un millón de votos. La Corte Suprema, en *Debs*, insiste en la misma *ratio decidendi* ya empleada en el caso *Schenck*; conecta el discurso de los recurrentes, favorable al socialismo y opuesto a la guerra, con una voluntad de boicotear el reclutamiento de jóvenes (“one purpose of the speech [...] was to oppose not only war in general but this war, and that opposition was so expressed that its natural and intended effect would be to obstruct recruiting [...]”). Corte Suprema de Estados Unidos, *Debs vs. United States*, 249 U.S. 211, 1919, pp. 214-215.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 1920.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 620.

ra, puesta en circulación cuando el armisticio era ya una realidad, es el énfasis que se pone en el valor de la libertad de expresión considerado en sí mismo y al margen de las consecuencias que pueda acarrear.

A partir de los tres casos citados (a los que cabría añadir quizá un cuarto resuelto por la Corte Suprema también en 1919, *Frohwerk vs. Estados Unidos*) la libertad protegida por la Primera Enmienda ganó en sofisticación desde el punto de vista jurídico. Los jueces no podían ya contentarse con esgrimir la idea del peligro potencial y abstracto, sino que se vieron empujados a discutir las opiniones de Holmes sobre el valor intrínseco del compromiso con la libertad de expresarse y sobre el test de la obtención de la verdad a partir del mercado, aplicando, en consecuencia el criterio del peligro claro actual de manera más cauta y *racionalizada*.

La retórica sobre el comunismo como el imperio del mal —propia de los tiempos de la Guerra Fría— tuvo, entre otras muchas consecuencias, la de alterar las reglas sobre aportación de pruebas ante los tribunales dirigidas a demostrar el tránsito desde el peligro abstracto y potencial hasta la producción de daños constatables y concretos. Esto se aprecia muy bien a raíz de los problemas constitucionales suscitados en Estados Unidos a propósito de la aplicación, en 1948, de la conocida como *Smith Act*, un estatuto que tipificó como delito los intentos de derrocar el Gobierno usando la fuerza.

En *Dennis vs. Estados Unidos*, fallado en 1951, la Corte Suprema confirmó la condena por conspiración de Eugene Dennis, secretario general del Partido Comunista de Estados Unidos. La Corte respaldó la fórmula utilizada en alguna de las instancias previas por el juez Hand, de conformidad con la cual los tribunales “deberían preguntarse siempre hasta qué punto la gravedad del mal justificaba coartar la libertad de expresión hasta lo necesario para evitar que aquel llegara a producirse, pero solo tras haber considerado si la producción de los efectos dañinos es plausible”.<sup>16</sup> En un momento en el que Stalin (y McCarthy) aún

---

<sup>16</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *Dennis vs. United States*, 341 U.S. 494, 1951. La frase aparece en p. 510 de la decisión, y ha sido objeto de una traducción bastante libre, que quizá traiciona el sentido del original (“[...]

## Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante...

---

vivían, y la Guerra de Corea era una realidad en marcha, se ve que los magistrados sí consideraron plausible el derrocamiento del gobierno.

Seis años después, el caso *Yates vs. Estados Unidos*, con el juez Harlan como ponente, muestra ya una actitud de la Corte Suprema mucho más exigente con respecto a la necesidad de demostrar la probabilidad del daño.<sup>17</sup> Y desde ahí, a partir de esa jurisprudencia *de combate*, propia de los tiempos oscuros de la posguerra, el cambio de rumbo y el “gran salto” en materia de protección de la libertad de expresar y difundir ideas políticas se producirá algo más de una década después, con el caso *Brandenburg vs. Ohio*, de 1969, donde la Corte se inclina resueltamente por la tesis de que las llamadas a la insurrección o a la desobediencia caen de lleno en el ámbito de protección de la Primera Enmienda, salvo si van acompañadas de una incitación a la acción inmediata, directa e inminente.<sup>18</sup>

Previamente, en 1964, un célebre *dictum* del caso *New York Times Co. vs. Sullivan* había situado la libertad de expresión cuando se ejerce en materia de crítica política en un lugar en el que las restricciones tienen poca cabida. Me refiero a aquel pasaje de la sentencia en el que la Corte Suprema de Estados Unidos afirma contemplar el caso “con el trasfondo del arraigado compromiso nacional en favor del principio de que la discusión sobre los asuntos públicos ha de ser desinhibida, consistente y amplia, de tal manera que la misma bien puede conllevar críticas vehementes o cáusticas, así como ataques incisivos que resulten poco gratos para el Gobierno o para quienes desempeñan cargos públicos”.<sup>19</sup>

---

courts must ask whether the gravity of the evil, discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger”). La clave está en el participio *discounted*.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *Yates vs. United States*, 354 U.S. 298, 1957.

<sup>18</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *Brandenburg vs. Ohio*, 395 U.S. 444, 1969.

<sup>19</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U.S., 1964, 254, 270; sobre la historia del caso puede verse la monografía de Lewis, Anthony, *Make no Law. The Sullivan Case and the First Amendment*, Nueva York, Random House, 1991.

Se trata de una afirmación que ha sido acogida y repetida hasta la saciedad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), pero aquí con el añadido de que el “pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras”, sin las cuales no hay sociedad democrática, exigen dar cobertura a las “ideas” o “informaciones” contempladas como inofensivas o indiferentes, pero también a aquellas otras “capaces de ofender, sacudir o molestar al Estado o a un sector de la población”.<sup>20</sup>

### 5.3. LA DEMOCRACIA INTRANSIGENTE (AL ESTILO EUROPEO)

Uno de los contrastes más intrigantes entre la jurisprudencia estadounidense y la europea en materia de libertad de expresión es la que se produce precisamente en el ámbito del “discurso de odio”. Decisiones como la que autorizó una manifestación de nazis en un distrito habitado mayoritariamente por judíos o la que declaró contrario a la Primera Enmienda un estatuto que penalizaba la quema de cruces con espíritu racista y ánimo intimidatorio resultan llamativas no ya desde los estándares nacionales europeos, sino desde los recogidos por el derecho internacional.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Cfr., por ejemplo, el párr. 65 de la sentencia del TEDH *Handyside vs. Reino Unido*, en *European Human Rights Reports*, núm. 1, 1979, 737, que creo que es la primera de una larguísima saga que realiza esas afirmaciones. En el caso del TC español, puede verse, por ejemplo, la sentencia 174/2006, FJ. 4: “[...] la libertad de expresión comprende a libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe sociedad democrática”.

<sup>21</sup> Me refiero, especialmente, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 20.2) y al Convenio para la Eliminación de la Discriminación Racial, cuyo art. 4 establece obligaciones bien precisas para los Estados, en materia de lucha contra la propaganda de ideas racistas. Uno y otro artículo de tales textos internacionales fueron objeto de sendas reservas en el momento de la ratificación por Estados Unidos, dirigidas a desvincularse de cualquier obligación “[...] que pudiera infringir el derecho constitucional a la libertad de expresión”. La decisión conocida como la de los “nazis en Skokie” es *Collin vs. Smith*, 578 F.2d. 1197, 7th. Cir. 1978; la de la quema de cruces como manifestación de hostilidad contra los negros, es *R.A.V.*

## Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante...

---

Una posible explicación de tal discordancia es la que se centra en la persistencia de los sentimientos asociados a la tragedia europea del siglo xx y a la conexión de la misma con las políticas de odio racial que los nazis planificaron y difundieron *in crescendo* hasta desembocar en la *solución final*. Sin el lastre tan cercano de esa memoria, y a la luz del compromiso con la convivencia civilizada de comunidades racial y culturalmente diversas, Estados Unidos habría podido entregarse a la causa de la “neutralidad regulativa en el espacio público”, pues en las intervenciones que se producen en él bien puede ocurrir (como afirmó la Corte en 1940, en un célebre *dictum* del caso *Cantbell vs. Connecticut*) que “lo que resulta vulgar para unos, resulte para otros una expresión de lirismo”.

Además, se dice, ciertas culturas del honor que están muy presentes en Europa nunca han existido en Estados Unidos. Esta tesis se sostiene en un extenso estudio comparativo sobre las implicaciones de la —llamada por el autor— “ley de la civilidad” en Alemania y Francia, por un lado, y en Estados Unidos, por el otro.<sup>22</sup> Mientras que en los dos primeros casos, ciertas “gramáticas del honor”, asociadas a la emulación de la antigua cultura aristocrática del duelo, habrían desembocado en rígidas “normas” (sociales y jurídicas) dirigidas a salvaguardar la consideración y el respeto en las relaciones interpersonales, en Estados Unidos el proceso de igualación “por abajo” habría situado el valor de la llaneza por encima de las exigencias de la consideración y de la etiqueta. Aunque ese apretado resumen traiciona un poco las sugestivas tesis del autor, lo que nos interesa destacar es que la herencia europea de la cultura del honor produce una ley del insulto que actúa como

---

vs. *City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 1992, a la que puede añadirse, en idéntico sentido, una de 2003: *Virginia vs. Black*. Véanse, entre otros muchos, Bollinger, Lee, *The Tolerant Society*, Nueva York, Oxford University Press, 1986, Rosenfeld, Michael, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, en *Cardozo Law Review*, vol. 24, núm. 4, 2003, pp. 1523 y ss.; Douglas-Scott, Sionaidh, “The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches”, en *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 7, núm. 2, 1999, pp. 305 y ss.

<sup>22</sup> Whitman, James Q., “Enforcing Civility and Respect: Thre Societies”, en *The Yale Law Journal*, vol. 109, núm. 6, 2000, pp. 1279 y ss.; y también, del mismo autor, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, en *Yale Law Journal*, núm. 113, 2004, pp. 1151 y ss.

## INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

---

límite de la expresión, algo que desde luego cuadra perfectamente con la opinión del Tribunal Constitucional español y su insistencia en que la Constitución no ampara el derecho al insulto.<sup>23</sup>

Robert Post, que en nombre de la autodeterminación individual y del carácter esencial que esta tiene en términos de legitimidad de la democracia es uno de los más destacados defensores de la desregulación del discurso de odio, ha ahondado recientemente en el contraste entre Estados Unidos y Europa, para llegar a la conclusión —al hilo de las tesis de Whitman que acabamos de citar— de que los procesos de afirmación de la legitimidad democrática y de la propia identidad como sociedad política organizada difieren en ambos lados del Atlántico, lo cual sitúa en perspectiva distinta la razón de ser y la importancia de ese tipo de prohibiciones.<sup>24</sup>

Cabe preguntarse, sin embargo, hasta qué punto los atentados del 11 de septiembre, y de los imperativos de lo que llaman en Estados Unidos la guerra contra el terrorismo, no habrán afectado ya a cierto entendimiento del valor de la libertad, empujando la balanza del lado de la seguridad y de la intransigencia, al menos en cierto ámbito del tipo de discurso que puede ser considerado como de odio.<sup>25</sup> Cuesta concebir que hoy fuera posible una jurisprudencia como la de los nazis en *Skokie* aplicada a islamistas partidarios de la *yihad* que intentaran manifestarse por la calles de Manhattan. Solo imaginarlo suena a un monumental despropósito, porque las circunstancias han variado y Estados Unidos tiene en aquellos atentados un dramático legado que empuja a

---

<sup>23</sup> Véase, por todas, el FJ. 8 de la STC 105/90 (caso *José María García*).

<sup>24</sup> Post, Robert, “Hate Speech”, en Hare, Ivan y Weinstein, James, *Extreme Speech and Democracy*, ...cit., pp. 123 y ss.

<sup>25</sup> En relación con tales efectos del 11 de septiembre sobre el modo de concebir el valor de la libertad individual en el imaginario colectivo estadounidense, véase el ensayo de D. Chalmers, “Constitutional Reason in an Age of Terror”, disponible en el sitio web de la *Hauser Global Law School*. Y sobre el contraste Estados Unidos-Europa en el modo de plantar cara al terrorismo, véase también mi trabajo “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: sobre *nobles sueños y pesadillas* en la lucha contra el terrorismo”, recogido ahora en Revenga, Miguel, *Derechos fundamentales y constitucionalismo*, México, Porrúa, 2014, pp. 255 y ss.

## Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante...

---

tratar las actividades y las expresiones que pudieran ser vistas como justificadoras del terrorismo o “colaboracionistas” con él como discursos de odio de carácter absoluto, esto es, no susceptibles de ser sometidos a los balances y a los test jurisprudenciales que han operado en otros ámbitos de este tipo de discurso para favorecer la tolerancia.

Una buena muestra de ello puede encontrarse en el caso fallado por la Corte Suprema en 2010, *Holder vs. Humanitarian Law Project*. Por seis votos contra tres (el de Breyer, a cuya disidencia se adhirieron las magistradas Ginsburg y Sotomayor), la Corte consideró que la actividad de la asociación demandante podía ser contemplada como un apoyo a sendos grupos etiquetados legalmente como terroristas (el Partido de los Trabajadores del Kurdistán y los Tigres Tamiles) y, por consiguiente, encuadable en las prohibiciones contempladas por la ley, en concreto la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, de 1996, reformada en 2002.<sup>26</sup> En dicha ley se entiende por apoyo sustantivo (*material support*) a un grupo terrorista extranjero, entre otras cosas y a título de ejemplo, cualquier forma de expresión susceptible de traducirse en asesoría experta o en adiestramiento.

Para la mayoría, que no encontró en ello tacha de inconstitucionalidad por indeterminación o vaguedad del enunciado, la prohibición viene a ser una prohibición de carácter neutral que no debe, por tanto, ser sometida a formas exigentes de control, en la medida en que regula un tipo de expresión que no se realiza frente a una audiencia indeterminada, sino conectada con un grupo extranjero que ha sido etiquetado como terrorista y con potenciales graves repercusiones sobre la política exterior y la seguridad nacional de Estados Unidos.<sup>27</sup> Se trata de la primera gran decisión de la Corte tras el 11 de septiembre que afecta de lleno a la libertad de expresión en un tipo de discurso —y en ejer-

---

<sup>26</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *Holder vs. Humanitarian Law Project*, 130 U.S. S Ct, 2705, 2010.

<sup>27</sup> “La ley [escribe el presidente Roberts en nombre de la mayoría] ha sido redactada de manera cuidadosa y con la vista puesta en un tipo muy específico de expresión, aquella que se produce bajo los auspicios de un grupo terrorista o de manera coordinada con él, y a sabiendas de que se trata de un grupo terrorista.”

## INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

---

cicio de una libertad asociativa— que la ley repudia en términos absolutos por las características de su destinatario; algo que no casa precisamente con la línea sostenida, desde el caso *Brandenburg*, en cuanto a la protección constitucional de la libertad de expresión, siempre que no suponga una llamada a cometer delitos susceptibles de materializarse de manera inmediata.

La conexión entre palabra y resultado se realiza ahora en términos tan abstractos y sobre la base de una petición de principio de carácter tan dogmático, que un tipo de discurso que preconice, por ejemplo, la paz o el respeto de los derechos humanos y lleve aparejado, con el fin de defenderlos ante quien corresponda, asesoramiento a partidos o grupos etiquetados como terroristas, deja de ser tratado como discurso político y pasa a ser considerado como “apoyo sustantivo” prohibido, con o sin materialización en consecuencias concretas.

En nombre de las exigencias de la seguridad, la tradicional tolerancia estadounidense en materia de libertad de expresión podría estar cediendo espacio a un ámbito en el que la que despliega sus efectos es más bien la regla inversa: la de la intransigencia —o la de la tolerancia cero, como suele decirse en una expresión que ha hecho fortuna— frente al tipo de discurso de odio que pueda considerarse como un impedimento en la guerra contra el terrorismo.<sup>28</sup>

Asimismo, a propósito de los atentados del 11 de septiembre, un llamativo ejemplo de actitud intransigente lo encontramos en la sentencia del caso *Leroy vs. Francia*, resuelto por el TEDH

---

<sup>28</sup> En sentido muy crítico, y denunciando el giro radical que puede suponer esta decisión con respecto a las líneas maestras de la doctrina jurisprudencial estadounidense sobre la Primera Enmienda, se pronuncia Cole, David, “The First Amendment’ Borders: The Place of Holder vs. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine”, en *Harvard Law and Policy Review*, núm. 6, 2012, pp. 147 y ss. El “giro” de la Corte Suprema estadounidense en materia de discurso relacionado con el terrorismo, comparando la aproximación europea —más centrada en la incitación— a la estadounidense —más centrada en la dimensión colaborativa—, es el objeto del interesante trabajo de Barak-Erez, D. y Scharia, D., “Freedom of Speech, Support for Terrorism and the Challenge of Global Constitutional Law”, en *Harvard National Security Journal*, núm. 2, 2011, pp. 1 y ss.

## Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante...

---

en 2008. Se trata del caso de la viñeta publicada en el semanario vasco *Ekaitz*, dos días después de los atentados, en la que un dibujo de las torres desplomándose va acompañado de la leyenda “todos lo hemos soñado alguna vez; Hamás, lo hizo”. El autor de la viñeta fue condenado en Francia al pago de una multa como autor de un delito de apología del terrorismo, y el TEDH no encuentra en ello vulneración del artículo 10 del Convenio.<sup>29</sup>

El argumento central es el carácter profundamente dañino del mensaje para la memoria de las víctimas y su dignidad y, solo de manera secundaria, el de los efectos potenciales que una mirada semejante sobre lo ocurrido el 11 de septiembre pudiera tener como justificación o como incentivo para el recurso a la violencia terrorista en una región como el País Vasco. El propio Tribunal trae a colación en su sentencia el Convenio Europeo de 2005 sobre prevención del terrorismo, en el que se insta a los Estados a perseguir la provocación pública para cometer actos terroristas, conforme a la definición de la misma que recogen los artículos 5 a 7, a los que se añade la particularidad (art. 8) de que la comisión del ilícito es independiente de la efectiva realización del acto terrorista.

El establecimiento de ámbitos de “tolerancia cero” (por continuar utilizando el tópico) es algo que, en el marco del sistema europeo de protección de los derechos, se ha visto realizado espectacularmente a raíz del “descubrimiento” de la cláusula de prohibición del abuso de derecho que recoge el artículo 17 del Convenio (y el 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).<sup>30</sup> Utilizado en el razonamiento del Tribunal de manera aislada, o en conjunción con los otros artículos *sustantivos* del Convenio,<sup>31</sup> la idea de que estos nunca pueden invocarse para amparar actividades que tiendan a la destrucción del propio sistema de los derechos es el expediente que sirve para

<sup>29</sup> TEDH, *Leroy vs. Francia*, demanda 36109/03, sentencia de 2 de octubre de 2008.

<sup>30</sup> Me he ocupado de ello en mi monografía *La Europa de los derechos, entre tolerancia e intransigencia*, Madrid, Difusión Jurídica, 2008.

<sup>31</sup> Véase, en este sentido, y a propósito de la negación del Holocausto, la tipología que realiza Bustos Gisbert, Rafael, “Libertad de expresión y discurso negacionista”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y..., cit.*

## INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

---

trazar los confines de aquello que es repudiado frontalmente y que relaja, por así decir, la necesidad de evaluar el caso a la luz de los parámetros que se utilizan habitualmente para enjuiciar si la injerencia nacional en el derecho invocado se ajusta o no a las exigencias del Convenio.

Esto es especialmente patente en los tipos de discursos de odio que se traducen en una negación del Holocausto,<sup>32</sup> en apología de —o contemporización con— la violencia terrorista,<sup>33</sup> así como con los que transmiten mensajes de contenido xenófobo o abiertamente racista.<sup>34</sup> En contraste, el Tribunal ha sido mucho más renuente a entrar en el fondo de aquellas limitaciones de la libertad de expresión relacionadas con la ofensa a los sentimientos religiosos, un ámbito en el que ha preferido parapetarse tras el margen de apreciación nacional y la —presunta— mejor posición de los Estados para decidir. El inconveniente de esa actitud escapista es que el TEDH se nos aparece como un “buey mudo”, con escaso aporte a la decantación de las tradiciones constitucionales en este terreno y absolutamente prescindible como posible artífice de una posición común europea ante cuestiones como la de las caricaturas de Mahoma.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> La decisión de referencia puede ser *Leideux e Isorni vs. Francia*; véase la contribución de Bustos, Rafael, *idem*.

<sup>33</sup> Véase, por todas, la sentencia del TEDH, de 12 de junio de 2012, en el caso *Hitz Ut-Tahrir y otros vs. Alemania*, demanda 31098/08. Se enjuiciaba la prohibición de la asociación demandante por difundir —a través de una revista llamada *Explizit*— una ideología partidaria de la *yihad* y por negar el derecho de Israel a existir como Estado independiente. El Tribunal (FJ. 72) reproduce las líneas maestras de su jurisprudencia sobre el art. 17 del Convenio, para concluir (FJ. 74) que la demandante estaría “intentando desvirtuar los verdaderos objetivos de un artículo como el 11 del Convenio, utilizándolo de manera espuria para fines que son claramente contrarios a los valores subyacentes al mismo, y notablemente el del compromiso con una arreglo pacífico de los desacuerdos internacionales y la santidad de la vida humana”.

<sup>34</sup> De manera llamativa, por cuanto se trata del ejercicio de la libertad de expresión por parte de un candidato a diputado *Féret vs. Bélgica*; véase el trabajo de Fernando Rey.

<sup>35</sup> Véase el trabajo de Vázquez, Víctor, “Libertad de expresión y religión en la cultura liberal: de la moralidad cristiana al miedo postsecular”, en Revenga, Miguel (dir.), *Libertad de expresión y..., cit.*, donde, a propósito de las cari-

## Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante...

---

### 5.4. ¿DEMOCRACIA MILITANTE?

Es ya un lugar común tomar esa deriva de la jurisprudencia del órgano jurisdiccional más importante para la decantación del sistema europeo de los derechos fundamentales como una muestra del carácter *militante* del Convenio y, por reflejo, de las democracias sometidas a su jurisdicción. Detrás de la expresión “democracia militarante” hay, me parece, un profundo malentendido. Si lo que se quiere decir es que se trata de democracias que defienden sus valores fundamentales frente a quienes no los comparten, parece obvio que todas las democracias lo son. No existen democracias puramente “de procedimientos”, pues todas tienen un sustrato ideológico, con mayor o menor reflejo en el texto constitucional, y todas actúan de conformidad con un compromiso institucional en el que sería inconcebible un desentendimiento a ultranza ante los procesos educativos y comunicativos de sus ciudadanos.

La cuestión es entonces hasta qué punto se está dispuesto a llegar para plantar cara a los enemigos del sistema. Pero también en esto resulta evidente que no hay sistema democrático que no se defienda llevando a la legislación penal actos y conductas que se dirijan contra —o pongan en grave peligro— el propio funcionamiento normalizado del sistema, de conformidad con las señas de identidad que lo caracterizan.

Lo que sorprende entonces es la persistencia de un tópico de linaje puramente doctrinal como el de la democracia militarante, una etiqueta confusa y hasta contradictoria que no ha dejado de atraer la atención de la ciencia política y del derecho constitucional desde la publicación, en 1937, del par de trabajos de Loewenstein sobre la defensa de la democracia frente al acoso del totalitarismo, en cuyo título utilizó el rótulo. La democracia militarante quedó así indisociablemente unida al problema de la destrucción de la democracia, originando una propensión a padecer lo que en otro lugar he llamado el “síndrome de Weimar”,

---

caturas, destaca la actitud contradictoria de Europa a la hora de afrontar el desafío de la pluralidad. Una visión “ortodoxa” del asunto desde la óptica abstencionista estadounidense en Post, Robert, “Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad”, en *Constellations*, 2007, pp. 72 y ss.

## INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

---

esto es, la tendencia a rodear de emotividad y cierto dramatismo la cuestión de la defensa del sistema democrático, además de (en el terreno jurídico formal) la de valorar hasta la exageración, como un dato concluyente, la existencia de cláusulas constitucionales inasequibles a la reforma.<sup>36</sup>

Cuando ha sido pertinente, el Tribunal Constitucional ha sido especialmente proclive a deslizar en su jurisprudencia la idea de un supuesto *agnosticismo constitucional*, que se vería reflejado en la posibilidad de alcanzar cualquier resultado, siempre que se utilicen los cauces previstos para la reforma, así como en el hecho de que la Constitución no exige de nadie, como sí ocurre en el modelo alemán de *democracia militante*, una adhesión positiva a los postulados constitucionales, sino simplemente el compromiso de no vulnerarlos.<sup>37</sup> Expresándolo de manera más descarnada, parece como si el Tribunal viniera a decir que la Constitución

<sup>36</sup> Revenga, Miguel, “La defensa de la democracia y el *síndrome de Weimar*: crítica de algunas inconsistencias de la jurisprudencia constitucional española”, en Ríos, Luis Efrén (ed.), *Tópicos electorales. Un diálogo entre América y Europa*, Madrid, CEPC, 2011, pp. 679 y ss.

<sup>37</sup> Un ejemplo de una saga que comenzó bastante antes del “giro militante” plasmado en la Ley de Partidos de 2002 puede verse en el FJ. 4.c de la STC 42/2014 (caso impugnación de la resolución del Parlamento de Cataluña sobre declaración de soberanía y derecho a decidir): “[...] la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, “[...] un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución” (STC 48/2003, FJ. 7; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ. 17; 235/2007, FJ. 4; 12/2008, FJ. 6, y 31/2009, de 29 de enero, FJ. 13). Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en el ordenamiento constitucional español cuantas ideas quieran defenderse y que “no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional” (entre otras, STC 31/2009, FJ. 13). “El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en [dicho] ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (STC 103/2008, FJ. 4)”.

## Los discursos de odio y la democracia adjetivada: tolerante...

---

sitúa en pie de igualdad a todas las ideas —todas igualmente respetables— y está, por consiguiente, dispuesta a incorporarlas sin más requisito que el acatamiento riguroso de los cauces previstos al efecto. Un punto de vista semejante no casa con los compromisos que España tiene asumidos como consecuencia de su pertenencia a la Unión Europea, cuyos fundamentos valorativos son los que son, y se pretende *performativamente* que sean de una sociedad “caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” (art. 2 del Tratado de la Unión).

Cómo cuadrar el círculo de la compatibilidad entre fundamentos más o menos definidos o “cerrados” y fundamentos manifiestamente “abiertos” (pluralismo, tolerancia), esto es, con márgenes elásticos e indeterminados, pero no carentes de ellos, es lo que hace del tópico de la democracia capaz de defenderse una cuestión cuyo interés y cuya relevancia práctica se acrecientan como consecuencia de las tensiones consustanciales al modo de ser de la democracia constitucional en el siglo XXI. En sociedades tensionadas por el fenómeno de la inmigración, ahora en el contexto de una dura crisis económica, acosadas por la amenaza incierta de un terrorismo, endógeno y exógeno, y sometidas al desafío de gestionar diversidades religiosas, culturales e identitarias cada vez más exigentes, el tópico de la democracia militante resurge y cabalga de nuevo.<sup>38</sup> Ahora lo hace bajo un paradigma que ya no es el de la destrucción de la democracia en la Alemania de entreguerras, sino bajo el de una militancia más compleja e “inteligente”.<sup>39</sup>

Si tradicionalmente el modo de afrontar ciertos conflictos había dado lugar a los dos modelos de democracia, tolerante e in-

<sup>38</sup> Sajó, András (ed.), *Militant Democracy (Issues in Constitutional Law)*, Londres, Eleven International Publishing, 2004; Thiel, Markus (ed.), *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, Londres, Ashgate, 2009; Müller, Jan-Werner, “Militant Democracy”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012; Kirshner, Alexander, *A Theory of Militant Democracy: the Ethics of Combating Political Extremism*, New Haven, Yale University Press, 2014.

<sup>39</sup> Walker, Clive, “Militant Speech about Terrorism in a Smart Militant Democracy”, en *Mississippi Law Journal*, núm. 80, 2011, pp. 1395 y ss.

## INTRASIGENCIA CONSTITUCIONAL

---

transigente, que hemos glosado en este trabajo y que todavía dan pie a interesantes reflexiones sobre el “choque de puntos de vista” de los que tales modelos vendrían a ser reflejo,<sup>40</sup> hoy surgen indicios de una atenuación de tal contraste. Como consecuencia de circunstancias y acontecimientos muy concretos, en ambos lados del Atlántico, cada vez hay una conciencia más clara del nexo entre la propagación de discursos de odio y el asentamiento de contextos de violencia capaces de producir resultados trágicos.<sup>41</sup> Ello no va a trastocar el compromiso de las democracias liberales con el libre flujo de las ideas sin censura previa, pero sí es posible que realce la idea de las palabras con capacidad de producir daño, inclinando la balanza, ante un conflicto concreto, del lado de la acción de intransigencia. Si fuera así, no se estarían degradando los fundamentos de aquellas, sino reafirmándolos para mantenerlos vivos y legárselos a las generaciones futuras.

---

<sup>40</sup> Véase últimamente, Kahn, Robert, “Why do Europeans Ban Hate Speech? A Debate between Karl Loewenstein and Robert Post”, en *Hofstra Law Review*, núm. 41, 2013, pp. 545 y ss.

<sup>41</sup> Estoy pensando en el homicidio masivo de militantes de las juventudes del Partido Laborista de Noruega, en el verano de 2011, por un perturbado que pretendía con ello defender a Europa de la invasión del Islam, pero también en el ataque que se produjo en Estados Unidos, en enero de ese mismo año, en el transcurso de una actividad del Partido Demócrata contra una congresista, Gabielle Giffords, a la que la activista del *Tea Party*, Sara Pahlin, había marcado poco antes, en su sitio web, con una diana.