

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, NEGACIÓN
DEL HOLOCAUSTO Y DEFENSA
DE LA DEMOCRACIA

Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

I. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODO.—II. LA NEGACIÓN DEL GENOCIDIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: 1. *Introducción: la respuesta del TEDH ante el discurso del odio*. 2. *Negación y justificación del Holocausto como discurso ajeno a la libertad de expresión*.—III. CRÍTICA A LA RESPUESTA DEL TEDH AL DISCURSO ANTIDEMOCRÁTICO: LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LIBERTAD DE ASOCIACIÓN: 1. *¿La negación del Holocausto como abuso de derecho? Consecuencias e incongruencias del doble criterio de enjuiciamiento al discurso del odio*. 2. *¿La negación del Holocausto como un peligro para la democracia? Incongruencias con la jurisprudencia sobre partidos políticos antidemocráticos*. 3. *El enjuiciamiento del peligro para la democracia en la jurisprudencia del TEDH*: a) *Nociones de democracia*. b) *El derecho de asociación y el criterio del peligro concreto e inminente*. c) *El discurso del odio y el criterio del peligro potencial*. d) *El negacionismo y el criterio del peligro presunto*. e) *El peligro simbólico*.—IV. RAZONES Y SINRAZONES DE LA REPRESIÓN DEL NEGACIONISMO. EL HOLOCAUSTO COMO TABÚ.

I. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DEL ODO (1)

Las libertades de información y expresión constituyen sin lugar a dudas pilares esenciales de una democracia constitucional, siendo concebidas no sólo como un derecho fundamental del ciudadano, sino además como una pieza estructural esencial para el desarrollo de una opinión pública libre y el fomento del pluralismo político, consustanciales a una democracia digna de tal nom-

(1) Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «*Ius puniendi e inmigración irregular*» (DER 2011-26449), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

bre (2). Esa doble dimensión dota a la libertad de expresión, cuando ésta se ejerce respecto de asuntos con relevancia pública y en el contexto político-social, de una particular trascendencia que los poderes públicos no pueden desconocer a la hora de proceder a la delimitación y ponderación con otros derechos fundamentales con los que pueda colidir (3), debiendo asignársele una «posición preferente» (4).

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) ha venido reiterando que, dado que la libertad de expresión «constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso», debe respetarse su ejercicio no solamente en relación con las informaciones o expresiones «acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también con aquellas que resultan opuestas, lastiman o inquietan. Así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (5).

Pero esa posición preferente no implica una protección ilimitada o absoluta de la libertad de expresión. Como es sabido, la propia plasmación del derecho fundamental en los textos normativos surgidos tras la Segunda Guerra Mundial ha venido acompañada de la inclusión de un haz de límites derivados de otros valores normativamente equiparables, tales como la igualdad, la dignidad o el honor de los ciudadanos. Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante) garantiza la libertad de expresión en su artículo 10, si bien

(2) Cfr., por ejemplo, BUSTOS GISBERT, «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática», en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA, *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2005, pág. 532. Una defensa de la fundamentación de la libertad de expresión como instrumento esencial para la deliberación pública y, con ello, para la democracia puede encontrarse, por ejemplo, en SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, 1993, *passim*; o en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, 1992, págs. 66 y sigs.

(3) Como señala BUSTOS GISBERT (nota 1), pág. 532, en referencia a la doctrina del TEDH, ello supone «que este derecho implique una singular posición en todo el sistema de derechos fundamentales dado que su lesión o restricción injustificada implica no sólo la limitación del derecho fundamental sino de uno o más ciudadanos, sino también efectos negativos en la creación y mantenimiento de una institución esencial del sistema democrático: una opinión pública libre».

(4) *Vid.*, por ejemplo, BARENDT, *Freedom of Speech*, 2005, pág. 155; MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de la libertad de expresión en el Estado Social y democrático de Derecho*, 2006, págs. 283 y sigs.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, «La libertad de expresión», en CASAS/RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Comentarios a la Constitución Española*, 2009, págs. 472 y sigs., sobre la doctrina del Tribunal Constitucional español.

(5) Entre otras, STEDH *Handsyde c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, § 49; *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992, § 42; *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, de 24 de febrero de 1997, § 49; *Fuentes Bobo c. España*, de 29 de febrero de 2000, § 43.

acto seguido, en su apartado segundo, avala su restricción por causas como la seguridad nacional o pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud, la moral, la reputación o los derechos ajenos. De similar modo, la Constitución Española dispone que la libertad de expresión tiene sus límites «especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». También la Constitución alemana, que comienza con la declaración absoluta de «(l)a dignidad del hombre es sagrada» (art. 1), introduce el derecho al honor como límite constitucional a la libertad de expresión.

En particular, y por lo que se refiere al objeto de este trabajo, el TEDH ha sido especialmente beligerante con determinadas formas de expresión relacionadas con el llamado *discurso del odio*, en sintonía con la línea seguida con carácter general en Europa, que en diversos textos supranacionales y en las legislaciones de prácticamente todos sus Estados ha sancionado penalmente diversas manifestaciones de ese fenómeno. En los términos del Consejo de Europa, el discurso del odio puede definirse como «todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración» (6). Dentro del mismo, ocupa un lugar singular el llamado negacionismo o revisionismo histórico (7), particularmente el dirigido a negar, minimizar o justificar el Holocausto y a enaltecer el régimen nacionalsocialista.

El discurso del odio enfrenta a la sociedad democrática a la conocida paradoja de la tolerancia, que debe dar respuesta a si, en aras del pluralismo y la tolerancia que constituyen la base de la democracia, debe permitir la propagación de ideas opuestas a esa tolerancia y a la propia democracia, o si, en defensa de la democracia, debe ser intolerante con el intolerante, sacrificando de ese modo uno de los valores que la definen (8). Desde el plano de los derechos in-

(6) Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros sobre el «discurso del odio»: (http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM/Rec%281997%29020&ExpMem_en.asp).

(7) Sobre tales conceptos, *vid.* FRONZA, «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2011, págs. 105 y sigs.

(8) POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, 1994, pág. 512: «Si extendemos una tolerancia ilimitada incluso a favor de los intolerantes, si no estamos preparados para defender una sociedad tolerante contra los ataques del intolerante, entonces el tolerante será destruido, y con él la tolerancia misma».

dividuales — inherente a una democracia sustantiva— los dos polos sobre los que gira la ponderación en el discurso del odio son la libertad (de expresión) y la dignidad humana (9). Sin lugar a dudas, fue la tragedia del Holocausto lo que situó a la dignidad humana en el núcleo de las democracias de la posguerra y lo que conformó la regulación sobre el discurso del odio, no sólo en Europa sino también en los tratados internacionales (10). La negación del genocidio y

(9) Sobre la oposición entre libertad y dignidad (enmarcada en el diferente tratamiento del discurso del odio de la doctrina estadounidense), véase BOLLINGER/STONE, «Dialogue», en BOLLINGER/STONE (eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, 2002, págs. 9-10, y, especialmente, CARMI, «Dignity versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech», *Boston University International Law Journal*, núm. 26, 2008, págs. 277 y sigs., págs. 322 y sigs.

(10) En el ámbito internacional, pueden citarse, a estos efectos, el artículo V del Convenio de Naciones Unidas para la Prevención del Genocidio, de 1948, que impone a los Estados firmantes la introducción de sanciones eficaces para la «instigación directa y pública» del genocidio; el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (1966), cuyo apartado segundo dispone que «(t)oda apología del odio nacional, racial y religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley»; o el Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, que establece la condena de toda propaganda inspirada en la superioridad racial o que pretenda justificar o promover el odio y la discriminación racial, comprometiéndose los Estados firmantes, entre otras medidas, a declarar como acto punible la difusión de ideas basadas en la superioridad y el odio racial, la incitación a la discriminación o a la violencia por motivos raciales (art. 4).

En el ámbito europeo, puede citarse la Acción Común de 15 de julio de 1996 contra el racismo y la xenofobia, que establece la necesidad de castigar penalmente la incitación pública a la discriminación, la violencia o el odio racial, la apología pública de crímenes contra la humanidad, la negación pública del genocidio y crímenes contra la humanidad, cuando ello incluya un comportamiento degradante hacia grupos raciales o étnicos, o la difusión pública de manifestaciones racistas. Con posterioridad, la Decisión Marco de noviembre de 2008 (2008/913/JAI), relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, ha impuesto a los Estados la sanción de determinados actos cometidos con objetivos racistas o xenófobos, tales como la incitación pública a la violencia o al odio; la difusión, por cualquier medio, de escritos, imágenes u otros soportes de contenido racista o xenófobo; la apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio y contra la humanidad, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

También el Consejo de Europa ha mostrado considerable preocupación por el discurso del odio. Puede citarse, a este respecto, la Recomendación núm. 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI), relativa a las legislaciones nacionales de lucha contra el racismo (2002), en la que se establece la necesidad de introducir como ilícitos penales la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación, las injurias o la difamación públicas y las amenazas, cuando se dirijan contra una persona o un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico. Se recomienda también que se reprima la expresión pública, con fines racistas, de una ideología que propugne la superioridad de un conjunto de personas por razón de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico; la negación, la minimización grosera, la justificación o la apología públicas, con fines racistas, de los genocidios o los crímenes de lesa humanidad.

de crímenes contra la humanidad es asumida por tales instrumentos jurídicos como una amenaza a la democracia que puede, legítimamente, ser prohibida y reprimida, incluso penalmente, por los Estados. Ello suele fundamentarse —así lo hace el TEDH, como veremos— en que la negación y justificación del genocidio supone un atentado a la dignidad y honor de las víctimas del mismo y a la de sus descendientes, entendiéndose tales conductas como una forma más o menos encubierta de antisemitismo y de incitación al odio y a la discriminación de los judíos (11).

La respuesta del TEDH al negacionismo contrasta enormemente con la del Tribunal Constitucional español, que en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, ha declarado inconstitucional el delito de negación del genocidio, asumiendo que la mera enunciación de hechos históricos forma parte del contenido esencial de la libertad de expresión —en relación con la libertad científica— y no puede ser objeto de prohibición. La citada Sentencia ha sido objeto de innumerables comentarios doctrinales, tanto críticos —la mayoría— como laudatorios (12), y no será abordada en estas páginas, circunscritas a analizar la respuesta que el TEDH ha dado al discurso del odio. Como expondré, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que toda manifestación de revisionismo queda fuera de la libertad

(11) Sobre ello, cfr. HÖRNLE, *Grob Anstössiges Verhalten*, 2005, págs. 315 y sigs., analizando las distintas justificaciones esgrimidas para la penalización en el Código Penal alemán de la negación del Holocausto; GARIBIAN, «Taking denial seriously: genocide denial and freedom of speech in the french law», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 9 (2008), págs. 479 ss., págs. 486, desde una firme defensa de la punición de la negación del genocidio. Sobre la posición del TEDH me ocupo en el epígrafe siguiente.

(12) *Vid.*, por ejemplo, DE LA ROSA CORTINA, «Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional», *La Ley*, núm. 6842, 2007; SÁNCHEZ PÉREZ, «Libertad de expresión y la negación de los crímenes contra la humanidad: la negación de los límites. Comentario a la STC 235/2007», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 18, 2007; FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, «El bárbaro civilizado. Al hilo de la STC 235/2007», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 19, 2007; SUÁREZ ESPINO, «Inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio: Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 30, 2007, págs. 175 y sigs.; TAJADURA TEJADA, «Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 80, 2008, págs. 233 y ss.; ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: Los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, págs. 103 y sigs.; RAMOS VÁZQUEZ, «La declaración de inconstitucionalidad del delito de negacionismo (art. 607.2 del Código Penal)», *Revista Penal*, núm. 23, 2009, págs. 124 y sigs.; BILBAO UBILLOS, «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, págs. 299 y sigs.; ÍÑIGO CORROZA, «Caso de la Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2011, págs. 624 y sigs.

de expresión y, a tal fin, se ha servido del instrumento más contundente de que dispone: la cláusula de abuso de derecho prevista en el artículo 17 CEDH. Dada esa respuesta, más allá del daño que pueda suponer para el honor de las víctimas del Holocausto, el Tribunal viene a asumir el negacionismo como un ataque a la propia democracia. En primer lugar, se expondrá la jurisprudencia más relevante sobre la materia (epígrafe II), para después proceder a una reflexión crítica acerca de los criterios de enjuiciamiento del TEDH, contrastándolo con la respuesta dada ante otros casos de discurso de odio y ante otras «amenazas» para la democracia, como los partidos políticos antidemocráticos (epígrafe III). Por último, se harán algunas consideraciones sobre el daño inherente al negacionismo (epígrafe IV).

II. LA NEGACIÓN DEL GENOCIDIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

1. *Introducción: la respuesta del TEDH ante el discurso del odio*

En el conflicto entre libertad de expresión y dignidad, el TEDH sitúa ambos valores en el mismo plano, debiendo operar una difícil ponderación entre ambos. Así, si bien asume que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, razón por la que debe respetarse su ejercicio no solamente en relación con las informaciones o expresiones consideradas como inofensivas o indiferentes, «sino también con aquellas que resultan opuestas, lastiman o inquietan», afirma también que el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituye «el fundamento de una sociedad democrática y pluralista». Y es este presupuesto el que justifica que se pueda «juzgar necesario, en las sociedades democráticas, juzgar o prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen un odio basado en la intolerancia», concluyendo que «no hay duda de que expresiones concretas que constituyen un discurso del odio y... que pueden ser insultantes para personas o grupos, no se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio» (13). En este sentido, el TEDH, «plenamente consciente de la importancia de combatir la discriminación racial bajo todas sus formas y manifestaciones» (14), ha mostrado una gran beligerancia contra el discurso del odio, y especialmente contra el negacionismo referido al Holocausto, al que,

(13) *Gündüz c. Turquía*, STEDH de 4 de diciembre de 2003, § 40. Similar, *Fèret c. Bélgica*, STEDH 16 de julio de 2009, § 64.

(14) *Jersild c. Dinamarca*, STEDH de 23 de septiembre de 1994, § 30.

como expondré a continuación, ha excluido tajantemente del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión, considerando no sólo que atenta contra la dignidad de las víctimas (15), sino además que supone una incitación al odio y la discriminación de los judíos (16).

La respuesta del TEDH ante conductas expresivas propias del discurso del odio se desdobra en dos vías de enjuiciamiento (17):

i) Por una parte, a través de una *delimitación negativa*, excluyendo directamente de las garantías del artículo 10 tales conductas expresivas en virtud de la aplicación de la cláusula de abuso de derecho prevista en el artículo 17 CEDH (18). En el ámbito de la libertad de expresión, la misma ha recibido un considerable uso por parte del Tribunal, con el fin de luchar contra el discurso del odio, especialmente en relación con el revisionismo sobre el Holocausto. Así, con carácter general ha declarado que «cualquier manifestación contra los valores plasmados en la Convención se vería excluida de la protección del artículo 10 a través del artículo 17» (19).

ii) Por otra parte, a partir de una *ponderación* entre derechos y valores, considerando que se ha producido una injerencia en la libertad de expresión y analizando entonces si la misma es legítima según lo dispuesto en el artículo 10.2 CEDH. Para ello, el TEDH aplica un juicio de proporcionalidad que atiende a la legitimidad de los fines por los que se restringe el derecho, su nece-

(15) Entre otras, *Otto E.F.A. Remer c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1995; *Garaudy c. Francia*, de 24 de junio de 2003.

(16) Así, por ejemplo, *Honsik c. Austria*, de 18 de octubre de 1995; *Marais c. Francia*, de 24 de junio de 1996.

(17) En semejantes términos, WEBER, *Manual on Hate Speech*, 2009, pág. 19 (disponible en: <http://book.coe.int/ftp/3342.pdf>); KEANE, «Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention of Human Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 25, 2007, págs. 641 y sigs.; OETHEIMER, «Protecting Freedom of Expression: the Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law», *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, núm. 3, 2009, págs. 429 y sigs. Vid. también HONG, «Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung de EGMR und nach dem *Wunsiedel*-Beschluss des BVerfG», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, núm. 70, 2010, págs. 73 y sigs., pág. 76, distinguiendo entre un *Nichtanwendungsmodell* (aplicación directa del art. 17 CEDH) y un *Rechtfertigungsmodell*.

(18) El artículo 17 establece lo siguiente: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

(19) *Seurot c. Francia*, de 18 de mayo de 2004. Vid. ya *Glimmerveen y Hagenbeck c. Países Bajos*, de 11 de octubre de 1979.

sidad para una sociedad democrática, y su proporcionalidad en sentido estricto desde un análisis de las circunstancias que rodean el caso —contenido y forma de expresión, la intención del autor, contexto y previsible impacto del mensaje y gravedad de la sanción—. Como ya ha sido mencionado, el CEDH establece el derecho fundamental a la libertad de expresión no de modo absoluto, sino sometido a la posibilidad de ser restringido en atención a la salvaguarda de una amplia serie de valores e intereses. En la ponderación a efectuar entre los valores en juego, el precepto acoge un criterio específico: las restricciones a la libertad de expresión, justificadas en la salvaguarda de tales valores, han de constituir «medidas necesarias, en una sociedad democrática», lo que el TEDH ha interpretado como la exigencia de que exista una «necesidad social imperiosa» para restringir el derecho a la libre expresión (20), necesidad que no significa tanto como «indispensable» pero tampoco es sinónimo de «deseable», «útil» o «razonable» (21).

2. Negación y justificación del Holocausto como discurso ajeno a la libertad de expresión

Hasta los años ochenta, el Tribunal (22) no se sirvió de la cláusula del abuso de derecho en el ámbito de la libertad de expresión, acudiendo para resolver los supuestos que se suscitaban a la ponderación inherente al artículo 10.2 CEDH (23). Así resolvió, por ejemplo, el asunto *X c. República Federal Alemana*, de 16 de julio de 1982, supuesto de similares características al que dio lugar en España a la STC 214/1991, de 11 de noviembre (*caso Violeta Friedman*), en cuanto que la discusión en la jurisdicción nacional giró en torno a la legitimación procesal de una persona de origen judío para demandar civilmente, por lesión del honor, a un vecino que había colgado en la valla de su jardín varios folletos en los que se negaba el genocidio judío. Tras haberle sido denegada la legitimación, el Tribunal Supremo alemán revocó tal decisión, considerando, de

(20) Por ejemplo, y entre muchas, *Sürek c. Turquía*, STEDH de 8 de julio de 1999, § 58; *Soulas y otros c. Francia*, STEDH de 10 de julio de 2008, § 32.

(21) *Sunday Times c. Reino Unido*, STEDH de 26 de abril de 1979, § 59.

(22) En la exposición no se hará distinción entre pronunciamientos de la Comisión (abolida desde el 1 de noviembre de 1998 por la entrada en vigor del Protocolo 11) y del Tribunal, siendo todos citados como sentencias del TEDH.

(23) Una excepción a lo afirmado se encuentra en la decisión de inadmisión *Glimmerveen y Hagenbeck c. Países Bajos*, de 11 de octubre de 1979, en la que el TEDH aplicó el art. 17 CEDH a un discurso de incitación a la discriminación.

una parte, que la negación del Holocausto constituye una lesión contra el honor del pueblo judío y de cada uno de sus integrantes y, de otra, que quien realiza esa acción no puede beneficiarse del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 5.1 de la Ley Fundamental de Bonn, «porque esa libertad no comprende el derecho a formular declaraciones erróneas» (24). Tras la inadmisión del recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional alemán por quien fue condenado civilmente, acudió a Estrasburgo, dando lugar al citado pronunciamiento en el que, igualmente, se inadmitió la demanda presentada. El TEDH parte de considerar que se produjo una injerencia en la libertad de expresión del actor, si bien entendió que tal restricción era necesaria en una sociedad democrática al perseguir la protección de un grupo históricamente discriminado y que no podía entenderse irrazonable la decisión de considerar los folletos como un ataque contra el honor de los judíos.

En una segunda fase, el Tribunal comenzó a servirse del artículo 17 de modo indirecto, como un criterio de ponderación adicional a los manejados en la aplicación del artículo 10.2 CEDH (25), para, en muchas ocasiones, declarar inadmisibles las demandas de quien había sido condenado por la difusión de un discurso negacionista (26). En *Udo Walendy c. Alemania* se consideró que el secuestro de una publicación que contenía un artículo en el que se cuestionaba la existencia de las cámaras de gas era una medida necesaria en una sociedad democrática. En el asunto *Otto E.F.A. Remer c. Alemania* afirmó el Tribunal que las publicaciones del demandante «reflejan una discriminación racial y religiosa», y que «el interés público en la prevención del delito y el desorden público derivado de la incitación al odio contra los judíos, y los requisitos necesarios para la protección de su reputación y derechos, preponderan, en una sociedad democrática, sobre la libertad del solicitante para distribuir publicaciones ne-

(24) En sentencia de 18 de septiembre de 1979. Puede verse en *Neue Juristische Wochenschrift* 1980, pág. 45.

(25) Ponon de relieve a este respecto CANNIE/VOORHOOF, «The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: an Added Value for Democracy and Human Rights Protection?», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 29, 2011, págs. 54 y sigs., págs. 58 y 67, que el artículo 17 ha sido utilizado de dos modos: uno directo (denominado «efecto guillotina»), excluyendo la conducta expresiva de la protección del artículo 10, y uno indirecto, que es el referido ahora en el texto. Sobre ello, véase también ARAI, en VAN DIJK *et al.* (eds.), *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, 4.ª ed., 2006, págs. 1085-1086.

(26) Entre otros, pueden citarse los siguientes asuntos: *B. H., M. W., H. P. y G. K. c. Austria*, de 12 de octubre de 1989; *Walter Ochensberger c. Austria*, de 2 de septiembre de 1994; *Otto E.F.A. Remer c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1995; *Udo Walendy c. Alemania*, de 11 de enero de 1995; *Marais c. Francia*, de 24 de junio de 1996; o *Herwig Nachtman c. Austria*, de 9 de septiembre de 1998. Véase sobre ello, con más referencias, HONG (nota 16), págs. 78-79.

gando de la muerte de judíos en las cámaras de gas de los campos de concentración bajo el régimen nazi» (27). Merece también mencionarse la decisión *Marais c. Francia*, caso en el que la negación de hechos históricos no se refería al Holocausto en general o a la inexistencia generalizada de cámaras de gas, sino que se concretaba en la existencia de una concreta «cámara de gas homicida de Struthhof-Natzweiler, un caso particular» (tal era el título de la publicación). A partir de los diarios del comandante del citado campo de concentración, y de un estudio de los componentes químicos empleados, Marais ponía en duda que se hubiera utilizado como medio de ejecución. Pese al tono científico y aséptico de la publicación, el autor de la misma fue condenado a una multa y a una indemnización civil por daños y perjuicios, considerando los órganos judiciales franceses que la negación de tales ejecuciones conllevaba implícita, en realidad, la negación del Holocausto judío, lo que atenta contra la memoria de las víctimas y pueden ocasionar alteraciones de la paz social por la propagación de ideas que tienden a rehabilitar la política de discriminación racial nazi. La demanda presentada por Marais en Estrasburgo, en la que invocaba el derecho a la investigación científica, fue inadmitida por el TEDH, concluyendo el Tribunal que la injerencia en la libertad de expresión era necesaria, en una sociedad democrática, para preservar la paz social, y que no puede utilizarse la libertad que plasma el artículo 10 para la consecución de fines contrarios al Convenio. Asimismo, frente a la alegación del recurrente, afirmó que la libertad científica no estaba exenta de las restricciones impuestas por el artículo 10.2 CEDH (28).

El giro a una aplicación directa de la cláusula de abuso de derecho y la consiguiente exclusión apriorística del negacionismo de la protección de la libertad de expresión comenzó a materializarse en la Sentencia dictada en el asunto *Lehideux e Isorni c. Francia*, de 23 de septiembre de 1998. El Tribunal había de

(27) Remer había sido condenado a la pena de un año y diez meses de prisión por escribir, editar y distribuir una revista en la que se negaba la existencia de las cámaras de gas, acusando a los judíos de haber falsificado la Historia, y se denunciaba la destrucción de Alemania como consecuencia de la inmigración de extranjeros. Remer fue un dirigente nazi que, lejos de mostrar arrepentimiento, en el año 1950 formó el Partido Socialista del Reich, agrupación de ideología nazi que fue ilegalizada en 1952. A título anecdótico, se da la circunstancia de que, para evitar cumplir la condena impuesta, Remer se refugió en España, denegando en 1996 la Audiencia Nacional la extradición solicitada por Alemania al no reunir el requisito de la doble incriminación —dado que en España no era entonces delito la negación del Holocausto—. Remer murió en Marbella en 1997 a los 85 años de edad.

(28) Sobre las dos últimas decisiones citadas, así como sobre otros pronunciamientos del TEDH acerca del negacionismo histórico, puede verse la amplia exposición de BILBAO UBILLOS, «La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión», *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 2008, págs. 19 y ss.

ocuparse de la condena impuesta a los recurrentes por haber reivindicado públicamente el papel jugado por el Mariscal Pétain y el Régimen de Vichy durante la Segunda Guerra Mundial en la contención del régimen nazi en Francia. El Tribunal optó por mantenerse neutral ante tales hechos históricos, considerando que «no le corresponde arbitrar sobre esta cuestión, que se refiere a un debate vivo entre historiadores sobre el desarrollo y la interpretación de los acontecimientos de los que se trata [...] En este caso, no parece que los demandantes hayan querido negar o revisar lo que ellos mismos llamaron, en su publicación, las “atrocidades” y las “persecuciones nazis”, o incluso la “omnipotencia alemana y su barbarie”. Al calificar de “excepcionalmente hábil” la política de Philippe Pétain, los autores del texto apoyaron sobre todo una de las tesis presentes en el debate sobre el papel del Jefe del Gobierno de Vichy, llamada del “doble juego”» (29). Por ello, y a partir de otra serie de consideraciones, termina por declarar desproporcionada la condena penal impuesta por tales hechos. Ahora bien —y esto es lo que nos importa—, en la sentencia se declaraba también, *obiter dictum*, la radical exclusión de la negación y justificación del genocidio nazi del amparo del artículo 10 CE, manifestando que hay una «categoría de hechos históricos claramente probados —como el Holocausto— cuya negación o revisión el artículo 17 sustraería a la protección del artículo 10» (§ 47); «a semejanza de cualquier otra declaración dirigida contra los valores que sirven de base al Convenio... la justificación de una política pronazi no podría beneficiarse de la protección del artículo 10» (§ 53).

Esa línea jurisprudencial fue decididamente aplicada en el asunto *Garaudy c. Francia*, de 24 de junio de 2003. Roger Garaudy, conocido filósofo e historiador, publicó un libro titulado «Los mitos fundadores de la política israelí», que incluía un capítulo sobre «el mito del Holocausto», en el que minimizaba la masacre judía, comparándolo con otras situaciones históricas y negando que hubiera existido un plan organizado de exterminio. Condenado en aplicación de la ley *Gayssot* por la negación de crímenes contra la humanidad, difamación racista e incitación al odio racial, acudió a Estrasburgo, acordándose la inadmisión de la demanda. «Apoyándose en numerosas citas y referencias —afirmó el TEDH—, el demandante pone en cuestión la realidad, la amplitud y la gravedad de hechos históricos que no son objeto de debate entre los historiadores, sino que, por el

(29) En similar sentido, *Chauvy y otros c. Francia*, resaltando que «la búsqueda de la verdad histórica forma parte integral de la libertad de expresión». Acerca del principio de no intervención judicial en materia de hechos históricos cfr. FERRERES COMELLA, «Freedom of Expression in Political Context: Some Reflections on the Case Law of the European Court of Human Rights», en SADURSKI (ed.), *Political Rights in 21st Century Europe*, 2006, págs. 84 y sigs., págs. 100 y sig., analizando la sentencia mencionada en el texto.

contrario, están claramente establecidos [...] Lejos de limitarse a una crítica política o ideológica del sionismo o de las actuaciones del Estado de Israel, o incluso de proceder a una exposición objetiva de las tesis negacionistas y de reclamar un debate público y científico sobre las cámaras de gas, el demandante hizo suyas las tesis negacionistas y puso sistemáticamente en cuestión los crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis contra la comunidad judía». Y continúa el Tribunal: «No puede haber duda de que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos, como el Holocausto [...] no constituye un trabajo de investigación histórica que guarde relación con una búsqueda de la verdad. La intención y el resultado de esa labor son completamente distintos; siendo su verdadero propósito rehabilitar el régimen nacional-socialista y, en consecuencia, acusar de falsificación de la historia a las propias víctimas. La negación de crímenes contra la humanidad constituye, así, una de las formas más graves de difamación racial contra los judíos y de incitación al odio contra ellos. La negación o revisión de hechos históricos de ese tipo atenta contra los valores sobre los que se funda la lucha contra el racismo y el antisemitismo y dada su naturaleza pueden perturbar gravemente el orden público. Tales actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos porque infringen los derechos de los demás. El designio de sus autores cae indiscutiblemente dentro de las finalidades prohibidas por el artículo 17». Por ello, concluye el Tribunal que el recurrente no puede ampararse en las garantías del artículo 10 CEDH.

Con tales decisiones, la verdad histórica del Holocausto, en cuanto «hecho histórico claramente establecido», adquiere en el Tribunal de Estrasburgo una protección absoluta, independientemente de los efectos que, en el caso concreto, puedan tener las manifestaciones negacionistas para la paz social o el mantenimiento de la democracia —finalidad esta última que justifica la cláusula de abuso de derecho—. Ello se pone de manifiesto, por ejemplo, en el asunto *Witzsch c. Alemania*, de 13 de diciembre de 2005, en el que el TEDH inadmite la demanda presentada por el ciudadano alemán tras la condena a tres meses de prisión impuesta como autor de un delito de denigración de la memoria de los difuntos (§ 189 StGB), por haber negado la responsabilidad de Hitler y el NSDAP en el exterminio masivo de los judíos en una carta privada a un historiador (30). Merece la pena transcribir el contenido de la carta por el que fue condenado el demandante:

(30) El procesamiento a Witzsch tuvo aspectos llamativos. El historiador puso la carta en manos de la policía, pero no quiso interponer una querrela, que constituía un requisito de perseguibilidad del delito. La policía puso la carta en conocimiento de otro ciudadano cuyos padres habían muerto en un campo de concentración, siendo éste quien presentó la querrela que permitió procesarle.

«Es indiscutido en la actualidad que no hay ninguna indicación en los programas del Partido Nacional Socialista de los Trabajadores Alemanes, el NSDAP [Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei], que el NSDAP y Hitler tuvieran la intención de asesinar a los judíos. Difícilmente puede decirse de quien —con todos los medios a su alcance— fomentó la emigración de la minoría judía hasta poco antes del comienzo de la Segunda Guerra Mundial, que hubiera preparado el asesinato de los judíos. Hace ya tiempo, el historiador Irving ha propuesto públicamente pagar mil libras a cualquier persona que pueda probar que Hitler ordenara, por motivos raciales, el asesinato de un solo judío. Hasta ahora, nadie ha presentado prueba alguna. Después de la guerra, decenas de miles de oficiales totalmente inmaculados del NSDAP han atestiguado bajo juramento no haber tenido conocimiento hasta el final de la guerra del asesinato de los judíos. Ninguno de los dignatarios del Gobierno alemán acusado en Nüremberg admitió haber conocido el asesinato en masa de los judíos. ¡Ni siquiera en sus últimas palabras en la horca!

La normalización de las relaciones entre los alemanes y los judíos depende de la voluntad de alcanzar la verdad histórica, y ello no sólo requiere que a una parte se le atribuya la responsabilidad que admite, sino también que la otra parte se abstenga de suprimir su contribución negativa a la Historia [...] Por último, pero no menos importante, la normalización requiere que los judíos se distancien claramente de la propaganda de atrocidades de la guerra y la posguerra [Kriegs- und Nachkriegsgreuelpropaganda] contra Alemania, concerniendo directa o indirectamente a los judíos.

Usted, profesor Wolffsohn, contribuiría enormemente a esto si abandonara las declaraciones falsas o cuestionables en contra de Alemania e hiciera un serio esfuerzo para familiarizarse con el actual discurso académico de la Historia contemporánea.»

Como puede apreciarse, y así lo reconoce el Tribunal, «el demandante no negó ni el Holocausto ni la existencia de cámaras de gas; no obstante, negó una circunstancia del Holocausto igualmente significativa y establecida, considerando falso e históricamente insostenible que Hitler y el NSDAP hubieran planeado, iniciado y organizado el exterminio masivo de los judíos». Hechos a los que el TEDH aplica también la guillotina del artículo 17 CEDH y los declara excluidos del ámbito de la libre expresión. Para ello, el Tribunal parece considerar suficiente que «la declaración del demandante de que la opinión expresada por W. formaba parte de la propaganda de atrocidades de la guerra y posguerra, unido a la negación de la responsabilidad de Hitler y los nacionalsocialistas en el exterminio de los judíos muestra el desdén del demandante hacia las víctimas del Holocausto». Por lo demás, el hecho de que tales aseveraciones «hubieran sido hechas en una carta privada y no ante un público más amplio es irrelevante» para el Tribunal.

La suerte corrida por el reincidente Witzsch en Estrasburgo es también ilustrativa de la inercia del Tribunal hacia una más rotunda y directa aplicación de la cláusula de abuso de derecho frente al negacionismo. Unos años antes había sido ya condenado, en aplicación del mismo delito de denigración de la memoria de los difuntos, por la redacción de otras cartas, esta vez dirigidas a distintos parlamentarios alemanes y en las que mostraba su rechazo a la anunciada introducción en el Código Penal alemán del delito de negación del genocidio judío, y negaba la existencia de las cámaras de gas. Ante la demanda presentada por esa condena, en su decisión de 20 de abril de 1999 el TEDH, en lugar de aplicar directamente el artículo 17 para excluir *a limine* la protección del artículo 10, tal como sí hizo en la segunda condena de *Witzsch*, lo utilizó como criterio adicional de ponderación, concluyendo que en el caso concreto el interés en la protección de las víctimas del régimen nazi y la prevención del delito y el desorden social resultaba preponderante a la libertad de expresión de Witzsch, y que la injerencia en su derecho se revelaba necesaria en una sociedad democrática (31).

III. CRÍTICA A LA RESPUESTA DEL TEDH AL DISCURSO ANTIDEMOCRÁTICO: LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

1. *¿La negación del Holocausto como abuso de derecho? Consecuencias e incongruencias del doble criterio de enjuiciamiento al discurso del odio*

De la lectura de la jurisprudencia sobre libertad de expresión llama poderosamente la atención que, en su enjuiciamiento del discurso del odio, haya reaccionado el TEDH con el criterio más radical frente a las modalidades menos graves del mismo (32). Así, mientras supuestos de clara incitación a la discriminación o incluso a la violencia han sido incluidos bajo la órbita de protección del derecho fundamental y sometidos, con ello, al filtro de la ponderación de las circunstancias del caso concreto (33), como acabamos de

(31) Un análisis de los dos asuntos *Witzsch* puede verse en HONG (nota 17), págs. 86 y 100.

(32) Un argumento semejante presentan CANNIE/VOORHOOF (nota 25), págs. 73 y sigs. Cfr. también KEANE (nota 17), pág. 642; BELAVUSAU, «A *Dernier Cri* from Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech», *European Public Law*, núm. 16, 2010, págs. 373 y sigs., págs. 384-385.

(33) Cfr., por ejemplo, *Sürek c. Turquía*, STEDH de 8 de julio de 1999; *Soulas y otros c. Francia*, STEDH de 10 de junio de 2008; *Balsytė-Lideikiene c. Lituania*, STEDH de 4 de noviembre de 2008; *Fèret c. Bélgica*, STEDH 16 de julio de 2009.

ver la negación del Holocausto —incluso la carente de todo enaltecimiento o justificación y la referida a circunstancias distintas a la realidad del exterminio judío— ha venido siendo excluida radicalmente de la libertad de expresión (34). Resulta difícil de entender, por ejemplo, por qué la negación sobre la existencia de una previa planificación del exterminio judío por parte de Hitler en una carta privada ha de merecer una menor protección que la publicación de un calendario en el que se imputa a los judíos y a los polacos la comisión de un genocidio contra los lituanos; por qué mientras en el primer caso la alegada lesión de la libertad de expresión es rechazada *a limine* por ser un abuso de derecho, la segunda es objeto de un detallado juicio de proporcionalidad (35).

Quizá el ejemplo más patente del diferente rasero aplicado por el TEDH al discurso del odio se halle en el asunto *Soulas y otros c. Francia*, en el que el Tribunal, en un caso de incitación a la violencia, expresamente rechazó la aplicación del artículo 17 CEDH —solicitada por el Estado demandado— por considerar que los hechos no eran lo suficientemente graves. Tales hechos consistían en la publicación de un libro en el que se denunciaba que la finalidad del Islam en Europa era la toma progresiva del poder político y la instauración de una república islámica, y que dicha «guerra étnica» había sido ya iniciada por los africanos y magrebíes residentes en Francia, quienes con su continua delincuencia y pillaje han ido expulsando a los franceses de distintas zonas de las ciudades; delincuencia y pillaje que estarían basados en un afán de venganza, tal como se evidenciaría con los casos de violaciones rituales de mujeres europeas. «Solamente si estalla una guerra civil étnica podrá hallarse la solución», propugnaba el libro, afirmando la necesidad de preparar en la juventud europea una minoría activa a la que habrían de «unirse otros combatientes» (36). Que tales

(34) También en el ámbito de la incitación a la discriminación o la violencia ha aplicado el TEDH el artículo 17 CEDH para inadmitir la demanda, si bien no puede considerarse la regla general. En lo que alcanzo, dos son los supuestos que pueden ser mencionados recientemente. El primero sería el asunto *Norwood c. Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004, en el que —en decisión muy discutible— el Tribunal aplicó el artículo 17 a un caso de incitación al odio (un miembro de un partido de extrema derecha colgó en el balcón de su casa un póster de gran tamaño en el que se mostraba una foto de las Torres Gemelas en llamas, el símbolo de la estrella y la luna creciente tachado y la frase «Islam fuera de Gran Bretaña— Protege a los británicos»). El segundo es el asunto *Pavel Ivanov c. Rusia*, de 20 de febrero de 2007, en el que el dueño de una publicación fue condenado por diversos artículos periodísticos en los que se hacía a los judíos responsables de los males de Rusia, incitando al odio contra ellos.

(35) Asunto *Balsyte-Lideikiene c. Lituania*, STEDH de 4 de noviembre de 2008.

(36) Comparando esa decisión con el (segundo) asunto *Winstsch*, pone de manifiesto HONG (nota 17), págs. 102-103, el diferente grado de rigor con que el TEDH aplica el artículo 17.

hechos sean menos graves que los cometidos por Witzsch o Garaudy no resulta ni mucho menos evidente.

Podría afirmarse que, a la postre, las diferencias entre aplicar el artículo 17 y reconducir el análisis al artículo 10.2 CEDH no habría de conllevar diferencias relevantes, puesto que la consecuencia material sería, en cualquier caso, la misma: el rechazo de la pretensión del demandante. No obstante, debe tenerse presente que en los casos en que el TEDH opta por aplicar la cláusula del abuso de derecho la demanda es inadmitida de plano y sin analizar las circunstancias del caso concreto (37), mientras que si se considera que los hechos constituyen el ejercicio de la libertad de expresión, el Tribunal pasa a realizar un juicio de ponderación con los intereses recogidos en el artículo 10.2 CEDH que se han podido ver afectados por la conducta expresiva, atendiendo a diferentes factores fácticos del caso y aplicando unos detallados criterios de proporcionalidad. Y que una ponderación detallada, que tenga en cuenta los matices del caso, puede llevar a modificar la inicial impresión propia de un análisis preliminar.

En este sentido, se ha podido afirmar que el asunto *Jersild contra Dinamarca* (STEDH de 23 de septiembre de 1994) habría merecido un muy distinto pronunciamiento si en lugar del artículo 10.2 se hubiera aplicado el artículo 17 CEDH (38). La demanda planteaba la contrariedad al artículo 10 CEDH de la condena impuesta a un periodista por emitir una entrevista en la que miembros de un grupo extremista realizaban declaraciones racistas y xenófobas. Si bien el TEDH puso de manifiesto que tales declaraciones no gozaban de la protección de la libertad de expresión, optó por aplicar el criterio del artículo 10.2 CEDH y atender a los hechos concretos del caso, lo que le permitió ponderar circunstancias tales como que Jersild no profirió personalmente tales manifestaciones, sino que coadyuvó a su difusión en su condición de periodista de televisión, que la finalidad de tal emisión no perseguía un objetivo racista, que el tema sí podía entenderse de actualidad o que las declaraciones de los entrevistados se enmarcaban en un contexto informativo más amplio. Circunstancias todas ellas que dieron lugar a la estimación de la demanda por vulneración de la libertad de expresión y que hubieran sido desatendidas de haberse seguido el peligroso camino del artículo 17 CEDH.

La rigidez con que se viene aplicando la cláusula del abuso de derecho a supuestos de libertad de expresión conlleva igualmente una rechazable desaten-

(37) Cfr. COOPER/MARSHAL WILLIAMS, «Hate Speech, Holocaust Denial & International Human Rights Law», *European Human Rights Law Review*, núm. 4, 1999, pág. 607, denunciando una desatención a la exigencia de proporcionalidad en el (segundo) asunto *Witzsch*.

(38) KEANE (nota 17), pág. 661.

ción sobre el juicio de proporcionalidad en sentido estricto y, en consecuencia, sobre la ponderación de la gravedad de la sanción impuesta al ciudadano. Ello nuevamente contrasta con el tratamiento dado por el Tribunal a otros supuestos de discurso del odio, incluso más graves en términos de lesividad social, en los que la proporcionalidad de la sanción entra a formar parte del juicio sobre la vulneración de la libertad de expresión, habiendo llegado a concluir el Tribunal en algunos supuestos que pese a que la restricción de la libertad de expresión era necesaria en una sociedad democrática, la excesiva gravedad de la sanción convertía la misma en ilegítima y contraria al derecho fundamental (39).

El diferente criterio de enjuiciamiento trazado por el TEDH para el negacionismo proyecta sus consecuencias también sobre el derecho al debido proceso (art. 6 CEDH) y las posibilidades de prueba y defensa de las alegaciones de quienes han sido condenados por afirmaciones históricas (40). La declaración del Holocausto como «hecho histórico claramente establecido» lleva al TEDH a inadmitir sistemáticamente toda alegación de indefensión por la denegación de las pruebas solicitadas para intentar acreditar los hechos afirmados o para poner de manifiesto la existencia de posibles lagunas o dudas en la investigación histórica. Ciertamente, roza casi lo ofensivo pretender traer a juicio testimonios o documentos que prueben, con carácter general, la inexistencia del exterminio judío; pero mucho más discutible resulta aplicar el mismo rasero y denegar *a limine* tales posibilidades de defensa —y, a su vez, inadmitir tal queja por parte del TEDH— cuando las manifestaciones negacionistas atañen, como en el asunto *Marais c. Francia*, a datos históricos muy específicos, circunscritos a una concreta cámara de gas. Por lo demás, la solicitud de prueba puede hacerse valer también para debatir extremos tales como si la conducta expresiva fue realizada con intención de discriminar o de herir el honor de sus destinatarios, o para

(39) En este sentido, mencionando varios asuntos del TEDH, CANNIE/VOORHOOF (nota 25), págs. 70-71.

(40) Como pone de manifiesto KAHN, *Holocaust Denial and the Law*, 2004, págs. 11 y sigs., el de la prueba constituye uno de los dilemas centrales de la lucha contra el negacionismo: ¿Debe combatirse entrando a argumentar en la arena de la investigación histórica, en un esfuerzo por desacreditar las afirmaciones fácticas, o debe rechazarse todo intento de discusión sobre hechos históricos, a partir de la desacreditación moral a quienes niegan una barbarie capital en la historia europea? El problema de la primera estrategia es no sólo que atribuye al negacionismo la condición de interlocutor válido, sino además el efecto amplificador que el debate genera para las tesis negacionistas. Ese mismo dilema se plantea también respecto de la decisión misma de castigar y perseguir judicialmente el negacionismo, dada la mayor visibilidad social que con ello se atribuye al discurso negacionista. Cfr., por ejemplo, KAHN, cit., págs. 12, 59; DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, 1996, pág. 223-224, afirmando que los juicios son contraproducentes porque amplifican la difusión del mensaje que intentan silenciar.

evaluar sus efectos socialmente lesivos; pero dado que el TEDH, al aplicar el artículo 17 CEDH, no toma en consideración tales circunstancias a los efectos del juicio de ponderación, eventuales denuncias de vulneración del artículo 6 CEDH por no haber podido practicar tales pruebas son sistemáticamente ignoradas, al resultar irrelevante el objeto de prueba. Ello, nuevamente, contrasta con el tratamiento dado a la incitación al odio o la discriminación. Así, por ejemplo, en el asunto *Balsytė-Lideikiene c. Lituania* —supuesto de incitación al odio contra polacos y judíos— se declaró lesionado el derecho al debido proceso por no haber podido interrogar la defensa a diversos peritos —expertos en psicología, ciencias políticas o historia— designados por la acusación para acreditar que las manifestaciones vertidas en el calendario lituano suponían un peligro para la sociedad, que había existido una negligencia de la demandante y que la forma de mencionar las citas y procedencia de los textos usados en el calendario no se correspondían con los criterios habituales de cita de fuentes bibliográficas.

2. *¿La negación del Holocausto como un peligro para la democracia?
Incongruencias con la jurisprudencia sobre partidos
políticos antidemocráticos*

Más allá de los efectos que la aplicación del artículo 17 CEDH conlleva, y de la rechazable diferencia de trato que el Tribunal otorga al negacionismo frente a otras modalidades más graves del discurso del odio (41), lo que resulta más discutible es el hecho de que con tal proceder cae el TEDH en una peligrosa tendencia que desatiende la vocación restrictiva con que la cláusula de abuso de derecho fue creada. Como es sabido, el artículo 17 CEDH encuentra su fundamento en un modelo de democracia militante (42), configurándose como un

(41) Diferencia de trato que, presente en el TEDH, quizá no sea sino representativa del sentimiento general existente en Europa. Baste comparar la condena a tres años de prisión al negacionista David Irving por los tribunales austríacos con el caso de las caricaturas de Mahoma, y la diferente repercusión mediática que ambos casos tuvieron. Ello es resaltado por KEANE (nota 17), págs. 641-642, 662.

(42) *Vid.*, por ejemplo, GARCÍA ROCA, «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia», en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2005, págs. 728, 738 y sigs.; DOUGLAS-SCOTT, S., «The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches», *William & Mary Bill of Rights Journal*, núm. 7, 1999, págs. 341-342; HONG (nota 17), pág. 76; LÓPEZ ESCUDERO, en MANGAS MARTÍN (ed.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2008, págs. 870-871, en relación con el equivalente artículo 54 de la Carta.

instrumento para combatir a los enemigos de la democracia y defender el propio sistema democrático (43). Su finalidad es, así, la defensa de las condiciones políticas y sociales que permiten el desarrollo de la democracia —entendida ésta no procedimentalmente sino de un modo sustantivo—; es decir, «preservar el libre funcionamiento de las instituciones democráticas, condición necesaria para la aplicación y el respeto de los derechos humanos» (44).

En el ámbito de la libertad de expresión, el TEDH ha ido abandonando el carácter de *ultima ratio* que había de presidir la aplicación del artículo 17 CEDH y ha acogido una concepción extensiva de la misma, optando, además, por una aplicación intuitiva y carente de criterios predecibles de aplicación, tal como se muestra no sólo con las diferencias de trato ya puestas de manifiesto entre el negacionismo y la discriminación al odio o la violencia, sino también cuando, ante supuestos muy similares entre sí, en unos casos se opta por el artículo 17 y en otros por el artículo 10.2 CEDH —baste comparar *Norwood* con *Soulas*—, sin que, por lo demás, se demore el Tribunal en ofrecer argumentos para ese diferente enjuiciamiento.

Así, en los primeros pronunciamientos sobre la cuestión pudo afirmar el Tribunal que el «artículo 17 tiene un alcance limitado: se aplica únicamente a personas que amenazan el sistema democrático de las partes contratantes, y ello en un alcance estrictamente proporcionado a la seriedad y duración de esa amenaza» (45); sin embargo, esa exigencia de estricta proporcionalidad con el grado de amenaza se abandona cuando se apela a la más genérica finalidad de «prevenir que grupos totalitarios exploten a favor de sus propios intereses los principios enunciados en la Convención» (46). Y todo atisbo de proporcionalidad se pierde cuando, como se afirma en el (segundo) asunto *Witzsch*, la función de la cláusula pasa a ser entendida como «imposibilitar que los individuos se aprovechen de un derecho con el fin de promover ideas contrarias al texto y espíritu de la Convención».

¿Puede la promoción de ideas llegar a amenazar el sistema democrático? Contestada en abstracto y asumiendo el clásico *dictum* de Holmes de que «toda

(43) Sobre el origen del precepto, *vid.*, por ejemplo, CANNIE/VOORHOOF (nota 25), págs. 56 y sigs.

(44) Cohen-Jonathan, citado por TAJADURA, «La doctrina del TEDH sobre la prohibición de partidos políticos», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, 2007, págs. 98 y sigs. En palabras de GARCÍA ROCA, nos hallamos ante «una medida drástica de defensa de la democracia» («La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, pág. 320).

(45) *De Becker c. Bélgica* (1962). Citado por ARAI (nota 25), pág. 1086.

(46) *Glimmerveen y Hagenveek c. Países Bajos; Norwood c. Reino Unido*.

idea es una incitación» (47), la respuesta no permite una rotunda negativa. Ahora bien, la existencia de una amenaza real para el sistema democrático —o para los derechos fundamentales que lo constituyen— dependerá de infinidad de circunstancias asociadas al caso concreto. Eso es, precisamente, lo criticable del proceder del TEDH: asumir que el mero contenido del discurso (la negación del Holocausto), independientemente del modo en que se difunde, de su repercusión, de sus efectos, conlleva *per se* una amenaza para la democracia y es, por tanto, incompatible con ella.

Ello contrasta con la forma en que el Tribunal responde a la misma cuestión en relación con los partidos políticos y el derecho de asociación. La íntima relación entre la libertad de expresión y el derecho de asociación, en particular como pilares irrenunciables de una sociedad democrática, ha sido puesta de manifiesto por el TEDH en multitud de ocasiones. Ha afirmado, en este sentido, que «la protección de las opiniones y la libertad para expresarlas constituye uno de los objetivos de los derechos de reunión y asociación», lo que resulta especialmente aplicable a los partidos políticos dado su papel esencial en fomentar el pluralismo y el debido funcionamiento de la democracia (48). La actividad de los partidos políticos es, así, entendida como un «ejercicio colectivo de la libertad de expresión» (49). Por esa razón, el Tribunal ha venido asumiendo una similar línea de enjuiciamiento en lo que se refiere a las limitaciones a ambos derechos fundamentales, entendiendo que «el artículo 11 debe ser contemplado a la luz del artículo 10» (50). Pese a tales declaraciones, lo cierto es que el Tribunal viene ofreciendo una mayor protección a los partidos políticos antidemocráticos que a las manifestaciones antidemocráticas individuales: al «ejercicio colectivo de la libertad de expresión» que a su ejercicio individual. Proceder que no sólo choca con las declaraciones efectuadas por el propio Tribunal, sino sobre todo con el hecho de que ese «ejercicio colectivo» del discurso democrático, canalizado a través de un partido político, conlleva un peligro mucho mayor para la democracia que las manifestaciones aisladas de un ciudadano.

El estándar de enjuiciamiento del derecho de asociación referido a los partidos políticos queda reflejado en la Sentencia dictada por el TEDH en el asunto

(47) Formulada en su voto particular a la Sentencia *Gitlow v. New York* (1925).

(48) *Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía*, STEDH de 30 de enero de 1998, §§ 42, 43. En igual sentido, *Rehfa Partisi y otros c. Turquía*, STEDH de 31 de julio de 2001, § 43.

(49) *Ibid.* En igual sentido, *Herri Batasuna c. España*, STEDH de 30 de junio de 2009, § 76.

(50) *Rehfa Partisi y otros c. Turquía*, § 43; *Herri Batasuna c. España*, § 74.

del Partido de la Prosperidad turco (51). Pese a partir de la afirmación de que «nadie puede estar autorizado a servirse de los preceptos del Convenio para debilitar o destruir los ideales y valores de una sociedad democrática» (52), y a concluir que el fin del Partido de la Prosperidad de implantar la ley islámica (*Sharia*) es incompatible con los principios fundamentales de la democracia (§ 123), el Tribunal, frente a la solicitud del Estado demandado, no aplica el artículo 17 CEDH, sino que realiza un detallado enjuiciamiento sobre todas las circunstancias fácticas. Lo determinante de dicho enjuiciamiento, y lo que lo diferencia del aplicado en relación con el artículo 10 CEDH, es que no sólo se proyecta sobre el contenido del mensaje —de las propuestas políticas—, sino que atiende también a las consecuencias y previsibles efectos sociales que la actividad del partido político tendría.

El Tribunal parte de la premisa de que «un partido político puede pretender el cambio de la legislación o de las estructuras legales y constitucionales de un Estado bajo dos condiciones: *a*) los medios utilizados a tal fin deben ser indudablemente legales y democráticos; *b*) el cambio pretendido debe ser asimismo compatible con los principios democráticos». De ello se deriva que «un partido político cuyos responsables incitan a la violencia o proponen un proyecto político que no respeta una o varias normas de la democracia o que tiende a su destrucción o a la de los derechos o libertades que ésta reconoce, no puede prevalerse de la protección del Convenio frente a las sanciones impuestas por esos motivos» (53). Junto a tales presupuestos, ciertamente basados en el contenido del discurso político, establece el Tribunal que las excepciones al artículo 11 deben ser establecidas de modo estricto; «Sólo convincentes y urgentes razones pueden justificar restricciones a la libertad de asociación de partidos políticos [...] medidas drásticas como la disolución de un partido político [...] sólo pueden ser adoptadas en los casos más serios» (§ 100).

Una pieza esencial de la argumentación del TEDH es la relativa al «momento apropiado para la disolución»; afirma a este respecto el Tribunal que no puede obligarse a un Estado a demorar su intervención a que el partido político en cuestión haya alcanzado el poder y comenzado a poner en práctica sus políticas, si el peligro para la democracia está suficientemente probado y es inminente. «El Tribunal acepta que cuando tal peligro haya sido establecido por los tribunales nacionales, tras un escrutinio detallado sometido a una rigurosa supervisión

(51) *Rehfa Partisi y otros c. Turquía*, STEDH de 31 de julio de 2001. La citada Sentencia fue recurrida vía artículo 43 CEDH, dictando la Gran Sala la Sentencia de 10 de febrero de 2003 que confirmó por unanimidad la anterior.

(52) *Rehfa Partisi y otros c. Turquía* (Gran Sala), § 99.

(53) STEDH de 31 de julio de 2001, § 46; STEDH (Gran Sala), § 98.

europea, un Estado puede coartar la ejecución de tales políticas [...] antes de que se haya intentado implementarlas con actos concretos que puedan perjudicar la paz civil y el régimen democrático del país» (§ 102). A los efectos de ponderar si la disolución de un partido político resulta «necesaria en una sociedad democrática» —en el sentido de que exista una «necesidad social apremiante»—, la evaluación del riesgo para los principios democráticos debe efectuarse a partir de los siguientes criterios «(i) si existía prueba plausible de que el riesgo para la democracia, en caso de que se hubiera probado su existencia, era suficientemente inminente; (ii) si los actos y manifestaciones de los líderes y miembros del partido político en cuestión eran imputables al partido como un todo, y (iii) si los actos y manifestaciones imputables al partido político formaban un todo que mostrara una imagen clara de un modelo de sociedad auspiciado por el partido que fuera incompatible con el concepto de una “sociedad democrática”» (§ 104). Además, el examen de esos puntos debe tomar en consideración el contexto histórico y social en el que tuvo lugar la disolución del partido (§ 105).

En el caso concreto, para determinar el grado de intensidad e inminencia del riesgo, el Tribunal tuvo en cuenta no sólo el contenido del mensaje político del partido (la defensa de la *Sharia* y su componente discriminatorio, la pretensión de desplazar el laicismo, etc.), sino también la concreta probabilidad de que tales postulados terminaran por imponerse en la sociedad turca. Y concluyó que la disolución del Partido de la Prosperidad constituía una necesidad social imperiosa y era, con ello, una medida proporcionada, por cuanto según las encuestas el partido, que gobernaba en coalición y tenía 158 escaños en el Parlamento turco, albergaba amplias posibilidades de ganar las elecciones y gobernar sin necesidad de coaliciones. «Pudiendo considerar los postulados políticos de *Refah* peligrosos para los derechos y libertades garantizados por el Convenio, las posibilidades reales de que *Refah* pudiera aplicar su programa tras acceder al poder hacía ese riesgo más tangible y más inmediato» (§ 110), razón por la que, confirmando la decisión de 2001, la Gran Cámara avalaba la disolución del partido.

Como ya se ha puesto de relieve, tal es el aspecto esencial de esta Sentencia, que sienta el canon de enjuiciamiento sobre el derecho de asociación y los partidos políticos antidemocráticos: lo determinante no es sólo que el ideario del partido sea contrario a (los valores y principios de) la democracia, sino además que exista un *riesgo concreto e inminente* de que ese ideario pueda llegar a implantarse (54). Es ese riesgo concreto, basado en la profunda implantación

(54) En sentido similar, afirma TAJADURA (nota 44), pág. 104, que «uno de los puntos fundamentales de la sentencia es la insistencia en el carácter real y no meramente hipotético del riesgo que representa RP para la sociedad democrática».

del partido en la sociedad turca, lo que legitima la disolución del mismo. Frente a ello, en supuestos en que los partidos políticos apenas tenían representación social ni política, el TEDH ha considerado su prohibición contraria al artículo 11 (55). Los siguientes términos resumen a la perfección la postura del TEDH en esta materia: «un partido político antidemocrático puede ser disuelto cuando el respaldo electoral y el apoyo al mismo sean tales que exista el riesgo de que pueda llevar a cabo su programa o de influir en las decisiones legislativas del Estado. Por el contrario, en el supuesto de partidos marginales o minoritarios, carentes de toda posibilidad de convertir en realidad su programa, su disolución no puede reputarse como “necesaria” en una sociedad democrática» (56).

Puede discutirse si el criterio establecido en dicha Sentencia, y mantenido con posterioridad —quizá con menor esfuerzo argumentativo— en diversos pronunciamientos de las secciones del TEDH (57) es el más adecuado para establecer los límites del derecho de asociación. Mientras algunos autores consideran que el mismo, además de inconcreto y vago, es insuficiente para luchar contra los enemigos de la democracia, siendo más adecuada a tal fin la medida prevista en el artículo 17 CEDH (58), otros, si bien manifiestan que «la amenaza de la implantación de la *Sharia* permitiría [...] plantearse con rigor la aplicación del artículo 17 del Convenio» (59), parecen mostrar más afinidad hacia el estándar de enjuiciamiento del TEDH y la exigencia de una amenaza concreta para la democracia, afirmando que «en supuestos marginales de crítica frontal a la legitimidad del sistema, pero a través de medios políticos», como el caso de «un pequeño partido antisistema con una importancia más o menos anecdótica,

(55) SSTEDH de 20 de enero de 1998 (*Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía*), de 25 de mayo de 1998 (*Partido Socialista c. Turquía*) o de 8 de diciembre de 1999 (*Partido de la Libertad y la Democracia c. Turquía*). Sobre tales decisiones y su relación con la comentada en el texto, véase GARCÍA ROCA (nota 44), págs. 311 y sigs. Concluye este autor (pág. 317) que la decisión del asunto *Refah Partisi* no constituye un cambio de criterio frente a tales decisiones anteriores, sino que el caso concreto —un partido fundamentalista en el Gobierno— suponía un mayor grado de amenaza para la democracia.

(56) TAJADURA (nota 44), pág. 107.

(57) Destaca a este respecto el asunto *Herri Batasuna c. España*, STEDH de 30 de junio de 2009.

(58) Así, TAJADURA (nota 44), págs. 108 y sigs. Concretamente, critica que se apele al criterio de la gravedad de la amenaza y que se tome en cuenta únicamente el contenido del programa político, postulando la necesidad de «proscribir determinadas ideologías que resultan incompatibles» con la democracia y que los Estados hagan «pedagogía democrática» con la restricción de los derechos de asociación y de expresión (págs. 110-111). En pág. 98, nota 51, manifiesta no comprender por qué frente a cualquier amenaza de implantar la *Sharia* o Ley Islámica no se responde con la aplicación del artículo 17 CEDH.

(59) GARCÍA ROCA (nota 44), pág. 320.

carente de influencia real y apenas capaz de dañar seriamente [...] la estabilidad democrática», «un Estado constitucional debe normalmente ser capaz de incorporar esos partidos, por molestos que resulten, ejerciendo la tolerancia y la función integradora que le es inherente y consustancial» (60).

3. *El enjuiciamiento del peligro para la democracia en la jurisprudencia del TEDH*

a) *Nociones de democracia*

Puede también, ciertamente, cuestionarse la propia legitimidad democrática de la prohibición de un partido político, por muy antidemocráticos que sean sus postulados. Pero ninguna de tales discusiones es la que me interesa plantear en estas páginas. Como ya ha sido expuesto, mi pretensión es únicamente poner de manifiesto la radical diferencia de trato que el TEDH dispensa al derecho de asociación y el derecho a la libre expresión cuando su respectivo ejercicio se considera contrario a la democracia y los principios que la encarnan. De hecho, y tal como paso a exponer a continuación, pueden establecerse hasta tres criterios distintos de enjuiciamiento, en cuya ordenación queda patente la ya mencionada incongruencia valorativa. A efectos ilustrativos, expondré las similitudes que los criterios manejados por el TEDH presentan con los que ha venido utilizando el Tribunal Supremo americano.

A la hora de exponer los criterios de enjuiciamiento del riesgo utilizados por el TEDH, lo primero que hemos de plantearnos es cuál es el objeto de referencia del que el riesgo se predica. A lo largo del estudio se ha venido hablando —en línea con el propio Tribunal de Estrasburgo— del peligro para la democracia, sin concretar en demasía qué debía entenderse por tan polisémico término. La cuestión dista de ser irrelevante, puesto que muy distinto habrá de ser lo amenazado según optáramos, siguiendo la clásica dicotomía, entre una concepción procedimental o una sustantiva de democracia. Si bien es cierto que el TEDH no ha concretado expresamente qué concepto de democracia maneja, del contenido de sus decisiones cabe concluir, sin lugar a dudas, que la «defensa de la democracia» no se predica únicamente de las instituciones y procedimientos que permiten el desarrollo del sistema de elección y la toma de decisiones por representación, sino también los derechos, libertades y principios incorporados al Convenio. Esta conclusión —que abona indudablemente la asunción de una democracia sustanti-

(60) GARCÍA ROCA (nota 44), págs. 297-298.

va— hace más compleja la evaluación del riesgo, siquiera porque permite entender —o al menos obliga a plantear— como «peligro para la democracia» no sólo las amenazas para la propia estabilidad institucional del sistema —como el caso de un partido fundamentalista islámico que encabeza la intención de voto— sino también los atentados contra derechos fundamentales de una persona o personas concretas —como el honor de las víctimas del Holocausto—, en lo que tiene de expresión simbólica contraria a los valores democráticos.

Sentado lo anterior, podemos exponer los tres —o cuatro— criterios de enjuiciamiento.

b) *El derecho de asociación y el criterio del peligro concreto e inminente*

Como acabamos de ver, éste es el empleado por el TEDH en relación con las restricciones al derecho de asociación y, en concreto, con la prohibición de partidos políticos antidemocráticos. Tal juicio se basa no sólo en el contenido del discurso (o programa político), sino ante todo en un análisis de los *efectos* que la actividad del partido político en el concreto Estado en que interviene viene generando o, previsiblemente, puede generar para la estabilidad de la sociedad y para la vigencia de los derechos y libertades; juicio para el que se toman en cuenta todas las circunstancias fácticas que rodean el caso.

Este criterio se asemeja sobremanera al del *clear and present danger* de la jurisprudencia estadounidense (61), propuesto inicialmente por el juez Holmes (62) y consolidado como estándar delimitador del ejercicio de la libertad de expresión a partir de la sentencia *Brandenburg v. Ohio*, de 1969 (63). En dicha decisión, el *Supreme Court* sentó el principio de que las garantías constituciona-

(61) En este sentido, BILBAO UBILLOS, «Las libertades de reunión y de asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (art. 11 CEDH)», en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA, *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2005, pág. 611, nota 69.

(62) Si bien no fue utilizado como *ratio decidendi*, Holmes planteó por primera vez un embrión de tal criterio en *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919): «La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a un hombre que gritara “fuego” en un teatro generando el pánico (...) La cuestión en cada caso radica en si las palabras utilizadas lo son en circunstancias tales y de tal naturaleza que pueden crear un peligro claro y actual de que se produzcan daños sustanciales que el Congreso tiene derecho a evitar».

(63) 395 U.S. 444 (1969). En dicha sentencia el test originario de Holmes fue perfilado incluyendo el criterio de la inminencia de la acción ilegal. Si bien en la doctrina americana suelen, en ocasiones, presentarse como dos criterios distintos (el segundo llamado *incitement to imminent lawless action test*), a los efectos ilustrativos del texto tales diferencias no son relevantes.

les asociadas a la libertad de expresión no permiten a un Estado prohibir la apología del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto cuando esa apología está dirigida a incitar o producir una acción ilícita inminente y es, además, adecuada para incitar o producir esa acción. No puede equipararse, afirmó, la mera exhortación en abstracto sobre la corrección o necesidad moral del recurso a la fuerza con la preparación de un grupo para la acción violenta o la provocación a tal acción. En atención a lo anterior, declaró inconstitucional la ley de Ohio aplicada a un dirigente del *Ku Klux Klan* por la emisión de un discurso racista en torno a una cruz ardiendo, por cuanto, desconociendo esa diferencia, prohibía, bajo amenaza de pena, la mera apología y la reunión con otras personas sólo para abogar por el uso de la violencia, sin atender a la potencialidad para crear un riesgo inminente (64).

c) *El discurso del odio y el criterio del peligro potencial*

Utilizo este término, aun asumiendo su aparente tautología, para referirme al grado de riesgo exigido por el TEDH para supuestos de discurso del odio distintos del negacionismo: casos de incitación a la violencia, la discriminación o el odio. A diferencia del criterio anterior, este criterio no aparece concretado en tales términos por el Tribunal, si bien puede inferirse de sus manifestaciones en distintos pronunciamientos. Así, por ejemplo, en el asunto *Balsyte-Lideikiene c. Lituania*, se pondera que las afirmaciones objeto de sanción, que incitaban al odio contra polacos y judíos, «podían causar a las autoridades lituanas graves problemas» y, remitiéndose a la opinión de los tribunales internos, se pone de manifiesto el «peligro que planteaban para la sociedad». Otro ejemplo prototípico de esta línea de enjuiciamiento es el asunto *Féret c. Bélgica*, donde fue condenado un miembro del Frente Nacional belga —partido de extrema derecha— por la difusión, en el contexto de una campaña electoral, de mensajes racistas y contrarios a la inmigración. En relación a los hechos, consideró el Tribunal que la difusión de tales discursos «puede suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno y podría minar la confianza en las instituciones democráticas» (§ 77). Además, como presupuesto general, se afirmó que «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las

(64) Con detalle sobre dicha Sentencia y sobre el criterio de enjuiciamiento, puede verse ALEXANDER, «Incitement and Freedom of Speech», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN (eds.), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, págs. 102 y sigs.

personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos» (§ 73).

Desde esta perspectiva de enjuiciamiento, el acento se pone antes en el contenido del mensaje que en sus efectos sociales y políticos, en la medida en que respecto de éstos no se desciende a las circunstancias concretas del caso, sino que se asume o presume que tales conductas son, con carácter general, adecuadas para incitar a la violencia o a la discriminación y, con ello, para alterar la estabilidad de una sociedad democrática. La potencialidad de la conducta para generar tales efectos no se desatiende del todo, puesto que, para modular si la restricción es «necesaria en una sociedad democrática», son tenidos en cuenta por el TEDH aspectos como el contexto en que el discurso se realiza, el medio a través del que se comunica o el posible número de destinatarios (65), pero el juicio de peligro no se predica realmente de la *concreta acción* realizada, sino de la *clase de acciones* en que puede incardinarse la primera: en rigor, el Tribunal no entra a evaluar si el discurso de Féret representó un peligro para la estabilidad social en función de sus circunstancias concretas, sino que parte de la premisa de que «los discursos políticos que incitan al odio» representan, *por lo general*, tal peligro, y por esa razón infieren que el del político belga también lo genera. No es un peligro concreto y actual (como en *Refah Partisi*) lo que se exige, sino un peligro potencial, abstracto, genérico. «Peligros puramente especulativos», en palabras del voto particular al asunto *Féret* —firmado por cuatro magistrados—, que denuncia «la extensión de la lista de los contenidos prohibidos por el solo hecho de ser un “discurso peligroso”, sin más precisiones» y que por lo demás constituye un encomiable alegato a favor de la libertad de expresión.

Siguiendo con el paralelismo antes ensayado, cabe relacionar el criterio del peligro potencial con el *bad tendency test* (66) que el Tribunal Supremo

(65) Véase, por ejemplo, *Gündüz c. Turquía*, STEDH de 4 de diciembre de 2003, 43, 44, 51; *Leroy c. Francia*, STEDH de 2 de octubre de 2008, §§ 38 a 40, 45; *Balsyte-Lideikiene c. Lituania*, STEDH de 4 de noviembre de 2008, § 77, o *Féret c. Bélgica*, STEDH de 16 de julio de 2009, § 76 y sigs.

(66) La citada similitud es puesta también de manifiesto por SOTTIAUX, «“Bad Tendencies” in the ECtHR’s “Hate Speech” Jurisprudence», *European Constitutional Law Review*, núm. 7, 2011, págs. 40 y sigs.

estadounidense empleó en los años treinta para combatir la disidencia política comunista y, en particular, para luchar contra los opositores a la Primera Guerra Mundial, y que fue abandonado con posterioridad y sustituido por el del *clear and present danger* (67). Como su propio nombre indica, desde dicho parámetro de enjuiciamiento bastaba para justificar la restricción de la libertad de expresión con que pudiera argumentarse que la conducta expresiva ostentaba una tendencia general a la incitación de actos ilegales o, en general, a alterar la estabilidad social. El sentido de esta fórmula queda inmejorablemente expresado en las siguientes palabras, utilizadas en la sentencia *Gitlow v. New York* [268 U.S. 652 (1925)] para avalar la condena de un miembro del partido comunista por la distribución de unos panfletos en los que se defendía el derrocamiento de la democracia parlamentaria a través de la revolución del proletariado:

«Una sola chispa podría encender un fuego que, ardiendo por un tiempo, podría estallar en una destructiva conflagración. No puede afirmarse que el Estado actúa arbitraria o irrazonablemente cuando, en el ejercicio de su propio juicio respecto de las medidas necesarias para proteger la paz y la seguridad pública, busca extinguir la chispa sin esperar a que haya encendido la llama.»

Precisamente ésa es la línea jurisprudencial del TEDH (y, en general, de la política criminal europea) en materia de discurso del odio: extinguir la chispa antes de que surja el incendio; o bien, por abandonar la metáfora del fuego, destruir el huevo antes de que nazca la serpiente (68). Tendencia que es llevada al paroxismo en relación con el revisionismo histórico.

d) *El negacionismo y el criterio del peligro presunto*

Como hemos visto, en relación con la negación del Holocausto el TEDH prescinde enteramente de analizar las circunstancias concretas que rodean el caso y, con ello, los efectos o consecuencias fácticas que puedan derivarse de la tal conducta. Frente a los criterios anteriores, en este grupo de supuestos el

(67) Si bien su origen puede reconducirse a decisiones anteriores, las sentencias más representativas son *Schenck v. United States* [249 U.S. 47 (1919)], *Debs v. United States* [249 U.S. 211 (1919)] o *Abrams v. United States* [250 U.S. 616 (1919)]. Sobre las similitudes y diferencias entre ambos criterios de enjuiciamiento, cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, 1988, 2.ª ed., págs. 841 y sigs., pág. 843.

(68) Como propone MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Aplastar la serpiente en el huevo», *Revista General del Derecho*, enero-febrero de 2000, págs. 99 y sigs.

Tribunal analiza exclusivamente el contenido del mensaje y lo excluye frontalmente del ámbito protegido de la libertad de expresión vía artículo 17 CEDH, considerándolo un abuso de derecho. Resulta, por ello, muy difícil reconducir dicho enjuiciamiento a criterios de peligrosidad, sencillamente porque el Tribunal lo considera irrelevante; o habría que decir, quizá, que el Tribunal presume, *iuris et de iure*, que toda expresión negacionista conlleva un peligro para la sociedad democrática, en la medida en que «tales actos son incompatibles con la democracia», «contradicen los valores fundamentales del Convenio» y son opuestos a la «letra y espíritu» del mismo (69). De hecho, el Tribunal ha apelado a parámetros de causalidad para justificar el tratamiento del negacionismo, afirmando en el caso *Garaudy* —recordémoslo— que «constituye una de las formas más graves de difamación racial contra los judíos y de incitación al odio contra ellos» (70) y que tales actos «dada su naturaleza pueden perturbar gravemente el orden público». Pero tales referencias a la incitación y a la alteración del orden público son puramente retóricas. Así, frente al criterio del peligro potencial que acabamos de ver, en el que se toma en consideración el contexto en que se realiza, el medio a través del que se expresa y los posibles destinatarios de la conducta expresiva —admitiendo la presunción de peligro prueba en contrario, si así quiere formularse—, para el enjuiciamiento sobre la negación de «hechos históricos claramente establecidos» tales aspectos fácticos resultan completamente irrelevantes, de igual modo que resulta irrelevante el efecto causal de la conducta expresiva.

e) *El peligro simbólico*

En cualquier caso, resulta procedente reiterar que cuando el TEDH se plantea la lesividad de la expresión antidemocrática no sólo atiende a la perspectiva sistémica, sino que en ocasiones fundamenta la «imperiosa necesidad» de restringir el discurso en virtud de la afección a la dignidad o el honor de individuos o comunidades étnicas, raciales o religiosas; con ello, el riesgo ya no habría de predicarse de la estabilidad de las institucionales democráticas, sino de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Frente al ámbito del derecho de asociación y los partidos políticos, en el que se antepone la vertiente procedimental de la democracia, en el discurso del odio parece hacerse más hincapié en la

(69) Expresiones recogidas, por ejemplo, en *Garaudy c. Francia*.

(70) También en *Honsik c. Austria*, de 18 de octubre de 1995; *Marais c. France*, de 24 de junio de 1996.

concepción sustantiva, considerando, así, que la estabilidad de la sociedad democrática se define por la vigencia de los derechos y principios que la informan y que, por tanto, las manifestaciones contrarias a esos principios son adecuadas para poner en «peligro», *simbólicamente*, la democracia.

Pero, en todo caso, también desde esa forma de aprehender la lesividad inherente a la negación del Holocausto resulta discutible la mayor restricción a la libertad de expresión que desde Estrasburgo se establece para esas conductas. Aun cuando sea ésa la noción de «peligro para la democracia» manejada por el TEDH, hay un referente fáctico de ese daño simbólico, evaluable en términos cuantitativos, consistente en la mayor o menor afección al honor o dignidad de los individuos. Corrijo lo que acabo de afirmar: siendo conceptos normativos, el referente fáctico no es, en rigor, el daño a la dignidad o el honor, sino las circunstancias concretas en que se produce la conducta desde las que puede evaluarse una mayor intensidad en tal afección. Así, por manejar un ejemplo obvio, mayor será el atentado a la dignidad de las víctimas del Holocausto y descendientes si la negación del exterminio judío se proclama en un programa de televisión en horas de máxima audiencia a si, como en el caso *Witzsch*, se expone en una carta privada. De igual modo que mayor será la intensidad de esa lesión si junto a su negación se justifica y enaltece el genocidio o se declara públicamente la necesidad de una nueva diáspora judía a si el mensaje se limita, como en el caso *Marais*, a dudar de la existencia de una concreta cámara de gas.

Lo que quiero poner de manifiesto es que tampoco resulta plausible concluir que la negación del Holocausto, *per se* e independientemente de la forma en que se manifiesta, conlleva una lesión de la dignidad u honor de las víctimas o de la comunidad judía; por ello, también desde el referente de lesividad de tales derechos constituye una incongruencia valorativa, a mi juicio, otorgar un trato más restrictivo al negacionismo que a la incitación al odio o la discriminación, que por regla general pueden conllevar un mayor daño para el honor de quienes son objeto del odio o de la discriminación. En suma, aun cuando el daño «simbólico» a la sociedad democrática se sostenga sobre la dignidad y honor de los ciudadanos, la pregunta acerca de por qué la negación del genocidio sale peor parada que otras formas de discurso del odio sigue siendo pertinente.

IV. RAZONES Y SINRAZONES DE LA REPRESIÓN DEL NEGACIONISMO. EL HOLOCAUSTO COMO TABÚ

Las exiguas razones esgrimidas por el TEDH para justificar la radical exclusión del negacionismo del ámbito de la libertad de expresión, y la diferencia

de trato con otras formas de discurso del odio, no resultan convincentes (71). El rechazo absoluto y sin reservas —y sin ponderación en el caso concreto— del negacionismo no viene en realidad fundado, más allá de apelaciones genéricas a la dignidad u honor de la comunidad judía, en el daño que tales conductas pueden generar a la democracia o a los derechos fundamentales, sino que se basa en la condición de *tabú* que ha adquirido el Holocausto, como manifestación del «mal radical», en la memoria colectiva europea (72). El Holocausto conforma el mito fundacional de las democracias constitucionales surgidas tras la Segunda Guerra Mundial (73) y del propio Convenio, creado, según se ha afirmado, como defensa preventiva frente a los totalitarismos y encargado de «hacer sonar la alarma frente a su resurgimiento» (74); por ello, toda banalización o relativización del Holocausto socaba, simbólicamente, el «espíritu» democrático europeo (75). No estando sostenido sobre bases tangibles o racionales, sino sobre el quebrantamiento de un tabú, resulta indiferente que la conducta haya llegado a afectar a la dignidad u honor de persona alguna, así como también que hayan podido menoscabarse las bases institucionales o sociales del sistema democrático (76). El sentido de la prohibición no es, en rigor, la protección de

(71) Afirma en este sentido FERRERES COMELLA (nota 29), pág. 104, que pese a la unánime concepción del TEDH de que la negación del Holocausto no está amparada por la libertad de expresión, no resulta fácil hallar argumentos plausibles que justifiquen esa posición y sean consistentes con los principios generales de la libertad de expresión.

(72) También HÖRNLE (nota 11), pág. 335, parte de la existencia de un tabú en la sociedad alemana para explicar la introducción del delito de negación simple del genocidio en el Código Penal alemán (§130.3 StGB) en 1994.

(73) FRONZA (nota 7), pág. 142.

(74) KEANE (nota 17), pág. 649, citando el voto concurrente del juez Jambrek en *Lehideux*, que a su vez cita un artículo de Rolv Ryssdal.

(75) En similar sentido, afirma FRONZA (nota 7), pág. 143, que «el negacionismo ataca entonces el momento constituyente de la democracia, mucho más que sus momentos constituidos, o sea las instituciones».

(76) Afirma HÖRNLE (nota 11), pág. 334, que la tipificación del delito de negación del Holocausto «sólo se comprende si en lugar de apelar a planteamientos teleológicos de peligrosidad o a los derechos de las víctimas de la violencia nacionalsocialista, se atiende al trasfondo emocional del tema». Hörnle circunscribe su argumentación a la realidad alemana, en la que, ciertamente, el grado de impacto emocional habrá de ser distinto, dado el sentimiento de culpabilidad que aún podría tener vigencia en la sociedad alemana. En este sentido, manifiesta GRIMM, «The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany», en HARE/WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, 2009, pág. 561, que «a la postre, es la responsabilidad alemana por el Holocausto lo que explica la decisión. Ha pasado a formar parte de la identidad de la Alemania de la posguerra que atrocidades como ésta no deberían volver a tener lugar con la responsabilidad del Estado alemán. La criminalización de la negación del Holocausto simboliza esa profunda convicción y es, por ello, una justificación estrictamente alemana. Como tal, esta justificación no

tales bienes jurídicos, sino el de reafirmar la incondicional vigencia del tabú, el de actualizar permanentemente la memoria del *pacto ético* frente a una barbarie que cambió para siempre la identidad europea (77). Son razones de esta índole, a mi entender, las que explican el particular estatus que Estrasburgo asigna a estos supuestos (78).

Con ello no se pretende afirmar que concretos supuestos de negación del Holocausto no puedan herir el honor de determinadas personas, ni que, en una eventual (e improbable) propagación masiva de las tesis del revisionismo histórico, no pueda llegar a generarse un riesgo para la sociedad democrática. Lo único que pretende reflejarse es que no son éstos —la protección de derechos o la estabilidad democrática— los fundamentos que se hallan tras la jurisprudencia del TEDH, pues si así fuera el cauce de enjuiciamiento a aplicar habría de ser, al igual que en otras amenazas para tales intereses, el del artículo 10.2 CEDH, y no el visceral del artículo 17 CEDH.

En todo caso, que esa comprensión del «daño» del negacionismo pueda explicar la jurisprudencia del TEDH —y con ello la política criminal europea—, no significa que la justifique. Excede de lo previsto en estas páginas someter a valoración crítica dicha política criminal, ni, inversamente, ensalzar —en este

podría ser aplicable a una prohibición de la negación del Holocausto en países que no cargan con semejante responsabilidad histórica».

(77) Tomo la noción enfatizada de FRONZA (nota 7), pág. 142. Cfr. también FRASER, «On the Internet, Nobody Knows You're a Nazi: Some Comparative Legal Aspects of Holocaust Denial and WWW», en HARE/WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, 2009, pág. 520: «La más plausible justificación de la regulación legal de la negación del Holocausto radica en la decisión colectiva social, ética y política de que la negación del Holocausto es un mal que no podemos permitir o tolerar porque la moral del Holocausto, perpetuada por quienes lo niegan, constituye la negación de toda posibilidad moral inherente a la existencia humana».

(78) FERRERES (nota 29), pág. 103, ensaya una explicación similar, en atinados términos: «Podemos asumir que prohibir la negación del Holocausto es inconsistente con los principios generales de la libertad de expresión, y aun así establecer dicha prohibición. No obstante, no deberíamos intentar racionalizar esa decisión presentándolo como un más o menos ordinario ejemplo de restricción a la libre expresión establecida por criterios generales (tales como la necesidad de proteger los sentimientos o la dignidad de un grupo de personas). Esa racionalización está abocada al fracaso: si la razón por la que la negación del Holocausto puede ser prohibida es que tal negación es profundamente ofensiva para un grupo de personas, esa razón sería aplicable para muchos otros casos, y terminaríamos por reprimir un ámbito demasiado amplio de la libertad de expresión. En lugar de ello, deberíamos decir que, ante el Holocausto, hemos decidido *suspender* los principios generales que regulan la libertad de expresión. Hemos decidido suspenderlos porque, como comunidad, queremos expresar nuestro rechazo al Holocausto. Decidimos atribuir un particular significado cultural a esa tragedia europea, incluso ante la existencia en la historia de la humanidad de otras catástrofes morales. El mero hecho de que no apliquemos los principios generales, sino que los suspendamos, es lo que hace posible a la comunidad enviar el mensaje pertinente.»

concreto punto— la decisión del Tribunal Constitucional español de declarar inconstitucional el delito de negación del genocidio. Baste con concluir afirmando que, a mi entender, el pretendido daño emocional a la vigencia del tabú no posee mayor grado de lesividad para la democracia o los derechos fundamentales que el que generan determinados discursos de incitación a la violencia o a la discriminación o el que supone la existencia e implantación de partidos fundamentalistas (79), sino más bien menor. Por ello, la aplicación de la cláusula de abuso de derecho al negacionismo resulta desproporcionada y valorativamente incongruente. De hecho, la aplicación directa del artículo 17 CEDH a la libertad de expresión siempre será desproporcionada.

(79) Cfr. CANNIE/VOORHOOF (nota 25), págs. 83, postulando que el TEDH debería reconducir la negación del genocidio al tratamiento del artículo 10.2 CEDH y dar un igual tratamiento a todas las formas de discurso de odio.