

## **“DEFENSA DE LA DEMOCRACIA Y RESTRICCIÓN DE LIBERTADES FUNDAMENTALES EN LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS”**

**Por Esteban Mariano Ferraris**

*Abogado Especialista en Derecho Constitucional (UBA- Universidad de Salamanca- España). Profesor de Derecho Constitucional en las facultades de derecho de la UBA y UNLZ. Profesor de Derecho Político e Historia Argentina en la UNLAM.*

### **SUMARIO:**

**Prohibición de Partidos Políticos- Libertad de Asociación- Libertad de Reunión- Democracia procedimental- Democracia sustancial- Democracia militante- Discursos del odio- Libertad de expresión- Pluralismo- Discriminación- Tolerancia- Discurso negacionista del Holocausto-**

### **I- INTRODUCCION**

La crisis de la democracia representativa en Europa ha generado el debate sobre algunos temas que han sido objeto de análisis por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH, Tribunal de Estrasburgo, o “el Tribunal”), generando una jurisprudencia que ha fluctuado de acuerdo a la legislación de cada Estado, pero sin perder, en definitiva, el objetivo de la defensa del sistema democrático.

En tal sentido, el TEDH en su jurisprudencia suele ser unánime en cuanto a que los países siguen teniendo como regla exigible la democracia representativa.

Este tipo de democracia como se dijera, se encuentra atravesando una crisis y son varios los Estados en donde se encuentra amenazada frente al avance de partidos políticos que intentan cambiar el sistema reflatando postulados afines con modelos de democracias directas o populares o poniendo en crisis derechos fundamentales, que el modelo democrático vigente tutela, a través de discursos discriminatorios.

En esta coyuntura el TEDH ha sentado un criterio tratando de conciliar la vigencia de la democracia representativa con la restricción de algunos derechos que este sistema tutela en pos de la supervivencia del mismo.

El análisis de esa jurisprudencia y su confrontación con derechos fundamentales protegidos no solo por los Estados miembros del Consejo de Europa en sus propias constituciones sino también por el Convenio Europeo de Derechos Humanos será el tema que abordará este trabajo.

¿Cuál es el límite a la restricción de libertades fundamentales como la libertad de expresión, de asociación o reunión cuando se prohíbe un partido político por su discurso, su programa o su actividad?, ¿Cuáles son los parámetros que tiene en cuenta el Tribunal para que esa restricción a las libertades no sea irrazonable?, ¿Cómo varía la extensión de esos derechos de acuerdo al modelo de democracia que ha adoptado cada Estado y, en definitiva, como ha hecho el TEDH para sin contradecirse justificar diferentes grados de restricción en casos similares?

Estos interrogantes se irán analizando resultando de gran interés en la coyuntura de crisis mencionada en los primeros párrafos, que atraviesa el sistema democrático, frente al avance de ideologías que encuentran representación institucional en algunos países europeos que logran ganar espacios de poder gracias a la utilización de los discursos del odio. Y en relación a éstos, tener en cuenta cómo distinguirlos de los discursos críticos que sí son amparados por la libertad de expresión. Es decir, dónde está el límite entre discurso del odio y libertad de expresión.

Resulta claro que el tema desborda el tratamiento desde el punto de vista jurídico, toda vez que para comprenderlo es necesario ahondar en cuestiones sociales, políticas e históricas de cada Estado. Consecuentemente esos ámbitos han influenciado en la regulación legal y en las decisiones de los tribunales internos sobre la posición en la que se ubica cada Estado respecto al límite entre libertades fundamentales como la de expresión, asociación o reunión y la prohibición de partidos políticos. En referencia a este último tema se analizará, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Se confrontará e con la elaborada por el mismo Tribunal en el tema vinculado a los discursos del odio. Con un análisis crítico se analizará su criterio haciéndose hincapié en el diferente tratamiento que dispensa al discurso negacionista del holocausto.

Se pondrá especial atención en la ponderación que el TEDH efectúa al momento de limitar un derecho con el fin de asegurar la subsistencia de otro, la razonabilidad de esas decisiones y, en definitiva, el vínculo entre las mismas y la defensa del sistema democrático.

## **II- PROHIBICION DE PARTIDOS POLITICOS EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

En primer lugar, es dable aclarar que la prohibición de partidos políticos responde a diferentes causas; las cuales se encuentran establecidas en las leyes de los Estados y que han sido interpretadas por los tribunales constitucionales estatales y por el Tribunal de Estrasburgo.

Partiendo de esta aclaración se verá ahora cuándo podría prohibirse un partido político negándole por ejemplo su inscripción o disolverse un partido que ya está inscripto y funcionando y cuáles son los recaudos que toman los tribunales para no alterar

irrazonablemente la esencia de derechos fundamentales tutelados por los Estados y, en definitiva, por el mismo Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante CEDH, Convención Europea de Derechos Humanos, o “el Convenio”)

Antes de ingresar en el análisis de la cuestión planteada es dable resaltar la importancia que revisten estas formaciones siendo en las democracias pluralistas quienes representan la voluntad de las mayorías y minorías en el seno de los órganos representativos. Concurren a la formación de la voluntad popular viabilizando la participación política de la sociedad.

Hecha esta aclaración y volviendo ahora a la cuestión que se presenta en el título de este apartado, es menester resaltar que en Europa existen dos modelos diferenciados de democracia que influyen a la hora de determinar las causas de prohibición de un partido político.

En aquellos Estados que adhieren al concepto de democracia procedimental como España y en donde se posibilita una reforma total de la Constitución siempre que se garanticen los procedimientos formales para tal evento, se garantiza la libertad ideológica con lo cual la causa de prohibición de un partido nunca serán las ideas que defiende ni sus objetivos, sino sus actividades y conductas realizadas en forma reiterada y grave. Esto es coherente con la posibilidad de reformar la totalidad de sus constituciones si se respeta el procedimiento prevista por las mismas, ya que si eso está permitido no puede censurarse la existencia de actores políticos que representen esa posibilidad.

Distinta es la situación en países que se encuentran dentro de un sistema de democracia militante en donde ciertos aspectos sustanciales de sus constituciones resultan irreformables. En este sistema de democracia de valores se prevén mecanismos de defensa contra grupos que pretendan atentar contra el propio sistema, posibilitándose un grado de control más amplio sobre las agrupaciones políticas y configurando ciertas ideologías causales de su prohibición. Se limita la acción de los enemigos de la democracia asumiendo los postulados de una democracia militante.

Frente a esta dicotomía surge el interrogante que refiere a cuál es la posición que adopta el TEDH en relación a aquellos partidos con ideologías incompatibles con la democracia y los derechos humanos, y en tal sentido si tienen cabida todos los partidos en el marco del Consejo Europeo.

A través del análisis de alguna jurisprudencia que se ha seleccionado se buscará responder a esta cuestión la cuál aportará luz respecto a cuál es el modelo de democracia al cuál adhiere el órgano y, en ese sentido, permitirá avanzar sobre los parámetros que ha definido para encontrar el límite razonable entre las libertades de expresión, asociación y reunión, y los derechos fundamentales que derivan de la misma democracia.

Estos aspectos se analizarán teniendo en cuenta el criterio adoptado para la prohibición de partidos políticos especialmente cuando la motivación de la misma se genera por los discursos del odio.

Es relevante poder llegar a estas definiciones toda vez que la democracia debe encontrar mecanismos legítimos y claros para ejercer su autodefensa dentro de los valores del propio constitucionalismo y evitar que los principios que ella misma propugna sean utilizados para su propia destrucción, preservando al limitarlos la esencia de los mismos.

Primero se hará referencia a las pautas que emergen de la CEDH para luego analizar la interpretación del TEDH.

La libertad de asociación política se desprende del artículo 11.1 del CEDH que reconoce las libertades de asociación y reunión.

En el inciso siguiente del mismo artículo se establecen restricciones legítimas a ese derecho, las cuales resultan compatibles con el carácter de relatividad que ostentan todos los derechos, lo cual resguarda la imposibilidad de una utilización antisocial por parte de sus titulares y en tal sentido compatible con los demás derechos.

Si bien el primer inciso del art. 11 del CEDH no hace un reconocimiento expreso del derecho de asociación política el TEDH ha desprendido la tutela de ese derecho, de fundar partidos y afiliarse a ellos, de aquél artículo<sup>1</sup>.

Las restricciones que se mencionaran del segundo inciso están basadas en la necesidad de salvaguardar intereses generales de la sociedad democrática y se aplican también al derecho de asociación política.

Al llegar a este punto de tensión entre el ejercicio de derechos individuales e intereses generales de una sociedad democrática es dable aclarar que en el artículo 17 del mismo Convenio luce una nueva restricción a aquellos pero ahora de carácter genérica, como es el abuso de esos derechos. En tal sentido y en relación al tema en análisis cabría preguntarse si la asociación política para destruir el sistema democrático no implica un abuso del derecho.

La interpretación que el Tribunal de Estrasburgo ha hecho de estas cláusulas intenta, por un lado preservar cierto margen de apreciación por parte de los Estados compatible con su propia realidad histórica, social y política; pero a su vez se reserva la facultad de juzgar si las medidas de la intervención sobre los derechos que han hecho los mismos son justificadas y proporcionales.

Es dable aclarar que el margen de apreciación por parte del Estado es escaso frente al severo escrutinio que suele hacer el TEDH el cuál alcanza la normativa local, ejerciendo en ese sentido un control de tipo abstracto de la misma, como a la aplicación por parte de los tribunales internos incluyendo la que hacen los tribunales constitucionales.

---

<sup>1</sup> STEDH, de 20 de enero de 1998, caso Partido Unificado de Turquía y otros c. Turquía.

Es decir, el TEDH controla la injerencia estatal sobre los derechos que el CEDH protege y en tal sentido ha establecido que esta debe estar prevista por la ley, justificada para alcanzar fines concretos y predeterminados y debe ser necesaria en una sociedad democrática<sup>2</sup>.

Aplicando estos criterios, el Tribunal de Estrasburgo se ha expedido en varias causas sobre la prohibición de partidos políticos, a donde ha tenido que confrontar los derechos protegidos por el CEDH con las restricciones impuestas por los Estados, para lo cual también consideró la situación social, histórica y política de cada uno y, en definitiva, y como se explicara al principio de este título el tipo de democracia al cual han adherido en sus propias regulaciones internas, sin pasar por alto fundamentalmente el modelo de democracia al cual adhiere el propio TEDH y que se desprende de su propia jurisprudencia, el cual es compatible con el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura.

En consonancia con ese criterio, el TEDH ha entendido que el pluralismo ampara no solo ideas y opiniones recibidas favorablemente, con indiferencia, o consideradas inofensivas, sino también a aquellas que ofenden, chocan, o molestan al Estado o una parte de la población. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no hay sociedad democrática<sup>3</sup>.

Consecuentemente consideró que “el margen de apreciación del Estado a la hora de disolver un partido político debería ser estrecho, dado que el pluralismo de ideas y de partidos resulta inherente a la democracia”<sup>4</sup>.

No obstante ello afirmó que “hay partidos que, bien por los medios que empleen o por los fines que persigan, quedan fuera de la protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En estos casos, no se trata sólo de que el Estado en cuestión pueda disolverlos sino de que, al hacerlo, está cumpliendo con una obligación positiva de defensa de la democracia derivada del propio Convenio Europeo de Derechos Humanos”<sup>5</sup>.

Por último, sentenció que “...nadie puede intentar beneficiarse de las disposiciones del Convenio, en aras a llevar a cabo actos destinados a destruir aquellas”<sup>6</sup>.

En la transcripción de estos cuatro párrafos de los casos anotados se pretende resumir la postura adoptada por el TEDH respecto al juego de los artículos 11 y 17 del CEDH, y en definitiva, la posición que adopta respecto al modelo de democracia la cual refuerza en los siguientes términos “...un partido político cuyos responsables inciten a recurrir a la violencia o auspicien un proyecto político que no respete alguna o algunas de las reglas de la democracia, que aspire a la destrucción de la misma o menoscabe los derechos y

---

<sup>2</sup> STEDH, de 30 de junio de 2009, casos Herri Batasuna y Batasuna c. España.

<sup>3</sup> STEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside c. Reino Unido.

<sup>4</sup> STEDH, de 31 de julio de 2001, caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía.

<sup>5</sup> STEDH, Gran Sala, de 13 de febrero de 2003, caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía.

<sup>6</sup> STEDH, de 1 de julio de 1961, Caso Lawless c/Irlanda

libertades que esta última consagra, no pueden pretender que el Convenio lo proteja contra las sanciones que se le hayan impuesto por cualquiera de esos motivos”<sup>7</sup>

Como se había anticipado, el TEDH si bien considera cuál es la mirada que cada Estado ha adoptado respecto al tema, deja en tal sentido un estrecho margen de apreciación a los tribunales locales para que diriman las cuestiones vinculadas a la prohibición o disolución de partidos antidemocráticos.

En el caso *Batasuna*<sup>8</sup> el Tribunal de Estrasburgo establece que los partidos antidemocráticos no están protegidos por el CEDH; y esto se debe a que al momento de redacción del mismo había Estados que eran democracias militantes y otros que no, por lo que se implementó con la suficiente amplitud como para que ambos modelos pudieran tener cabida dentro de él. El Convenio es un “tratado de mínimos” con lo cual dependerá de los Estados la permisión de concurrencia a las elecciones de esos grupos políticos.

Es decir, en el CEDH caben las democracias militantes como Alemania o Francia y también las que no lo son como España. Cabe destacar respecto a esto último, la opinión del catedrático Torres del Moral para quien todas las democracias que se precien de serlo son democracias militantes. Resalta que no merece el nombre de democracia aquella que no le importa dejar de serlo pues si propugna valores superiores como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, debe defenderlos y en tal sentido militar en ellos frente a quienes han decidido exterminarlos. Considera este autor que las definiciones de democracia no militante que se le han atribuido a España por parte del Tribunal Constitucional, el TEDH y la doctrina que de ellos emana en ese sentido, se basan en prejuicios respecto al carácter de militancia de una democracia creyendo que el mismo es incompatible con la esencia del mismo sistema<sup>9</sup>.

En definitiva y en este orden de ideas se puede concluir afirmando que el TEDH sustentará su criterio para la prohibición de un partido político teniendo en cuenta variables como el contexto histórico o social del Estado en donde pretende desarrollar su actividad la asociación política o la fuerza electoral que represente. En definitiva como lo ha dejado expresado el TEDH evaluando el riesgo real e inminente de que pueda llevar adelante su programa o influir en las decisiones legislativas del Estado<sup>10</sup>.

Antes de finalizar con el análisis de este tema es dable resaltar la multiplicidad de criterios que tiene en cuenta el TEDH al momento de decidir sobre la disolución de un partido político. Es que toda vez que parte de la importancia que tiene la participación libre como elemento fundamental de la democracia, restringir la misma a través de una prohibición deberá estar fundamentado no solo en un criterio jurídico objetivo como podría ser su

---

<sup>7</sup> STEDH, de 31 de julio de 2001, caso *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía*.

<sup>8</sup> STEDH, de 30 de junio de 2009, caso *Herri Batasuna y Batasuna c. España*.

<sup>9</sup> Torres de Moral Antonio “Terrorismo y Principio democrático”, UNED-Revista de Derecho Político- Nro. 78-Madrid, 2010, págs. 146-147

<sup>10</sup> STEDH, de 31 de julio de 2001, caso *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía*.



ideario prohibido sino también en el riesgo que implica ese partido. Y, en este aspecto, interferirán criterios de oportunidad como evaluar su fuerza electoral o el impacto que puede tener en un Estado considerando lo que representa la ideología del partido en el marco histórico- político de su sociedad.

En consecuencia, si se ingresara en un estudio pormenorizado de toda la jurisprudencia del Tribunal, cuestión que excedería el marco de este trabajo, se advertiría que determinadas prohibiciones de partidos por parte de los Estados fueron corroboradas por el TEDH en determinados momentos y lugares y frente a la prohibición de esas mismas agrupaciones o con similar ideario pero en otro contexto de tiempo y lugar el TEDH se expidió en contra de los Estados que las declararan. En los años cincuenta, el Tribunal de Estrasburgo ratificó la disolución del partido comunista y de un partido neo-nazi en Alemania Federal, sin embargo en 1998 frente a otro panorama histórico, político y social condenó a Turquía por haber disuelto tres partidos minoritarios de izquierda<sup>11</sup>. Es importante considerar que la Guerra Fría había ya concluido en ese momento.

El criterio empleado por el TEDH respecto a la restricción al derecho de asociación por la prohibición de partidos políticos antidemocráticos excede el análisis del discurso o del programa del partido para adentrarse en el análisis de su actividad y los efectos que ésta concretamente produce o previsiblemente puede producir para la estabilidad del sistema democrático, la vigencia de los derechos y las libertades, en el Estado en que estas actividades se manifiestan.

Consecuentemente, un partido político antidemocrático puede ser disuelto cuando el respaldo electoral y el apoyo al mismo sean tales que exista el riesgo que pueda llevar adelante un 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. Así lo entendió el tribunal de Estrasburgo en varias ocasiones en donde la prohibición apuntaba a partidos minoritarios<sup>12</sup>.

En el caso del Partido de la Prosperidad (Refah Partisi), ya reseñado, se trataba en cambio de un partido fundamentalista islámico que se encontraba en el gobierno, con 157 diputados equivalentes a un tercio de los escaños en la Asamblea Nacional, el cual pretendía la instauración de un sistema multijurídico (contrario a la unidad del ordenamiento jurídico estatal y en definitiva a la igualdad ante la ley), manifestaba la voluntad de aplicar la Sharia (ley islámica contraria a la democracia) , y de llegar a la dominación total de la religión musulmana en la sociedad a través de la Jihad (guerra santa).

---

<sup>11</sup> STEDH, de 30 de enero de 1998, Partido Unificado de Turquía c. Turquía.

<sup>12</sup> STEDH, de 8 de diciembre de 1988, caso Partido de la Libertad y de la Democracia c. Turquía.

Por una mayoría de cuatro votos contra tres y unanimidad en la Gran Sala, el TEDH considera que la disolución decretada no supuso violación a la libertad de asociación; toda vez que las pautas que el modelo que pretendía instaurar el partido era incompatible con el sistema del Convenio pues atentaba contra principios y valores allí establecidos (igualdad, laicidad, dignidad)

Consecuentemente, implicaba un riesgo inmediato, entendiéndose que la disolución del mismo era una medida necesaria en una sociedad democrática a fin de impedir la realización de un proyecto político incompatible con las normas del Convenio.

Los estándares de control que ha fijado el TEDH a través de su jurisprudencia y que se definen entre la defensa de la sociedad democrática y la salvaguarda de los derechos fundamentales, como expresa el profesor Javier García Roca<sup>13</sup> “Un lugar a caballo entre el garantismo que la tutela de derechos fundamentales y la libertad de partidos reclaman, y la defensa de la democracia que la supervivencia del Estado constitucional precisa”, establecen que la disolución no solo se fundará en el programa del partido sino también en sus actividades políticas<sup>14</sup>.

Esta es la posición del intérprete de las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto a la prohibición de los partidos políticos en relación a la restricción de derechos fundamentales.

En definitiva, la libertad de asociación política no está reconocida en el Convenio para que el individuo disponga libremente de ella, sino como miembro de una comunidad democrática y en su defensa.

La democracia es la esencia del CEDH y el derecho de asociación política es un medio para asegurarla. En tal sentido, el TEDH ha entendido que si bien un partido puede auspiciar el cambio de estructuras legales o constitucionales de un Estado, solo podrá hacerlo bajo dos condiciones: 1) el cambio propuesto debe ser en sí mismo compatible con las reglas básicas de la democracia en las que se asienta el Convenio, 2) los medios utilizados para tal fin deben ser desde todo punto de vista legales y democráticos<sup>15</sup>.

En el próximo título, se hará referencia especialmente a los discursos del odio, teniendo en cuenta la interferencia con la libertad de expresión que implica considerarlos como causal de prohibición o disolución de un partido y analizando la jurisprudencia del mismo Tribunal.

---

<sup>13</sup> Javier García Roca “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- Año 22, Núm 65- Madrid, Mayo- Agosto 2002, pág. 256.

<sup>14</sup> STEDH, de 25 de mayo de 1998, Partido Socialista Turco c/Turquía.

<sup>15</sup> STEDH, de 31 de julio de 2001, caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía.



### III- DISCURSOS DEL ODIOS COMO CAUSAL DE PROHIBICION DE PARTIDOS POLITICOS

¿Cuál es el criterio seguido por el TEDH cuando la prohibición de un partido político se produce por la difusión de discursos del odio?

En primer lugar, es dable acercarnos a un concepto de los discursos del odio para lo cual se hará referencia a la Recomendación (97) 20 del Comité de Ministros sobre Discursos del Odio del Consejo de Europa que lo define como “toda forma de expresión que propague, incite, promocióne o justifique odio racial, xenofobia, antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por un nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra minorías, inmigrantes y personas con orígenes inmigrantes”

Es decir, este tipo de discursos son contra un grupo determinado, y según el Consejo de Europa el odio va dirigido a un sector de la población, basándose en la raza, color, religión, ascendencia o el origen nacional o étnico<sup>16</sup>.

El discurso del odio puede ser causal de disolución de un partido político, en cuyo caso el TEDH ha considerado que debe ir unido a la incitación a la violencia, la discriminación o el odio. En este caso, el juicio de interpretación que entablará el Tribunal será similar al analizado en el punto anterior, pero merituando ahora el grado de restricción a la libertad de expresión conferido por la sanción al discurso del odio y en tal sentido se analizará en las próximas líneas cuáles son los criterios que ha utilizado el aquél para evaluar el grado de esa restricción.

La libertad de expresión se encuentra tutelada en el artículo 10 del CEDH con una extensión amplia que abarca no solo a la información o ideas inofensivas o indiferentes sino también a aquellas que ofenden, escandalizan o perturban al Estado o cualquier sector de la población. Inmediatamente en el segundo párrafo se manifiesta el carácter relativo de este derecho estableciéndose las restricciones necesarias al derecho en una sociedad democrática.

En materia de disolución de partidos políticos por utilización de discursos del odio, el criterio de análisis que ha sentado el Tribunal no es uniforme. Una postura es la que se ha explicado en el punto anterior cuando se hizo referencia al caso del Partido de la Prosperidad c/Turquía. Es decir, el Tribunal pone el acento no solo en el contenido del mensaje sino también en sus efectos sociales y políticos, considerando si tales conductas son adecuadas para incitar a la violencia o la discriminación pudiendo alterar la estabilidad de la democracia en la sociedad, y sobre todo cuál es el peligro que irroga ese partido por su fuerza electoral evaluando el riesgo real o inminente de que pueda llevar adelante su

---

<sup>16</sup> Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo de Europa, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la Lucha contra Determinadas Formas y Manifestaciones del Racismo y Xenofobia mediante el Derecho Penal, párrafo 9

programa o influir en las decisiones legislativas del Estado. Es decir, si bien concluye en que “nadie puede estar autorizado para servirse de los preceptos del Convenio para debilitar o destruir los ideales y valores de una sociedad democrática”, encerrando en esta frase el contenido del artículo 17 del Convenio, referido al abuso de los derechos; queda claro que llega a esa conclusión después de efectuar un juicio de proporcionalidad teniendo en cuenta circunstancias fácticas referidas a las consecuencias y posibles efectos sociales que la actividad del partido podría ocasionar, haciendo especial hincapié en que el peligro para la democracia debe ser real (no meramente hipotético).

En tal sentido, lo determinante no sería solamente la ideología del partido sino también la existencia de un riesgo concreto e inminente de que esa ideología pueda llegar a implantarse. Este criterio dejaría a salvo la formación de un partido antisistema con poca fuerza electoral o incapaz de provocar cambios en las decisiones legislativas pero esencial para garantizar el pluralismo que exige la esencia de la democracia.

El Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos ha señalado las condiciones de peligro real e inminente como elementos básicos al momento de analizar los discursos del odio, considerando que el mayor peligro de los mismos es que pueden detonar la violencia. Consecuentemente, existe un mayor grado de tolerancia basado en la protección de la Primera Enmienda de la Constitución y en tal sentido entiende la doctrina estadounidense que la defensa de la libertad de expresión “radica precisamente en proteger los mensajes que puedan ser considerados equivocados o lesivos (...) en el debate público debemos tolerar el discurso ofensivo e incluso indignante en aras a proporcionar un adecuado espacio de actuación de las libertades protegidas por la Primera Enmienda...”<sup>17</sup>

En el famoso caso *Brandenburg v. Ohio* el máximo tribunal norteamericano dejó sentado aquel criterio manifestando que “las garantías constitucionales 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”<sup>18</sup>. En este caso la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley de Ohio aplicada a un dirigente del Ku Klux Klan que sin atender la potencialidad para crear un riesgo inminente prohibía bajo amenaza de pena la mera apología y reunión con otras personas sólo para abogar por el uso de la violencia.

Este criterio sentado por el aquel tribunal es compatible con el Estado liberal que adhiere a un modelo de democracia procedimental en donde la limitación a la libertad de expresión sólo puede justificarse en casos en que las restricciones sean proporcionales con el grado de riesgo para el sistema que implican los actos que se condenan.

---

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, de 2 de marzo de 2011, caso *Snyder v. Phelps*

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, de 9 de junio de 1969, caso *Brandenburg v. Ohio*.

Sin embargo, en otros casos, el TEDH ha atenuado el juicio de proporcionalidad para dar paso a un criterio de análisis más apegado al contenido del discurso o simplemente a la ideología que encierra el mismo, sin importar tanto la existencia de un riesgo concreto o inminente para la supervivencia del sistema democrático. Este tipo de interpretación se ha basado más en una restricción al discurso en virtud de la afectación de la dignidad o el honor de las personas que forman parte de comunidades discriminadas por el mismo. Es decir, el riesgo estaría en los derechos fundamentales de las personas, más que en la estabilidad de las instituciones democráticas.

Volviendo a los conceptos que se esbozaban al principio del punto anterior, esta interpretación se basa en la concepción sustantiva de la democracia (defensa de los derechos fundamentales, de la dignidad) más que en la procedimental (protección de la democracia como sistema).

En estos casos, el TEDH ha planteado una interpretación que va desde la existencia de un peligro potencial (no ya grave e inminente como en el caso de la restricción planteada al derecho de asociación en el caso del Partido de la Prosperidad c/Turquía) hasta el análisis simplemente del contenido del mensaje y su exclusión por considerarlo un abuso de derecho en aplicación del art. 17 del CEDH. En estos últimos supuestos el TEDH asume una posición claramente compatible con el concepto de democracia militante de algunos Estados europeos que se compadece con la inadmisión de partidos políticos por su ideología incompatible con contenidos irreformables de sus propias constituciones.

En tal sentido el TEDH afirmó “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 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...de tales partes o grupos de la población”<sup>19</sup>

Es decir, el Tribunal de Estrasburgo confiere a la libertad de expresión una protección que no es absoluta. El interrogante es entonces hasta dónde llega esa garantía frente a los discursos del odio.

En párrafos anteriores se explicaba que el TEDH ha fluctuado desde la consideración de un límite a la libertad de expresión generado por la sanción de un discurso que irroge un riesgo grave e inminente al sistema democrático, atenuando en otros casos la exigencia para su expulsión a que el riesgo sea potencial o hipotético hasta llegar a considerarlo fuera del paraguas protector de la libertad de expresión y descartarlo por considerarlo uso abusivo del derecho. Son diferentes criterios emanados de un mismo Tribunal y que van desde la

---

<sup>19</sup> STEDH, de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica

evaluación de un discurso sometiendo su restricción a un juicio de proporcionalidad hasta la mera expulsión por ser abusivo del derecho en el que se pretende amparar.

En este último caso el Tribunal adoptaría una posición de “tolerancia cero” frente a algunos tipos de discursos del odio enfatizando que la dignidad humana demarca el espacio del legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Efectúa un juicio de ponderación entre dignidad y libertad de expresión. Ambos derechos son fundamentales en una sociedad democrática justificando que “pueda ser 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... No hay duda de que expresiones concretas que constituyan un discurso del odio y... que pueden ser insultantes para personas o grupos, no se benefician de la protección del artículo 10 del Convenio”<sup>20</sup>.

Pero, más restrictivo de la libertad de expresión resulta la aplicación directa de la cláusula del art. 17 de la CEDH, la cual exime al Tribunal de todo juicio de ponderación rechazando sin más fundamento que el de esa norma, la tutela de aquel derecho y en tal sentido la expulsión del discurso.

En este punto del análisis, se encuentran dadas las condiciones para volver sobre el título de este apartado “Discursos del odio como causal de disolución de partidos políticos” para poder así arribar a algunas conclusiones.

En primer lugar, se produce la afectación del derecho a la libertad de asociación y reunión (y asociación política que se desprende la jurisprudencia del TEDH) previsto en el art. 11 del CEDH cuando se prohíbe un partido político. Por su parte, es el derecho a la libertad de expresión el que se ve afectado frente a la prohibición de un determinado discurso del odio.

El TEDH ha considerado que existe una íntima relación entre la libertad de expresión y los derechos de asociación y reunión: “...la protección de las opiniones y la libertad para expresarlas constituyen uno de los objetivos de los derechos de reunión y asociación”<sup>21</sup> entendiendo a la actividad de los partidos políticos como un “ejercicio colectivo de la libertad de expresión”<sup>22</sup>.

Sin embargo, y del análisis jurisprudencial que se ha efectuado se puede deducir que el grado de restricción es mayor a la libertad de expresión por la proliferación de ciertos discursos del odio que a al derecho de asociación o reunión frente a partidos políticos antidemocráticos. En estos últimos casos el TEDH realiza un test de proporcionalidad evaluando el grado de riesgo de esos partidos para una sociedad democrática. Es decir, cuando el TEDH aprueba la disolución de un partido antidemocrático somete la restricción al derecho de asociación a un juicio de proporcionalidad (entre los incisos 1 y 2 del art. 11 del CEDH) considerando si es “necesaria” la misma en una sociedad

<sup>20</sup> STEDH, de 4 de diciembre de 2003, caso Gündüz c.Turquía.

<sup>21</sup> STEDH, de 30 de enero de 1998, caso Partido Comunista Unificado de Turquía c.Turquía.

<sup>22</sup> STEDH, de 30 de junio de 2009, caso Herri Batasuna y Batasuna c.España.

democrática en base al riesgo real que representa la asociación política; en cambio para el caso de la limitación a la libertad de expresión por la sanción a discursos del odio puede llegar a limitarse a una simple aplicación de la cláusula del abuso del derecho (art.17). Y dentro de estos discursos del odio, existen categorías que han recibido un mayor grado de sanción y, en tal sentido, un mayor límite a la libertad de expresión como son las de los discursos negacionistas.

Rafael Alcácer Guirao explica que “frente al ámbito del derecho de asociación y los partidos políticos, en el cual se antepone la vertiente procedimental de la democracia, en el discurso del odio parece hacerse más hincapié en la 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”<sup>23</sup>.

Algunos autores como Tajadura critican que se apele al criterio de la gravedad de la amenaza para evaluar la restricción a los derechos de asociación y reunión postulando la necesidad de “proscribir determinadas ideologías que resultan incompatibles con la democracia y que los Estados hagan pedagogía con la restricción de los derechos de asociación y reunión”<sup>24</sup>. En alusión al caso “Partido de la Prosperidad C/Turquía” manifiesta no comprender por qué frente a cualquier amenaza de implantar la Sharia o Ley islámica no se responde con la aplicación del art. 17 CEDH.

En el mismo sentido, Torres del Moral considera que “...si, en aras del pluralismo, la democracia tolera en su seno la actividad de partidos y agrupaciones cuyos miembros asesinan, secuestran y extorsionan, siembran el terror entre quienes no piensan, no actúan o no votan como ellos y están dispuestos, más aún: tienen como norte de actuación, liquidar el propio régimen democrático que los legitima, entonces está dejando crecer en su seno un peligrósimo cáncer hasta su última fase de metástasis”<sup>25</sup>. Como se explicara precedentemente para este autor no hay democracia si ésta no es militante.

Estos autores se ubican en la posición de defensa del modelo de democracia militante en abierta contradicción con otros doctrinarios que entienden que la aplicación del test de proporcionalidad debería aplicarse no solo para el supuesto de afectación al derecho de asociación a través de la ilegalización de partidos políticos sino también para el límite a la libertad de expresión que implican las medidas que sancionan a los discursos del odio. Como se dijera antes, el tipo de enjuiciamiento en este último caso estará también ligado al modelo de democracia que adopten los diferentes estados siendo en el caso de la

---

<sup>23</sup> Rafael Alcácer Guirao “Libertad de Expresión, Negación del Holocausto y Defensa de la Democracia”, Revista Española de Derecho Constitucional-num.97, Madrid, enero-abril-2013, págs.337-338

<sup>24</sup> Javier Tajadura Tejada, nota 44, pagina 108 y sigs citado por Rafael Alcácer Guirao en Revista Española de Derecho Constitucional- num. 97, Madrid, enero-abril-2013, pág331

<sup>25</sup> Torres del Moral Antonio “Terrorismo y Principio democrático”, UNED- Revista de Derecho Público- Nro. 78- Madrid, 2010, pág. 146

democracia militante mucho más estricto el criterio para determinar el límite oscilando entre un juicio de ponderación entre el honor y la dignidad de los grupos afectados por los discursos del odio y la libertad de expresión de sus emisores hasta la no consideración de ese tipo de discursos dentro del paraguas de protección de la libertad de expresión y como tal la aplicación directa del art. 17 del CEDH.

En definitiva, cabe preguntarse si la tolerancia que constituye la base del pluralismo democrático debe permitir la propaganda de ideas opuestas a esa tolerancia y a la misma democracia, o si en su defensa debe ser intolerante con el intolerante, sacrificando los valores que la definen.

En tal sentido Popper dice “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”<sup>26</sup>.

Dahl advierte que “probablemente bastaría una amplia minoría de antidemócratas violentos y militantes para destruir la capacidad de un país para mantener sus instituciones democráticas”<sup>27</sup>.

Para Rawls en cambio, es necesario para limitar las libertades de los intolerantes que exista un riesgo grave e inminente que ponga en peligro las libertades de los tolerantes: “La libertad del intolerante únicamente puede ser restringida cuando el tolerante, sinceramente y con razón, cree que su propia seguridad y la de las instituciones libres están en peligro. No se pueden limitar las libertades de los intolerantes cuando no están en peligro inminente las libertades de los demás...La limitación de la libertad, se justifica solo cuando es necesaria para la libertad misma, para prevenir una invasión de la libertad que sería aún peor”<sup>28</sup>.

En el próximo apartado, se hará referencia a los distintos tipos de discursos del odio y los criterios de distinción que ha sentado el TEDH respecto a cada uno de ellos al momento de confrontarlos con la libertad de expresión.

#### **IV-LA DOCTRINA DEL TEDH RESPECTO A LOS DISCURSOS DEL ODIO**

La mayoría de los Estados introdujo en sus legislaciones normas para combatir los delitos del odio caracterizados por la intolerancia a las víctimas y los grupos a los que pertenecen y favorecidos por los “discursos del odio”.

Manifiestan prejuicios basados en la raza, orientación sexual, origen étnico, religión; siendo denominados como “hate crime” en Estados Unidos para describir el ataque de un blanco

---

<sup>26</sup> Popper k., “La Sociedad Abierta y sus Enemigos”, Paidós- Madrid, 1994, pag. 512

<sup>27</sup> Dahl R., “La democracia. Una guía para los ciudadanos”, Taurus- Madrid, 1999, pág.179

<sup>28</sup> Rawls John, “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1978, págs..247/254



hacia un afroamericano, “violencia de extrema derecha” en Alemania o “violencia xenofóbica” en Francia o Reino Unido.

Como se dijera en el primer párrafo de este punto, existen actos previos que sirven de antesala a la perpetración del delito del odio, como manifestaciones de hostilidad hacia determinados grupos (propagandas, grafitis, actos vandálicos y hasta el mismo discurso del odio) que en algunas legislaciones han sido incluidos también dentro del tipo delictivo.

Los discursos del odio pueden estar compuestos por expresiones que inciten a la violencia o constituyan apología del delito o simplemente por manifestaciones discriminatorias. Los motivos que los causan pueden ser diversos: étnicos y raciales, religiosos, de apología del delito o de la violencia, de enaltecimiento del terrorismo, de negación del Holocausto, etc.

Los Estados, en distintos grados han tomado medidas tendientes a evitar los peligros que este tipo de discursos implican para la estabilidad democrática, para los derechos fundamentales y consecuentemente para la dignidad humana. Estas medidas han implicado un refinamiento de los límites a la libertad de expresión y han quedado en algunos casos plasmadas en su legislación interna como se dijera antes como delitos tipificados.

En ese mismo sentido se han orientado los convenios internacionales sobre diferentes materias ratificados por los Estados de la Unión Europea. Por ejemplo, el artículo 5 de la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>29</sup>, el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>30</sup>, el art. 4 del Convenio Internacional sobre Eliminación de todas formas de discriminación racial, el cual se transcribe atento a la compatibilidad que tiene con el criterio que el Consejo de Europa ha adoptado respecto al tema: “Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial o la discriminación racial”.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos encomienda la prohibición de “toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo”<sup>31</sup>.

El sistema de protección europeo que define el CEDH en el artículo 10 y que el Tribunal de Estrasburgo ha interpretado a través de sus fallos basándose en la ponderación de la dignidad humana tuvo como causa histórica la tragedia del Holocausto. El Consejo de

---

<sup>29</sup> “Las partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”

<sup>30</sup> “1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”

<sup>31</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 13, inciso 5.

Europa se ha manifestado en ese sentido recomendando a los Estados 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 pública, con fines racistas, de los genocidios o de los crímenes de lesa humanidad”<sup>32</sup>.

En la misma línea se manifiesta la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia cuando recomienda a los partidos políticos que resistan la tentación de presentar imágenes negativas respecto a personas extracomunitarias y de grupos minoritarios. “Los partidos políticos deben adoptar sus posiciones firmes contra cualquier forma de racismo, discriminación y xenofobia en política”<sup>33</sup>.

A su vez, el TEDH ha generado una abultada jurisprudencia respecto al tema, efectuando un tratamiento diferenciado para ciertos delitos del odio vinculados con la negación del holocausto y el revisionismo histórico.

Es dable reiterar que para los otros casos el TEDH ha aplicado criterios de análisis basados en el test de proporcionalidad, la ponderación de derechos y/o la aplicación del art. 17 del CEDH “reconociendo un haz de límites a la libertad de expresión derivados de otros valores normativamente equiparables, tales como la igualdad, la dignidad, o el honor de los ciudadanos”<sup>34</sup>.

En este orden de ideas, el TEDH se ha manifestado a favor de la libertad de expresión cuando no se configuraran los elementos esenciales de un discurso del odio, porque las expresiones no se referían a una persona de un grupo determinado o directamente contra un grupo sino contra una institución del gobierno. Puntualmente, el Tribunal de Estrasburgo condenó a España (contrariamente a lo que había decidido el Tribunal Constitucional Español) por violación al artículo 10 del Convenio en un caso en que el portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak emitió declaraciones públicas contra el Jefe de Estado. El Tribunal Europeo consideró que tales expresiones quedaban amparadas por la libertad de expresión y no configuraban discurso del odio por no desencadenar incitación a la violencia por cuestiones de pertenencia a un grupo<sup>35</sup>.

Sin embargo, en el caso Féret, el TEDH convalida la condena del Estado basada en la ley belga contra un parlamentario cuyo discurso se dirigía contra determinados colectivos, inmigrantes y musulmanes proponiendo su expulsión y segregación social. En ese mismo caso el tribunal regional hace un llamamiento recordando que es del todo crucial “que los

---

<sup>32</sup> Consejo de Europa- Recomendación nro. 7 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.

<sup>33</sup> Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

<sup>34</sup> Rafael Alcácer Guirao “Libertad de Expresión, Negación del Holocausto y Defensa de la Democracia”, Revista Española de Derecho Constitucional-num.97, Madrid, enero-abril-2013, págs..309-341

<sup>35</sup> STEDH, de 15 de marzo de 2011, caso Ortegui c. España.

políticos en sus discursos públicos, eviten difundir declaraciones que tiendan a alimentar la intolerancia”<sup>36</sup>.

El Tribunal pone el acento en el contenido del mensaje presumiendo que puede ser adecuado para incitar a la violencia alterando la estabilidad de la democracia. Frente a una publicación que retrataba a los judíos como el origen del mal en Rusia, su escritor fue condenado por el estado ruso como culpable de incitación al odio étnico, racial y religioso. El autor de los artículos demanda en el Tribunal de Estrasburgo, éste consideró que el demandante había incitado al odio hacia los judíos abogando por la violencia contra un grupo étnico en particular excluyéndolo de la protección del artículo 10 del CEDH. Es decir, tuvo en cuenta para la condena la existencia de la intención de incitar al odio sin considerar que efectivamente esa expresión pudiera causar ese efecto.<sup>37</sup>

Es decir, se tiene en cuenta la posibilidad de que el daño ocurra; se presume para este tipo de discursos y se evalúa en base a un riesgo potencial (no ya grave e inminente como en el caso del Partido de la Prosperidad c/Turquía).

Indudablemente el TEDH ha aplicado en este caso el sistema de democracia militante y en tal sentido posibilitó una mayor restricción de la libertad de expresión. Esto no quiere decir que en otros casos no haya aplicado la tesis del “mercado de ideas”, fruto del desarrollo jurisprudencial del constitucionalismo americano, la cual implica la existencia de una libertad negativa la cual se traduce en la ausencia de interferencia por parte del Estado en el ámbito personal.

Esta postura que se expresara en el caso *Brandenburg vs. Ohio* por la Corte Norteamericana que se mencionara en el punto anterior, se pone de manifiesto en el TEDH amparando en el artículo 10 del Convenio el discurso de un líder religioso sancionado por Turquía tras la emisión de un programa de televisión en donde criticó el sistema de gobierno. El TEDH señaló que el hecho de defender la sharia, sin emplear la violencia para establecerla, no podría considerarse como discurso del odio <sup>38</sup>.

Similar criterio siguió el TEDH en el caso *Karatas c/Turquía* en el cual consideró que “hay que tener en cuenta que el medio utilizado por el solicitante era la poesía, una forma de expresión artística que atrae a una minoría de lectores”<sup>39</sup>.

En estos dos últimos casos el Tribunal considera indispensable la existencia de probabilidad de daño para negar la protección del artículo 10 del Convenio, sin llegar a presumirlo por la sola existencia del discurso.

Pero como se venía anticipando, el tratamiento que hace el Tribunal de Estrasburgo es diferente para los discursos del odio relacionados con la negación del Holocausto, aplicando como se verá a continuación un criterio reforzado de democracia militante para la

<sup>36</sup> STEDH, de 16 de julio de 2009, caso *Féret c. Bélgica*

<sup>37</sup> STEDH, de 20 de febrero de 2007, caso *Pavel c.Rusia*

<sup>38</sup> STEDH, de 4 de diciembre de 2003, caso *Müslüm Günduz c. Turquía*.

<sup>39</sup> STEDH, de 8 de julio de 1999, caso *Karatas c.Turquía*

restricción de la libertad de expresión. Esta diferenciación se ha ido potenciando desde el acaecimiento de aquel desgraciado hecho histórico hasta la actualidad.

En una primera etapa, los fallos del tribunal efectuaban un juicio de ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y la dignidad humana basándose en el inciso segundo del artículo 10 del CEDH considerando que la negación del Holocausto constituía una lesión contra el honor del pueblo judío, siendo necesaria la restricción a la libertad de expresión del autor en una sociedad democrática para perseguir la protección de un grupo históricamente discriminado.

Posteriormente, la doctrina del Tribunal empezó a combinar la cláusula del art. 17 con un juicio de ponderación de derechos para restringir el derecho a la libertad de expresión en defensa de la dignidad, hasta llegar a sustraer de la tutela de la libertad de expresión a todo análisis negacionista por aplicación directa de aquel artículo.

“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; a semejanza de cualquier otra declaración dirigida contra valores que sirven de base al Convenio...la justificación de una política pronazi no podría beneficiarse de la protección del artículo 10”<sup>40</sup>.

En diferentes causas<sup>41</sup> el Tribunal dejó sentado un criterio de exclusión radical de los discursos negacionistas del Holocausto del ámbito que garantiza el derecho a la libertad de expresión.

El Tribunal de Estrasburgo ha ido más allá aún en los casos de discursos negacionistas, excluyendo del ámbito de protección del Convenio no sólo al discurso que niega la existencia del Holocausto como hecho histórico sino a todo aquel que intente dar una nueva versión respecto a algún hecho ocurrido durante aquél acontecimiento, o cuestionar el grado de responsabilidad de algunos de los que participaron en los mismos.

En el caso “Marais c/Francia” frente a una publicación que negaba la existencia de algunas ejecuciones perpetradas por un tipo de cámara de gas (ya no del Holocausto ni de las cámaras de gas en general) en donde la justicia francesa condenaba a Marais a una multa e indemnización civil por daños y perjuicios por considerar que sus expresiones conllevaban implícitas la negación de holocausto judío, el TEDH inadmitió la demanda presentada por el condenado contra Francia<sup>42</sup>.

Tampoco es relevante para el Tribunal el grado de peligro que implique para la estabilidad de las instituciones democráticas la difusión del discurso negacionista. La afectación se produciría a los derechos fundamentales de las personas afectadas por el Holocausto al

---

<sup>40</sup> STEDH en obiter dictum, de 23 setiembre de 2003, caso Lehideux e Isorni c. Francia

<sup>41</sup> STEDH, de 24 de junio de 2003, caso Garaudy c.Francia; STEDH, de 13 de diciembre de 2005, caso Witzsch c.Alemania

<sup>42</sup> STEDH, de 24 de junio de 1996, caso Marais c/Francia.

difundirse la negación del mismo y, en tal sentido, adhiriendo a un concepto de democracia sustantiva se vería simbólicamente en peligro ésta.

Por lo tanto para descartarlo del ámbito de protección de la libertad de expresión parece desentenderse del medio a través del cual se difunde el discurso. En tal sentido, el TEDH inadmitió la demanda presentada por un ciudadano alemán que fue condenado por la justicia alemana a tres meses de prisión por ser considerado autor de delito de denigración de la memoria de los difuntos por haber negado en una carta privada a un historiador la responsabilidad de Hitler y el NSDAP en el exterminio masivo de judíos<sup>43</sup>.

Respecto a estos dos últimos casos, es interesante hacer hincapié en la postura del Tribunal respecto al mayor grado de restricción que aplica al discurso negacionista frente a cualquier otro discurso del odio. En el caso Marais se trataba de una investigación científica que negaba no el Holocausto como hecho histórico sino la utilización de un tipo de cámara de gas para el exterminio; y en el caso Witzsch el condenado se había manifestado a través de una carta privada a un historiador. En ambos, el Tribunal se aparta de ponderar cuál es el mayor o menor grado de afectación a la dignidad del pueblo judío si solo se está negando un aspecto del Holocausto o si la difusión se hace a través de un medio privado como una carta la cual difícilmente pueda llegar a la opinión pública en general; o si se niega el Holocausto como hecho histórico y se difunde a través de un medio de difusión masiva. En este último caso tampoco tiene en cuenta el grado de peligrosidad de esa actividad para la democracia.

En definitiva, el Tribunal de Estrasburgo prescinde del análisis de las circunstancias concretas que rodean al caso y de los efectos que de esos actos se puedan provocar. Analiza el mensaje y lo excluye del ámbito de protección del artículo 10 del Convenio por vía del artículo 17 del mismo.

Este mayor grado de restricción que opera respecto a los discursos negacionistas del Holocausto judío con las variantes que se acaban de explicar es analizado por la doctrina constitucional.

En el último apartado de este trabajo se analizarán algunas opiniones respecto al tratamiento que el TEDH ha hecho de los discursos negacionistas, siendo este el puntapié para las conclusiones finales sobre los temas que se abordaron. En las mismas, se intentará encontrar la posibilidad restrictiva de derechos más acorde con la defensa de la subsistencia del sistema democrático y con el menor grado de lesión a los mismos, los cuales, en definitiva, constituyen su propia esencia.

## V- EL DISCURSO NEGACIONISTA

---

<sup>43</sup> STEDH, de 13 de diciembre de 2005, caso Witzsch c. Alemania

En el punto anterior se mencionó la posición del TEDH respecto al discurso negacionista del Holocausto. Ahora, se intentará analizar si la misma es excesivamente restrictiva del derecho a la libertad de expresión, si le otorga una restricción injustificadamente diferenciada a este discurso frente a otros tipos de discursos del odio, tal vez hasta más graves, o si es apropiada en una democracia verdadera y perdurable. En definitiva, si se extiende el grado de proscripción a otros discursos del odio en consonancia con un modelo de democracia militante o si se encuadra dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión y, en tal sentido, se tienen en cuenta otras variables para su prohibición como podría ser, por ejemplo, el peligro que irroge en determinadas circunstancias de tiempo y lugar para el sistema democrático.

Para comenzar, resulta interesante comentar el criterio de Rafael Alcácer Guirao para quien resulta inapropiada la diferenciación de tratamiento que hace el TEDH respecto a las mayores restricciones que otorga al discurso negacionista del Holocausto en relación a otros. El autor resalta que implica una incongruencia valorativa otorgar un trato más restrictivo al negacionismo que a la incitación al odio o la discriminación. Se pregunta cuál es la razón de ello, si existen discursos que pueden implicar mayor daño para el honor de quienes son objeto de odio o discriminación, como también otros que por las circunstancias fácticas que los rodean pueden implicar mayor peligro para la democracia. Concluye explicando que la causa está en que “el Holocausto conforma el mito fundacional de las democracias constitucionales surgidas tras la Segunda Guerra Mundial 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, por ello, toda banalización o relativización del Holocausto socaba, simbólicamente el espíritu democrático europeo”<sup>44</sup>. Es decir, para este catedrático, es indiferente que la conducta afecte la dignidad o el honor de una persona o menoscabe las instituciones democráticas; la restricción reposa en un “tabú” inquebrantable que consiste en actualizar permanentemente la memoria del pacto ético.

El autor citado indaga sobre las causas por las cuales se le da un tratamiento diferenciado a la negación del Holocausto y, en tal sentido, es crítico del mismo, toda vez que esta exclusión frontal del mensaje del ámbito protegido de la libertad de expresión por vía del artículo 17 del CEDH considera que imposibilita tener en cuenta las circunstancias fácticas, las cuales son relevantes para evaluar el daño a la dignidad o el peligro a la estabilidad democrática.

Entonces cuál sería la solución, ¿otorgarle a los discursos negacionistas el mismo trato que al resto de los discursos de odio o, en sentido contrario, profundizar las restricciones para estos últimos equiparándolos con los primeros?

---

<sup>44</sup> Rafael Alcácer Guirao “Libertad de Expresión, Negación del Holocausto y Defensa de la Democracia”, Revista Española de Derecho Constitucional, num.97, Madrid, enero-abril-2013, págs.339-340-341



Para contestar este interrogante la propuesta consiste en volver a la breve referencia a la situación política europea que se esbozó en el segundo apartado de este trabajo. Cuando Karl Loewenstein expresó el concepto de democracia militante<sup>45</sup>, lo hizo desde el exilio norteamericano en 1937 ante el ascenso de los nazis al poder, y considerando la caída de la República de Weimar y el ascenso del partido nazi alemán al poder. Frente a la debilidad que emana del poder dividido y controlado propio del sistema constitucionalista propone como herramienta de defensa a la democracia militante como solución para salvar al sistema de sus peores enemigos: el nazismo y el comunismo. Para el autor, la democracia de Weimar sucumbió ante los enemigos de la libertad por no ser militante. Pero evidentemente hoy la situación en Europa ha cambiado y el peligro que en aquel momento significó el nazismo ahora se ve representado por otro tipo de ideologías que con fuerte presencia en algunos gobiernos intentan desestabilizar el sistema democrático.

Ahora bien, en mi opinión, las herramientas que proporciona el modelo de democracia militante son los medios que tiene el sistema para defenderse y, en definitiva, para asegurar su subsistencia. En ese mismo sentido Torres del Moral manifiesta que “la democracia es un régimen político y como tal debe ser militante, en defensa de sus principios y valores<sup>46</sup>”. Consecuentemente, debería aplicarse el mismo criterio para todos los discursos del odio evaluando los grados de lesión que causan a la dignidad como derecho fundamental de los grupos o las personas pertenecientes a ellos, situándome entonces en la defensa de un modelo de democracia sustantiva a través de las herramientas que prevé la democracia militante. De tal forma que algunos discursos encontrarían protección en el derecho a la libertad de expresión cuando no lleguen a irrogar un grado de lesión considerable para otros derechos fundamentales.

Es decir, Europa ha cambiado desde que Loweinstein esbozó por primera vez el concepto de democracia militante. Hoy existen nuevos problemas y discursos que lesionan con el mismo grado de gravedad derechos como el honor, la dignidad o la libertad religiosa de grupos o personas pertenecientes a ellos. No se encuentra causa justificada para la diferencia de tratamiento que merecen los discursos negacionistas pues su grado de lesividad a aquellos derechos no resulta necesariamente mayor al que pueda generarse por otros discursos como el que podría dirigirse contra otros grupos: inmigrantes, minorías sexuales, musulmanes, etc.

Por eso, como se deja plasmado en párrafos anteriores, si bien se sostuvo que la democracia no solo implica la adherencia a los procedimientos formales que de ella derivan sino que su materialización se efectiviza por la real vigencia de los derechos fundamentales, entiendo que no está justificado establecer “a priori” categorías de

---

<sup>45</sup> Karl Lowenstein, “Teoría de la Constitución”, Ed. Ariel, Barcelona, 1979, págs. 170-171, 278 y sgs.

<sup>46</sup> Torres del Moral Antonio “Terrorismo y Principio democrático”, UNED- Revista de Derecho Público- Nro. 78- Madrid, 2010, pág. 147

discursos considerados más lesivos y en este tratamiento generalizado imprimirles una restricción agravada.

En este sentido, volviendo al cuestionamiento que se planteara al principio de este punto la respuesta es que deben aplicarse los mecanismos de la democracia militante a todos los discursos del odio en general y por igual, utilizando para ello la pauta de ponderación al evaluar el gravamen que irrogan a determinados grupos en su dignidad, honor, etc; en relación con la libertad de expresión tutelada también por el Convenio.

## VI-CONCLUSIONES

Frente a una realidad que se impone cada vez con mayor fuerza en Europa relacionada con el avance de determinados grupos políticos que representan ciertas ideologías contrarias a los derechos y valores en los que se basa el modelo democrático occidental, situación que se cimienta en el descreimiento por un importante sector de la sociedad en la política tradicional y en los actores que la representan han ganado terreno “nuevos partidos”(en algunos casos no tan nuevos, por ser reformulaciones de partidos que ya existían) que usufructúan de las garantías que prevé el mismo sistema al cual desprestigian fomentando el sentimiento del miedo por parte de la sociedad a las crisis económicas, al terrorismo o a los mismos refugiados a través de discursos en los que claramente se violentan derechos o valores constitucionales de personas o grupos de personas determinadas.

Se advirtió sobre las dificultades con las que se encuentra la democracia a la hora de limitar esas manifestaciones sin violentar la esencia del mismo sistema que es el pluralismo. En tal sentido se dijo que la democracia debe prever mecanismos de autodefensa a fin de que su destrucción no se produzca por la utilización que sus enemigos hagan en su propio provecho de sus preceptos.

Se analizó para ello el criterio que ha sentado el TEDH a través de diferentes fallos respecto a estas cuestiones.

En esta conclusión se intentará responder a las preguntas iniciales, las cuales giraban en torno a la fijación del límite razonable a las libertades de expresión, asociación y reunión, a fin de resguardar el sistema de democracia representativa que es, en definitiva, el modelo que tutela el Convenio.

La idea será elaborar una teoría propia, la cual se anticipa, coincide en algunos aspectos con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pero es crítica en otros.

En primer lugar, se advierte del análisis de la jurisprudencia del órgano que no existe un criterio uniforme en el juzgamiento de todos los aspectos.

Del análisis de los fallos vinculados a las prohibiciones y disoluciones de partidos políticos se puede apreciar que el Tribunal sostiene una postura más apegada a un sistema de democracia procedimental. Es decir, la censura a estos partidos es la última instancia y tiene en cuenta para ello el riesgo que los mismos pueden significar para la subsistencia del

sistema democrático. Las circunstancias fácticas son preponderantes al momento de decidir y ellas delimitan el momento oportuno para la ilegalización.

Sin embargo, cuando se trata de discursos del odio, el tratamiento parece ser más exigente por parte del Tribunal ya que proscribía determinados discursos por su contenido, sin importar ya que los mismos impliquen o no incitación a la violencia, requisito indispensable para su descalificación en Estados Unidos en donde rige un modelo de democracia formal. Es decir, el Tribunal adhiere aquí al concepto de democracia sustantiva y consecuentemente considera que todos aquellos discursos del odio que violenten derechos o valores constitucionales deben ser prohibidos, sin evaluar el grado de peligrosidad como elemento determinante para el juicio, ni si incitan a la violencia.

Más exigente es aún el Tribunal de Estrasburgo cuando se trata de discursos negacionistas del Holocausto en cuyo caso ha llegado a descartarlos sin siquiera ponderar el grado de daño que provocan a los derechos y valores fundamentales a los cuales agreden.

Es decir, se advierte del análisis tres estándares de juzgamiento diferentes para situaciones que hemos de considerar similares. Un criterio que provoca contradicciones ya que en el caso de partidos políticos que profesan discursos del odio el Tribunal aplicaría un mayor grado de protección a las libertades de asociación, reunión y expresión que para el caso de esta última cuando es ejercida por una persona individual, siendo que la peligrosidad para el sistema es mucho mayor cuando es un partido político el agresor.

Para disolver un partido político antidemocrático el Tribunal evalúa el grado de peligrosidad, debiendo ser grave e inminente, para el sistema democrático. Sin embargo cuando se trata de la prohibición de un discurso del odio alcanza con que el riesgo sea potencial y realiza una ponderación de los derechos en juego.

También se criticó la diferencia de tratamiento respecto al discurso negacionista del Holocausto, expulsado en todos sus tipos de manifestaciones del ámbito de protección de la libertad de expresión, y a donde el Tribunal va más allá y no solo no evalúa la existencia de riesgo sino que ha llegado a prescindir del juicio de ponderación con los derechos y valores que este discurso violenta. Acaso, ¿no son tan lesivos de estos últimos otro tipo de discursos que sin embargo son sometidos al juicio de ponderación para determinar cuál es el grado de lesión que provocan?

En este estadio del análisis es necesario hacer hincapié en la utilidad práctica que deriva de estas prohibiciones y, como se dijera al principio, es la defensa del sistema democrático, de los derechos y valores que emanan del mismo establecidos en las cláusulas del Convenio. En definitiva, la defensa de este último y de las pautas democráticas que emanan del Consejo de Europa.

Consecuentemente, considero que la mejor defensa, la más coherente y la menos cuestionable desde el punto de vista jurídico será la aplicación por parte del TEDH de un criterio compatible con la defensa de la democracia sustantiva para todos los casos.

El juzgamiento de la prohibición, o de la disolución en su caso, de un partido debería someterse a la misma vara que cualquier discurso del odio, en tal sentido considerar en un juicio de ponderación cual es el grado de agravio que la doctrina del partido o el discurso confiere al valor dignidad o a derechos como la intimidad, el honor o la libertad religiosa.

Indudablemente frente al peligro que implica para el sistema el avance del populismo, lo cual se evidencia en la realidad política europea actual, la democracia debe idear mecanismos de autodefensa que aseguren la subsistencia de la representación y la de los derechos y valores que tutela, consecuentemente la prohibición de todos aquellos discursos que agraven esos valores es una posible solución para ese fin.

Por último, es lesivo de la libertad de expresión el tratamiento proscriptivo que el TEDH dispensa a los discursos negacionistas del Holocausto.

Esta proscripción a todo discurso que intente simplemente aportar otra visión de lo que se considera una verdad única e indiscutida, no encuentra justificación válida en la actualidad y violenta excesivamente el derecho a la libertad de expresión, amparado en el Convenio y esencial para la democracia pluralista.

A su vez, el juicio de ponderación utilizado como vara para medir la proporcionalidad de la restricción confrontando el discurso al grado de lesividad que irroga sobre otros derechos fundamentales inherentes a grupos o personas pertenecientes a los mismos, aporta previsibilidad en el ejercicio de la libertad de expresión, y como tal sirve como pauta orientativa para el ejercicio del mismo por parte de la sociedad.

A través de la protección “razonable” de los derechos fundamentales de los grupos agraviados por un discurso del odio, cualquiera sea, quedará resguardada la democracia pluralista en su mayor amplitud que es la de la vigencia de todos los derechos que ella misma prevé.

En definitiva, la democracia necesita ser militante para asegurar su propia subsistencia. En el tema analizado y por los argumentos expuestos creo que la mejor manera de hacerlo es unificando el criterio para la restricción razonable del uso abusivo de determinados derechos. La razonabilidad de la limitación surgirá de la ponderación de la misma con la afectación que provoca a otros derechos esenciales para la vigencia de una democracia sustantiva. Este debe ser el estándar a utilizar para las restricciones a las libertades de asociación, reunión y libertad de expresión; un criterio unificado para la ilegalización de un partido o la prohibición de cualquier discurso del odio.

Pero, por supuesto, el derecho no podrá lograr conseguir resolver todos los problemas de la democracia representativa. Será necesario preguntarse además cuáles son las causas que generaron la crisis del sistema y el avance de posturas populistas que identifican a la democracia con el ejercicio de una voluntad popular más directa representada en la figura del líder. Éste seguramente será un camino que llevará más tiempo pues implicará efectuar

ajustes en el sistema pero también y fundamentalmente educar a la sociedad para el mejor ejercicio de las prácticas que emanan de la ciudadanía.

En tal sentido, serán insuficientes para la democracia militante las herramientas que le provee el sistema jurídico, deberá también para poder lograr sus objetivos adecuar las instituciones a las nuevas necesidades que plantea la realidad actual y esencialmente penetrar en la conciencia de la sociedad.

La democracia representativa es, sin duda, el mejor sistema conocido de gobierno, implica el respeto por los derechos de las mayorías y las minorías. Este último aspecto solo puede asegurarlo la representación parlamentaria a través de un sistema de disensos, consensos, acuerdos, en definitiva, diálogo entre todos los sectores. Defender este sistema es un trabajo que se construye a diario.

Pero si bien es el mejor sistema conocido de gobierno, como se dijera en el párrafo anterior, es también un concepto complejo. La democracia no es algo sencillo, cuesta un esfuerzo llevarla adelante y también imaginación. Partiendo de la base de la representación, fortaleciendo sus instituciones y sin desnaturalizar ese sistema, considero prudente incluir algunos elementos de la democracia participativa los cuales ayudarán a equilibrar la demanda ciudadana evitando la destrucción del sistema.

Indudablemente servirán también como señales para la construcción de la defensa de la supervivencia del sistema las pautas que surjan de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## VII- BIBLIOGRAFIA

- ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL (2013). “Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Número 97, enero/abril 2013, págs. 309-341
- DAHL, ROBERT (1999). “La democracia. Una guía para los ciudadanos”, Taurus, Madrid, 1999.
- GARCIA ROCA, JAVIER (2002). “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”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, Número 65, Mayo- Agosto 2002.
- LOWENSTEIN, KARL (1979). “Teoría de la Constitución”, Ariel, Barcelona, 1979.
- RAWLS, JOHN (1978). “Teoría de la justicia”, Fondo de cultura económica, México, 1979.
- TAJADURA TEJADA, JAVIER (2004). “Partidos Políticos y Constitución”. Madrid. Civitas

- TORRES DE MORAL, ANTONIO (2010). “Terrorismo y principio democrático”. Revista de Derecho Político, UNED, Número 78, 2010, págs. 95-160.
- POPPER, KARL (1994). “La Sociedad abierta y sus enemigos”, Paldos, Madrid, 1994.