

# Jurisprudencia



# EL USO DE LA HISTORIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS<sup>\*</sup>

ANDREA BURATTI <sup>\*\*</sup>

## SUMARIO:

1. PREMISA: ¿PETRIFICAR LA HISTORIA O HACER CUENTAS CON EL PASADO?
2. EL PROBLEMA DEL USO DE LA HISTORIA EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO
3. EL ARGUMENTO HISTÓRICO EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO: CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA Y TOLERANCIA CONSTITUCIONAL
4. LA INSUFICIENCIA DEL ARGUMENTO HISTÓRICO (EL CASO SEJDIĆ AND FINCI C. BOSNIA-HERZEGOVINA)
5. LA FUGA DEL PASADO COMUNISTA
6. PRINCIPIO DE LAICIDAD Y TRADICIONES HISTÓRICAS
7. INTERROGANTES EN EL USO DEL ARGUMENTO HISTÓRICO
8. NEGAR LA VERDAD HISTÓRICA: UN ABUSO DEL DERECHO
9. CONCLUSIÓN: ¿PROTECCIÓN DE LAS TRADICIONES HISTÓRICAS O MÉTODO HISTÓRICO CRÍTICO?

La historia nunca es justiciera, pero siempre es justificadora; y no podría ser justiciera, sino haciéndose injusta<sup>1</sup>.

## 1. PREMISA: ¿PETRIFICAR LA HISTORIA O HACER CUENTAS CON EL PASADO?

En Hungría, durante el año 2004, algunos periódicos de derecha promovieron la construcción de una estatua en homenaje a Pál Teleki, primer

<sup>\*</sup> Traducido del italiano por Miguel Azpitarte Sánchez.

<sup>\*\*</sup> Investigador de Derecho constitucional. Universidad de Roma «Tor Vergata».

<sup>1</sup> B. CROCE, Teoria e storia della storiografia (1915-17), edición de G. Galasso, Adelphi, Milán, 1989, p. 98.

ministro húngaro en los años cuarenta. La iniciativa —dirigida a la rehabilitación de un personaje considerado responsable de la legislación antisemita y más en general de haber llevado a Hungría a la segunda guerra mundial— provocó un debate amplio y encendido, en el cual intervino el historiador Karsai, dando respuesta a la iniciativa y recordando tanto los crímenes como la responsabilidad de Teleki. Condenado por difamación en los tribunales nacionales, Karsai recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora Tribunal o TEDH), que en el año 2009 le dio la razón. Según el Tribunal:

El recurrente —un historiador que ha publicado diversos trabajos sobre el Holocausto— ha escrito el trabajo discutido en el ámbito de un debate concerniente a la intención de un país de dar cuenta de su pasado, cuya historia presenta episodios de totalitarismo. El debate, por tanto, es del máximo interés público (Karsai c. Hungría, 2009, § 35).

Se trata, por muchos motivos, de un caso emblemático sobre la radicalidad de las cuestiones relativas al uso público de la historia, de la alternativa entre su «petrificación» en tradiciones y símbolos —compartidos o de una parte— y su sometimiento a un debate público permanente.

## 2. EL PROBLEMA DEL USO DE LA HISTORIA EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO

El pasado, su representación pública y su memoria compartida, constituyen los fundamentos de la identidad constitucional de los pueblos. Son, por tanto, objeto de un debate y un «uso» público, articulado en diversos planos culturales<sup>2</sup>. No ha de sorprender que ese debate suscite tantos con-

<sup>2</sup> La reflexión sobre el uso público de la historia se hace palpable con la intervención de Jürgen Habermas en la controversia iniciada, al final de los años ochenta, por parte de Ernst Nolte, en torno a la minimización de los crímenes nazis (las contribuciones están recogidas en el volumen *Germania: un pasado que no pasa*. Los crímenes nazis y la identidad alemana, edición de G.E. Rusconi, Torino, 1987). Pero el

flictos y condicione la interpretación de los derechos fundamentales en aquellos países donde la consolidación de la democracia todavía es débil.

El TEDH, cuando es situado delante de controversias que conllevan la discusión del pasado y de las tradiciones, es obligado a menudo a erigirse en juez de la historia de los pueblos y las naciones. También a menudo, el propio Tribunal recurre a la narración histórica para motivar sus sentencias, en el intento de mediar a través de la argumentación histórica entre las exigencias de tutela de un orden objetivo de derechos y la especificidad de los contextos nacionales. De otro lado, el propio texto del Convenio invita a una interpretación histórica y contextual mediante cláusulas generales como «el patrimonio común de tradiciones e ideales políticos», la noción de «la necesidad de un sociedad democrática», la «protección del orden público o de la moral», el «peligro público que amenaza la vida de la nación», las «convicciones religiosas y filosóficas» o la «libre expresión de la opinión del pueblo»<sup>3</sup>.

Pero el contraste con la historia de los pueblos sitúa al Tribunal ante una dificultad específica a resultas de su «distancia» respecto a la experiencia nacional. Primero de todo, se trata de una dificultad informativa, que el Tribunal intenta colmar a través del análisis de organismos de apoyo y estudio, como la Comisión de Venecia, que se sostiene sobre los recursos informativos y culturales derivados de la dialéctica entre las partes y los «amici curiae»<sup>4</sup>. Ciertamente, el extrañamiento del Tribunal respecto al

---

uso conflictivo del pasado y de la memoria representa un motivo dominante ya en la tragedia griega (muy relevante, D. SUSANNETTI, *Catostrofi politiche. Sofocle e la tragedia di vivere insieme*, Carocci, Roma, 2011).

<sup>3</sup> L. BÉGIN, «L'internationalisation de droits de l'homme et le défi de la “contextualisation”», *Rev. Interdisc. d'études jur.*, 53, 2004, pp. 64-66: «En fait, et cela pourra paraître paradoxal, l'internationalisation effective des droits fondamentaux va de pair avec une déformalisation et une contextualisation progressives du droit » (p. 66).

<sup>4</sup> A. PECORARIO, «Argomenti comparativi e giurisprudenza Cedu: il ruolo della Commissione di Venezia in materia di diritto elettorale», en *diritticomparati.it* (noviembre 2010): «La Commissione di Venezia ed altri organismi del Consiglio d'Europa (a titolo non esaustivo si possono ricordare l'Assemblea parlamentare, il Congresso dei poteri locali e regionali, ed il Centro di Prevenzione della Tortura), attraverso i

debate público nacional —al ofrecer una mirada externa— agrava la percepción de arbitrariedad de sus juicios históricos, en especial cuando avalan simplificaciones y reducciones de narraciones complejas y controvertidas.

Así, el problema de la valoración y del uso de la historia en la argumentación jurídica —que implica la actividad de cada juez, sea en un Tribunal Constitucional o en un Tribunal internacional<sup>5</sup>— adquiere, con referencia al Tribunal de Estrasburgo, una especificidad destacada, como se demuestra en la atención que el Tribunal ha conferido a la reflexión sobre el «método histórico» que caracteriza su jurisprudencia.

En este trabajo quiero reconstruir el acercamiento con el que el TEDH se enfrenta a la historia, a la memoria y a la tradición histórica nacional, y el uso del análisis histórico y contextual en su jurisprudencia. En un primer momento analizaré las diversas líneas jurisprudenciales en los cuales la historia nacional es elemento para la resolución de la controversia (§ 3-7); después, pasaré a examinar más específicamente la jurisprudencia madurada en los casos del negacionismo histórico, en el cual el método histórico que orienta al Tribunal se hace más explícito (§ 8).

En la perspectiva elegida para este estudio, por tanto, la referencia al argumento histórico no coincide —salvo algunas cuestiones de método— ni con la noción de «interpretación histórica» reductible a Savigny, ni con el problema del originalismo, que siendo su tratamiento abundante en la

---

summenzionati strumenti di *soft law* (raccomandazioni, risoluzioni, opinioni e così via), svolgono una preziosa opera di mediazione fra testo (convenzionale) e contesto (storico, politico e sociale) di riferimento - da questo punto di vista, benché la loro azione non dia luogo alla elaborazione di atti giuridici altrettanto formalizzati, è bene ricordare anche il ruolo cruciale che viene quotidianamente svolto (“sul campo”) dai *Bureaux extérieurs* del Consiglio d’Europa, istantanei misuratori della democraticità delle Istituzioni nei Paesi di riferimento delle attività dell’Organizzazione Internazionale».

<sup>5</sup> R. UITZ, *Constitutions, Courts and History. Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Ceu Press, Budapest-New York, 2005, pp. 5-14, que por otro lado, reconstruye el debate y la crítica a la «law-office history» en los Estados Unidos (pp. 17 y ss.).

doctrina estadounidense<sup>6</sup>, también ha sido discutido con referencia a la intención de las partes contratantes del Convenio de Roma y que ha marcado algunas motivaciones de la Corte europea<sup>7</sup>. En este estudio, con la noción de «interpretación histórica» me refiero a una «práctica de interpretación contextual»<sup>8</sup> que valora la referencia a la historia en la reconstrucción de casos y la motivación de decisiones judiciales.

<sup>6</sup> La bibliografía es interminable, véase al menos, A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton, Princeton Univ. Press, 1997. Una reconstrucción prevalentemente crítica se encuentra ya en J.G. WOFFORD, «The Blinding Light: The Uses of History in Constitutional Interpretation», *Univ. Chic. Law Rev.*, 31/1963-64, pp. 502 y ss. (que reconduce al originalismo tres operaciones distintas: el recurso a la intención de los padres fundadores, el recurso al significado originario de la terminología constitucional, el recurso a la comprensión del problema al origen de la formulación de las disposiciones constitucionales).

Para su encuadre en la experiencia italiana, cfr. las diversas contribuciones recogidas en la edición de F. Giuffrè e I. Nicotra, *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>7</sup> B. RANDAZZO, «Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale», *Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti*, 4/2011, pp. 29-30: «Il ricorso ai lavori preparatori dei testi normativi al fine della loro interpretazione è criterio, com'è noto, comune a tutti gli ordinamenti, e richiamato pure dall'art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (interpretazione storica); anche la Corte di Strasburgo lo utilizza, sempre, peraltro, come criterio complementare e da solo non decisivo».

Insistiendo en el recurso marginal de la interpretación histórica en la jurisprudencia de Estrasburgo, F. OST, «Originalità dei metodi di interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo», en M. Delmas Marty (a cura di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, (1989), Cedam, Padova, 1994, pp. 277-8, 280 y ss., donde muestra como ya en el caso *Golder* (1975) el Tribunal, en referencia al artículo 32 del Convenio de Viena sobre derecho de los Tratados, no concede demasiado peso a los trabajos preparatorios y a la intención de las partes contratantes, refiriéndose a ellas con una mera finalidad de apoyo. Ost identifica un solo caso en el que el reclamo a los trabajos preparatorios determina el significado de una disposición del Convenio (p. 286). Más amplio, siempre según Ost, es el peso de los trabajos preparatorios en los votos particulares, en sintonía con acercamientos más conservadores.

<sup>8</sup> En el sentido propuesto por L. BÉGIN, *op. cit.*, p. 64 nota 1, pp. 76 y ss.

### 3. EL ARGUMENTO HISTÓRICO EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO: CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA Y TOLERANCIA CONSTITUCIONAL

Un perfil muy significativo de la argumentación histórica normalmente aparece en las sentencias más contaminadas por la lucha política. Así, en el filón jurisprudencial de los llamados partidos antisistema<sup>9</sup>, por ejemplo, en la conocidísima *Refah Partisi (Welfare Party) and Others c. Turquía* (2003), la Gran Cámara confirmó la sentencia de la Sección que había considerado conforme al artículo 11 del Convenio la disolución del Refah en razón de su programa y de su acción dirigida a afirmar la Sharia. Para reforzar la argumentación de la Sección y justificar una medida que en numerosos casos ha sido considerada contraria a los derechos protegidos por la Convención<sup>10</sup>, los jueces reconstruyen el recorrido histórico de la instauración del Estado constitucional turco, que se caracteriza, como es sabido, por la superación radical de la conciencia teocrática del poder público y de la estatalidad:

El Tribunal no debe perder de vista el hecho de que en el pasado, movimientos políticos basados en el fundamentalismo religioso estuvieron en condiciones de acceder al poder en algunos Estados y tuvieron la ocasión de realizar el modelo de sociedad que tenían en mente. El Tribunal sostiene que, en el respeto de las previsiones del Convenio, cada Estado contraiente puede oponerse a estos movimientos políticos a la luz de su experiencia histórica.

<sup>9</sup> Al respecto P. RIDOLA, «Art. 11», en S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 359-363

<sup>10</sup> Para una contextualización del *Refah Partisi* respecto a la jurisprudencia en materia de «partidos antisistema», C. BOLOGNA, «Ordine pubblico europeo e scioglimento dei partiti politici: verso la protezione della democrazia europea?», en L. Mezzetti - A. Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo (Atti del Convegno internazionale di studi, Bologna, 5 marzo 2010)*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 453 y ss.

El Tribunal observa además que con la vigencia del derecho otomano se afirmó un régimen teocrático islámico. Cuando el anterior régimen teocrático fue desmantelado y se instauró el régimen democrático, Turquía optó por una forma de laicidad que ha confinado el Islam y las restantes religiones a una esfera de práctica religiosa privada. Consciente de la importancia del respeto del principio de secularidad para la supervivencia del régimen democrático en Turquía, el Tribunal sostiene que el Tribunal Constitucional estaba legitimado para decretar la incompatibilidad con la democracia de la política de restablecimiento de la Sharia, objetivo del partido Refah (§ 124-125).

Pero la influencia del contexto histórico en las decisiones del Tribunal todavía se hace más evidente en la jurisprudencia sobre la legislación electoral de los Estados contratantes, que toma cuerpo en los años setenta en algunas decisiones de la Comisión<sup>11</sup>: al rechazar los argumentos que consideraban contraria al Convenio el sistema mayoritario a una sola vuelta aplicado en Inglaterra, la Comisión observó que este sistema formaba parte «del patrimonio común de las tradiciones políticas evocadas en el Preámbulo del Convenio» (X c. Reino Unido, 1976)<sup>12</sup>. Todavía es más evidente la llamada a la tradición histórica nacional en la decisión W.X.Y y Z.c. Bélgica (1975), en la que se discutía sobre la legitimidad de la ley constitucional que reserva un asiento senatorial al heredero del trono, escaño que se adquiere a la edad de dieciocho años, en contra de la regla que prescribe la

<sup>11</sup> F. BOUCHON, «L'influence de cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme», en *Rec. trim. dr. de l'homme*, 1/2001, p. 155.

<sup>12</sup> «La Comisión considera que el artículo 3 del Protocolo adjunto al Convenio no puede ser interpretado de manera que imponga un determinado sistema electoral que garantice que el número total de votos emitidos a favor de un candidato o de una lista de candidatos deba siempre y en todo caso reflejarse en la composición de la asamblea legislativa. La Comisión, por otro lado, subraya que tanto hoy como a la firma del Convenio, alguna de las partes contratantes adoptaron y continuaron a adoptar un sistema electoral mayoritario de turno único, mientras otros utilizaban el proporcional. Estos dos modelos de sistema electoral pueden ser considerados como «parte del patrimonio común de la tradiciones políticas evocadas en el Preámbulo del Convenio» (las cursivas son mías).

edad de cuarenta años para ser candidato en términos generales. La Comisión también aquí rechazó el recurso, viendo en la norma discutida «una tradición de la monarquía constitucional belga».

Cuando en el año 1982, un ciudadano inglés residente en la Isla de Jersey recurrió ante el TEDH frente a la imposibilidad de participar en las elecciones a la Cámara de los Comunes, la Comisión ratificó que los principios del Convenio no pueden mellar «vínculos constitucionales excepcionales, fundados sobre razones históricas previas al Convenio» (X c. Reino Unido, 1982). De nuevo, en 1984 es «la tradición histórica del Commonwealth» la que salva al Reino Unido del recurso de un diputado norirlandés, que venía excluido del sufragio pasivo en el parlamento de otros países de la Commonwealth (M.c. Reino Unido, 1984).

En Mathieu-Mohin and Clerfait c. Bélgica (1987), la Gran Cámara reconstruye los acontecimientos históricos de la progresiva «disociación federal» del ordenamiento constitucional belga, lo que le permite fundar sobre las específicas condiciones políticas del país la legitimidad de las reglas electorales que reservan determinados cargos electivos a los miembros de la comunidad cultural:

Cada sistema electoral debe ser encuadrado a la luz de la evolución política del país a que se refiere; aspectos inaceptables en el marco de un determinado ordenamiento se justifican en otro (§ 54).

Esto son solo los primeros episodios de una serie jurisprudencial consolidada, que se ha reproducido recientemente con tendencias afines. Tomenos, entre otros, el caso Yumak and Sadak c. Turquía (2008), sobre la legitimidad de la barrera electoral del 10% en las elecciones nacionales. Aquí, rechazando las conclusiones de todos los documentos del Consejo de Europa y de la Comisión de Venecia —que situaban en un máximo del 3% la barrera tolerable en relación a la protección de la minoría en el proceso electoral—, el Tribunal salva la legislación turca, con la finalidad de contribuir a la tutela de la estabilidad del gobierno. El peligro de estabilidad política es reconstruido en parte sobre las elecciones de los años cincuenta, en una narración que liga en relación de causa-efecto la fragmentación partitocrática, la inestabilidad de gobierno y la preservación del orden democrático:

Las elecciones de 1950, 1954 y 1957 —en las que se utilizó el sistema electoral mayoritario— no aseguraron un equilibrio entre mayoría parlamentaria y oposición. Este desequilibrio fue una de las principales causas del golpe de estado de 1960. Después de la intervención de las fuerzas armadas, el Parlamento adoptó el sistema electoral proporcional [...] con la finalidad de reforzar el pluralismo y el sistema político. El resultado fue que las elecciones de 1965 y de 1969 determinaron mayorías estables en la Asamblea Nacional, a la vez que se permitió la representación de los partidos minoritarios. Después de las elecciones de 1973 y 1977, los partidos políticos principales no fueron capaces de establecer gobiernos estables, pese a que gozaron de una amplio consenso electoral. Este periodo de inestabilidad gubernamental fue caracterizado por la formación de diversas coaliciones, todas ellas frágiles por la influencia desproporcionada de los partidos minoritarios sobre los partidos de gobierno (§ 44).

En definitiva, cuando es llamado a pronunciarse sobre el reconocimiento del derecho de sufragio activo o pasivo, la valoración del sistema electoral, la modalidad de la organización del procedimiento electoral, o el contencioso electoral, el Tribunal da un amplio margen de apreciación a los Estados en la conformación del proceso electoral dado su contexto específico<sup>13</sup>. Si nos movemos hacia la investigación de «temas recurrentes» en la jurisprudencia electoral, podemos identificar tres pasos de gran importancia: el primero, según el cual la legislación y el sistema electoral «deben siempre ser juzgados a la luz de la evolución política del país»<sup>14</sup>; por tanto, la constatación de que «existen numerosas formas de organización y funcionamiento del sistema electoral y una multitud de diferencias en Europa determinada por la evolución histórica, la diversidad cultural y el pensamiento político, de manera que corresponde a cada Estado contratante incorporar su propia concepción de la democracia»<sup>15</sup>; en fin, la conclusión

<sup>13</sup> F. BOUCHON, «L'influence de cadre historique», *op. cit.*, pp. 164-5, en especial notas. 34-39, con ulteriores indicaciones jurisprudenciales.

<sup>14</sup> Al respecto la citada sentencia *Matthieu-Mohin and Clearfays c. Bélgica* (1987).

<sup>15</sup> A partir de *Hirst c. Reino Unido* (2004).

de que «aspectos inaceptables en el marco de un determinado ordenamiento se justifican en otro»<sup>16</sup>.

Esta última afirmación está confirmada en la jurisprudencia reciente *Grosaru c. Rumanía* (2010), en la cual el Tribunal declaró incompatible con la Convención el sistema del contencioso electoral rumano, confiado íntegramente a la verificación parlamentaria. El Tribunal —después de haber afirmado la carencia de imparcialidad de este tipo de control parlamentario sobre la validez de las elecciones, en sintonía con las advertencias de la Comisión de Venencia— se pregunta si este juicio debe ser igual para los restantes países contrayentes que poseen un sistema similar (Italia, Bélgica y Luxemburgo), dando una respuesta negativa, que salva la verificación parlamentaria sobre el siguiente argumento:

Estos tres países gozan de una larga tradición democrática que lleva a disipar las dudas sobre la legitimidad de tal práctica (§ 28).

Un argumento que no es convincente y que no satisface ni la exigencia de una tutela rigurosa de los derechos fundamentales, ni la necesaria precisión de la reconstrucción histórica; parece más bien inspirada en razones de deferencia en favor de los Estados.

#### 4. LA INSUFICIENCIA DEL ARGUMENTO HISTÓRICO (EL CASO *SEJDIĆ AND FINCI C. BOSNIA-HERZEGOVINA*)

Ciertamente, la reconstrucción del contexto histórico y la especificidad nacional no siempre conducen a salvar las normas estatales<sup>17</sup>: en *Matthews c. Reino Unido* (1999), el Tribunal condenó al Estado por excluir a los residentes en Gibraltar del sufragio activo al Parlamento europeo, apartándose del citado precedente del 82, dado en el caso de la Isla de Jersey. Por otro lado, en el 2004, la «fidelidad ciega y automática a la tradición histórica» no salva al Reino Unido de una condena a resultas de la norma que exclu-

<sup>16</sup> De nuevo, cfr. *Matthieu-Mohin and Clearfays c. Bélgica* (1987).

<sup>17</sup> F. BOUCHO, «L'influence de cadre historique», *op. cit.*, p. 166.

ye siempre y en todo caso los derechos electorales de las personas sometidas a una pena de privación de libertad (Hirst c. Reino Unido, 2004)<sup>18</sup>. Y llamado a pronunciarse sobre las condiciones del derecho al voto de la población turca de Chipre —impedido sustancialmente por el régimen de separación de la Constitución chipriota y de la ocupación militar turca del norte de la isla— el Tribunal condenó a Chipre:

Aunque el Tribunal recuerda que los Estados gozan de una notable amplitud al establecer reglas que, compatibles con su sistema constitucional, regulen las elecciones parlamentarias y la composición del parlamento, y que los criterios relevantes pueden variar en razón de los factores históricos y políticos peculiares de cada Estado, estas reglas no deben excluir de la participación en la vida política a personas o grupos de personas y en especial de la elección del órgano legislativo, un derecho, éste, garantizado tanto por la Convención como por la Constitución de todos los Estados contrayentes (Aziz c. Chipre, 2004, 28).

Más recientemente, Moldavia ha sido condenada por una legislación que reservaba el sufragio pasivo a los que poseyeran exclusivamente la ciudadanía moldava (Tânase c. Moldavia, 2010). En este caso, el Tribunal recuerda que «consideraciones históricas y políticas particulares pueden justificar medidas más restrictivas» (§ 172), y luego se detiene en la «situación particular de Moldavia», reconstruyendo la historia nacional a partir del medievo (§ 173), si bien concluye que se ha vulnerado el artículo 3 del Protocolo «pese al contexto histórico y político específico de Moldavia» (§ 180)<sup>19</sup>.

No obstante, el caso más relevante para ejemplificar cómo la apreciación del contexto histórico no siempre orienta las decisiones del Tribunal hacia la tolerancia frente a las restricciones estatales de los derechos fun-

<sup>18</sup> «[...] La Corte considera que un Estado contratante no puede invocar su margen de apreciación para justificar restricciones del derecho de voto que no han sido objeto de un debate profundo en los órganos legislativos y que derivan esencialmente de una fidelidad ciega y automática a la tradición histórica» (§ 14).

<sup>19</sup> F.R. DAU, «Il diritto a elezioni libere tra attivismo della Corte EDU e argomenti storici: in merito alle pronunce Tanase c. Moldavia e Aliyev c. Azerbaijan», *diritticomparati.it* (mayo 2011).

damentales, se halla en *Sejdiæ and Finci c. Bosnia-Herzegovina* (2009), un caso de extraordinario impacto en la opinión pública internacional, en el que quizás se verifica un desequilibrio al minusvalorarse el contexto histórico. Los recurrentes son dos ciudadanos bosnios que impugnan la exclusión del sufragio pasivo al Parlamento y a la Presidencia nacional, en razón de su origen gitano y hebreo respectivamente. La Constitución bosnia es un resultado del Tratado de paz, fruto de los Acuerdos de Dayton en 1995, que pusieron fin al conflicto yugoslavo, a la vez que introduce una organización federal fundada sobre un riguroso reparto de funciones entre las tres etnias bosnia, serbia y croata, estableciendo una presidencia colegial y la atribución de poderes de veto accionable por parte de los representantes de los componentes étnicos. En razón de este reparto, sólo aquellos que declaran su pertenencia a una determinada comunidad constituyente pueden adquirir el derecho de sufragio pasivo.

El Tribunal no ignora este peculiar modelo de integración étnica constitucionalmente garantizada (§ 6-7) y los acontecimientos de la difícil convivencia entre pueblos<sup>20</sup>, pero considera que ya se ha superado el momento crítico de la génesis de la Constitución (§ 46), concluyendo sobre el carácter discriminatorio de la exclusión de la titularidad de un derecho fundamental, a quien, por pertenecer a una comunidad distinta, no declare su pertenencia a ninguna de las tres comunidades constitutivas.

Para justificar la discordancia entre los éxitos del acuerdo de paz, los jueces citan diversas tomas de posiciones de los organismos internaciona-

<sup>20</sup> «45 [...] El Tribunal hace notar que esta regla de exclusión persigue un fin esencial entre los objetivos generales del Convenio, entre ellos, como expresa el preámbulo, el restablecimiento de la paz. Cuando las normas constitucionales fueron dispuestas, estaba en camino un frágil alto el fuego. Aquellas normas se proponían finalizar un conflicto brutal de genocidio y «limpieza étnica». La naturaleza del conflicto era tal que la solución de «pueblos constituyentes» (señaladamente bosnios, croatas y serbios) era necesaria para asegurar la paz. Esto explica, sin que por ello lo justifique, la ausencia de representación de las otras comunidades (por ejemplo, los gitanos locales y la comunidad hebrea) en las negociaciones de paz y la preocupación de los participantes por garantizar una igualdad efectiva entre pueblos constituyentes en la sociedad post-conflicto».

les e introducen una distinción entre el draft originario de la Constitución, redactado en Dayton por los países mediadores y el texto definitivo, modificado en virtud de las presiones ejercitadas por los componentes étnicos. Es interesante observar que esta deslizante distinción está sostenida en citas de la literatura relativa al acuerdo de Dayton (§ 13-14), es más, en toda la jurisprudencia considerada es el único caso en que son explicitadas las fuentes de la reconstrucción histórica acogidas por el Tribunal.

Pero los votos particulares golpean el corazón del razonamiento del Tribunal, subrayando la carencia reconstructiva del contexto histórico y el escaso nivel que se le confiere: según los jueces Mijović y Hajić, el Tribunal «ha errado en su análisis del contexto histórico y de las circunstancias que impusieron la adopción de la Constitución de Bosnia-Herzegovina»; según el juez Bonello, «el Tribunal tira la historia por la ventana» y así «separa a Bosnia-Herzegovina de la realidad de su propio pasado reciente»:

Con el debido respeto al Tribunal, la sentencia me parece un ejercicio de estilo completamente separado de la realidad, que no toma en consideración los ríos de sangre que han fertilizado la Constitución de Dayton. El Tribunal ha preferido agarrarse a sus propias negaciones aseguradoras, antes que abrir la puerta a la dura realidad que queda afuera. Quizá ello explique por qué en la narración de los hechos, la sentencia rechaza referirse siquiera superficialmente a la tragedia que han precedido a Dayton y que se terminaron exclusivamente gracias a Dayton. El Tribunal, deliberadamente o no, ha expulsado de su propia versión no la superficie, sino el centro de la historia balcánica.

Y con referencia a la cuestión central, en verdad se ha de considerar superado el momento crítico post-bélico que había justificado la medida recurrida —Mijović y Hajić se oponen al análisis de la mayoría, mientras Bonello critica tanto el análisis como la misma legitimidad del Tribunal para juzgar la transición histórica:

Yo rechazo el razonamiento con el que el Tribunal ha considerado que la situación en Bosnia-Herzegovina ya ha cambiado y que el delicado equilibrio tripartito ya no es necesario. Puede ser así, y espero que lo sea. En mi opinión, sin embargo, una institución judicial alejada del corazón del disenso

no puede ser el mejor juez. Frente a los acontecimientos revolucionarios y traumáticos, no corresponde al Tribunal establecer, mediante un proceso de divinización, cuándo se ha entrado en el periodo de transición y cuándo se ha superado un estado de emergencia nacional y la situación ha vuelto a la normalidad. Dudo de que el Tribunal esté mejor posicionado que las autoridades nacionales para establecer cuándo se han cicatrizado las fracturas existentes, aplacado los resentimientos históricos y armonizado los resentimientos entre generaciones.

## 5. LA FUGA DEL PASADO COMUNISTA

Pese a la importancia de esta última decisión, los casos en los que el Tribunal supera la especificidad histórica son todavía minoritarios respecto a la tendencia a la salvaguardia de un amplio margen de apreciación estatal en materia electoral. Lo vemos con mayor nitidez en la jurisprudencia relativa a los procesos de transición política en los países pertenecientes al viejo bloque comunista, donde el recurso al argumento histórico resulta central y controvertido, al punto de que el Tribunal expone su verdadera «doctrina» acerca del uso de la historia en la jurisprudencia.

En *Rekvéniy c. Hungría* (1999) se debate sobre la conformidad con la Convención de la norma constitucional, introducida en el 1994, que impide la participación en la vida política de los agentes de policía, en razón de la vinculación del cuerpo de policía con el régimen comunista anterior. Según el Tribunal, «la historia particular de algunos Estados contratantes» puede justificar restricciones de las libertades políticas de ese tipo, para así consolidar la salvaguardia de la democracia (§ 46). En la reconstrucción del Tribunal, la historia de la Hungría comunista prueba la estricta adherencia del cuerpo de policía con el régimen:

El Tribunal observa que entre 1949 y 1989, Hungría ha estado gobernada por un partido único. La adhesión al partido en muchos círculos sociales era una premisa para la manifestación de adhesión al régimen. Esta expectativa todavía estaba más marcada en el ámbito de las fuerzas armadas y de la policía, en donde la pertenencia al partido de la mayoría del personal garantizaba que la voluntad del partido fuese inmediatamente aplicada.

Y este es el vicio que las normas sobre la neutralidad de la policía quieren prevenir (§ 47).

En *Ždanoka c. Letonia* (2006), la Gran Cámara considera conforme al Convenio la ley letona que excluye del electorado pasivo a personas pertenecientes al partido comunista antes de 1991, restricción que debe ser encuadrada, según afirma el Tribunal, en el «contexto histórico-político específico», de lo que deriva un amplio margen de apreciación estatal (§ 121):

Aunque tales medidas difícilmente podrían ser consideradas aceptables en ciertos sistemas políticos, por ejemplo, en un país que lo ensalza un conjunto estable de instituciones democráticas con decenios y siglos de historia, son todavía aceptables en Letonia, en razón del contexto histórico-político que ha llevado a su adopción y en consideración del reto que supone para el nuevo orden democrático el resurgir de ideas que si se les deja ganar terreno libremente, estarían en condiciones de restaurar el viejo régimen (§ 133).

En el caso concreto, es la propia interpretación del contexto histórico la que se disputa: de hecho, la recurrente llama al Tribunal a estimar la interpretación elaborada por la autoridad nacional a la luz de los hechos de la primavera de 1991, caracterizada por el intento soviético de reprimir la independencia lituana y la responsabilidad del partido comunista lituano en aquellos acontecimientos<sup>21</sup>. A diferencia de Rekvénny, el contexto ya no es un elemento objetivo reforzador, al margen de cualquier cuestión, y que ofrece a la jurisprudencia un sólido asidero retórico para la solución de una

<sup>21</sup> Las partes divergen sobre quién es el responsable de las muertes ocurridas en Vilnius entre el 12 y el 13 de enero de 1991. Según el Gobierno recurrente, el Partido comunista es el responsable directo de aquellas muertes, ocurridas en un momento en el que las tropas soviéticas tenían un control pleno y efectivo. La otra parte rechaza la versión del Gobierno, afirmando que la agresión de la armada soviética contra el Gobierno y el pueblo no es cierto; en este sentido, presenta una copia de un artículo de prensa ruso, en el cual se afirma que son los propios independentistas lituanos los que abrieron fuego contra la masa con la intención de desacreditar al ejército soviético (§ 21).

controversia. Al contrario, ahora conforma el terreno de la disputa. Por ello, la necesidad de explicitar de manera rápida su doctrina sobre el uso de la historia:

El Tribunal, en todo lo que sea posible, se abstendrá de pronunciarse sobre cuestiones relativas a los hechos puramente históricos, que no entran bajo su jurisdicción; si bien puede aceptar algunas verdades aclaradas («well-known historical truths») y basar sobre ellas su argumentación (§ 96).

Avalando la interpretación de hechos históricos dados por la autoridad judicial nacional y justificando la medidas estatales restrictivas, la Gran Cámara se aparta de la decisión de las Sección (*Ždanoka c. Letonia* (2004), en la cual la restricción del derecho de sufragio pasivo se consideró justificada en los primerísimos años sucesivos a la independencia letona, pero desproporcionada una vez pasados muchos años. Retorna con fuerza, como se ve, el problema de la «duración» de la transición, como exponen los jueces Mijović y Hajiyev en el caso *Sejdić*.

Apenas dos años después, la sentencia *Ādamson c. Letonia* (2008), vuelve sobre el tema, circunscribiendo el valor de *Ždanoka*. En *Ādamson*, el análisis del contexto histórico es mucho más profundo y asume el máximo nivel, pero no conlleva la justificación de una medida restrictiva general del sufragio pasivo frente a los agentes del KGB durante el régimen soviético<sup>22</sup>. Y, de hecho, aunque el KGB es considerado «el órgano principal

<sup>22</sup> En este caso, el recurrente es un ex oficial de la marina militar soviética —dependiente del KGB— que, en el momento de la independencia, entra en la marina militar letona, apenas establecida, convirtiéndose pronto en una figura de primer plano. Posteriormente inicia una carrera política, desempeñando el cargo de Ministro del interior. Electo como parlamentario a partir del año 1995, adquiere un papel central en el partido socialdemócrata, en la oposición, presidiendo a su vez una comisión de investigación sobre supuestos casos de pedofilia en el que estarían implicados miembros del gobierno. Es en ese momento cuando se concluye un largo procedimiento judicial que prueba cómo durante su servicio en el servicio soviético, *Ādamson* fue miembro del KGB. Por tanto, a partir de las elecciones de 2002 es excluido de las listas electorales. Además, privado de la inmunidad parlamentaria, es sometido a un procedimiento penal por delito de difamación en el ejercicio de su cargo de presidente de la comisión de investigación sobre crímenes de pedofilia.

de seguridad pública de la antigua Unión Soviética» (§ 120), el Tribunal considera que:

En un Estado totalitario que, por definición, tiende a cubrir y controlar todos los ámbitos de la vida, es muy difícil, si no imposible, sustraerse de la presión del régimen. Por eso, todos aquellos que no hayan elegido la vía de la resistencia —y se trata, como es obvio, de la mayoría de la población— son conducidos, de un modo u otro, a participar en la vida pública controlada por la autoridad (§ 122).

Por esta razón, la restricción de los derechos políticos de los agentes del KGB prevista en la ley letona, está «definida de manera demasiado genérica» (§ 125), y puede aplicarse sólo a personas de las cuales se ha probado, caso por caso, un papel activo de amenaza al orden democrático. El contexto histórico es reconducido aquí a su ambivalencia y problemática: ni condena ni absuelve, sino que invita a valorar caso por caso.

Una pieza posterior referida al redimensionamiento del peso de la historia respecto a las tradiciones democráticas en los países ex comunistas se halla en el caso *Linkov c. República checa* (2006). La sentencia responde al recurso de un dirigente perteneciente a un partido político de inspiración liberal a quien se le ha prohibido el registro en razón de los fines perseguidos, que consiste en el rechazo del comunismo y el rechazo de la continuidad del Estado respecto al periodo comunista. El estatuto del partido, en especial, discutía el contenido de la legislación checa adoptada en la transición democrática, dirigida a salvaguardar la continuidad del Estado con el pasado comunista<sup>23</sup>, y proponía medidas penales retroactivas, con la fi-

<sup>23</sup> En el mismo sentido, si bien referido a la ley sobre la irretroatividad penal adoptada durante la transición húngara, J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, (2004), il Mulino, Bologna, 2008, pp. 10-1. Un acercamiento totalmente original es el de la legislación relativa a la reconciliación en la transición surafricana, A. LOLLI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 161 y ss., en especial pp. 201-5; R. UITZ, *Constitutions, Courts and History, op. cit.*, pp. 204 y ss.). Para un marco general del problema, véase el volumen de J. ELSTER ya citado; también R.G. TEITEL, «Transitional Justice Genealogy», *Harv. Hum. Rights Jour.*, 16 (2003), en especial pp. 78 y ss.

nalidad de sancionar conductas imputables al anterior régimen, que eran tenidas por impunes.

En el fondo de la cuestión, como es evidente, está el problema de garantizar el acuerdo de compromiso con el pasado régimen comunista, alcanzado en la fundación del nuevo ordenamiento democrático. Estimando el recurso del partido, el Tribunal excluye que un acuerdo de paz basado sobre el principio de irretroactividad de la ley penal respecto a los crímenes comunistas pueda alegarse para limitar la libertad de comunicación.

Incluso reconociendo en dos pasajes que la decisión no puede dejar de «tener en cuenta el contexto histórico y político de la cuestión» (§ 37 y 42), el Tribunal excluye pronunciarse sobre los «hechos acontecidos en el territorio de Checoslovaquia entre 1948 y 1989» (§ 42). Pero recuerda, también a través del auxilio de los trabajos preparatorios del Convenio, que las excepciones admisibles al principio de retroactividad de la ley penal responden, entre otras cosas, a la exigencia de impedir áreas de inmunidad penal respecto a los crímenes contra la humanidad, aceptando como lícito, por tanto, un proyecto dirigido a discutir las culpas del pasado.

Así las cosas, la sentencia Linkov da continuidad a los precedentes que representan los casos Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania (2001), relativo a la legitimidad de las condenas dictadas por los tribunales alemanes tras la reunificación, respecto a los dirigentes del partido socialista de la disuelta República democrática alemana. Acusados de haber incitado a los alemanes —con actos normativos, órdenes, encomios, premios y promociones— al asesinato de aquellos que intentaban la fuga del país y al establecimiento de campos de minas en torno al muro de Berlín, los recurrentes pretendían la aplicación de la ley vigente en el momento de los hechos, y, por tanto, también de las normas sobre la seguridad nacional, que tenían efectos despenalizantes respecto a su conducta. El Tribunal resolvió los dramáticos hechos reconociendo el derecho de «un Estado guiado por el principio del estado de derecho de iniciar procedimientos penales contra personas acusadas de crímenes cometidos bajo el régimen precedente» (§ 81). Según el Tribunal,

estos Estados, habiendo ocupado el lugar de aquellos que los precedieron, no pueden ser criticados porque aplican e interpretan, a la luz del estado

de derecho, las previsiones legislativas vigentes en la época de los hechos (§ 81)

De este modo se convalida la interpretación del principio de derecho aplicada al caso por los tribunales nacionales y orientada a la prevalencia de la vida humana, incluso del mismo derecho natural, antes que las exigencias de la seguridad del Estado y de la obediencia al derecho vigente<sup>24</sup>.

En las sentencias Adamson y Linkov se hace evidente la superación de los argumentos usados en la sentencia Rekvénny y Ždanoka, en donde el contexto de transición justificaba restricciones estatales de derechos: la legislación adoptada en el ámbito de la transición, fruto de delicados equilibrios legitimantes, deja de ser objeto de protección absoluta, y las razones de la historia pierden su potencia argumentativa: en la estrategia del Tribunal, los granos de savia que bajan de la clepsidra de la historia no se pierden en el vacío, sino que caen en el plato de la balanza en el cual residen los derechos de libertad, desplazando los precarios equilibrios alcanzados en el curso de la transición nacional hacia el saldo anclado a un sistema de garantías<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> El problema del derecho aplicable en los casos de justicia de transición (que no conlleva tan sólo la alternativa entre condena y amnistía de crímenes cometidos por parte de los exponentes del régimen cesado, sino también la alternativa entre condena y justificación de las conductas ilícitas de resistencia) es discutido en el trabajo fundamental de G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milán, 2001, que reconstruye, entre otras cosas, los hechos procesales de los delitos de homicidio de los fugitivos en la Alemania oriental, (pp. 68 y ss., en especial 85 y ss.).

<sup>25</sup> En este sentido M. RUBECHI, «I diritti politici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», en L. Mezzetti - A. Morrone (editores), *Lo strumento costituzionale*, cit., pp. 441-2.

Sobre la importancia «del paso del tiempo» para la jurisprudencia del Tribunal, cfr. —en un ámbito diverso— la sentencia Édition Plon c. Francia (2004), § 53. Más en general, sobre la influencia de la «evolución de la ciencia y la sociedad», en la adecuación interpretativa del Convenio, M. DELMAS MARTY, «Fecondità delle logiche giuridiche sottese ai metodi interpretativi della Corte europea», en Id. (editores), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, op. cit., p. 353.

## 6. PRINCIPIO DE LAICIDAD Y TRADICIONES HISTÓRICAS

Un ámbito posterior en el que la argumentación histórica asume una vasta importancia es el de la libertad religiosa, de conciencia y el principio de laicidad. Aquí, el encuadramiento histórico se mueve en una doble exigencia argumentativa: de un lado, contextualizar la controversia en una cultura específica fruto de la peculiaridad de cada experiencia nacional cuando articula la relación entre religiones y esfera pública; de otro, y más estratégicamente, el énfasis sobre el específico contexto histórico abre la vía al reconocimiento de un amplio margen de apreciación estatal, por tanto, a operaciones de justificación de medidas restrictivas de la libertad fundamental<sup>26</sup>.

En *Dogru c. Francia* (2008), la premisa de la motivación de la sentencia es la concepción francesa del principio de laicidad, fundamento de la República, radicado en la Declaración de 1789:

En Francia, el ejercicio de la libertad religiosa en una dimensión pública, y más en particular la cuestión de los símbolos religiosos en la escuela, está directamente conectada con el principio de laicidad, sobre el que se funda la República francesa.

Vinculado a una antigua tradición francesa, el concepto de laicidad hunde su origen a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en cuyo artículo 10 se prevé que «nadie será molestado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no perturbe el orden pú-

<sup>26</sup> En este sentido, es obligado reenviar a la sentencia *Otto Preminger Institute c. Austria* (1994). Pero se repiensa con precisión —siempre referido al contexto austriaco— en la sentencia *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria* (2007), en la que el Tribunal considera lesiva de la libertad de expresión en el ámbito artístico la censura de un cuadro que representaba personajes públicos y altas autoridades religiosas implicadas en ritos orgiásticos (es cierto, sin embargo, que la libertad artística no se oponía en este caso a la moral pública, sino a la reputación de uno de los sujetos implicados).

Los diversos efectos de la «contextualización cultural» en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo son discutidos en F. HOFFMAN y J. RINGELHEIM, «Par delà l'universalisme et le relativisme: la Court européenne des droits de l'homme et le dilemme de la diversité culturelle», *Rev. interdisc. d'études jur.*, 52, 2004, en especial pp. 119 y ss.

blico establecido en la ley» [...]. Pero la verdadera clave de bóveda de la laicidad francesa es la ley de 9 de diciembre de 1905, conocida como ley sobre la separación entre Estado e Iglesia, que señaló el final de un largo conflicto entre republicanos, nacidos con la revolución francesa, y la iglesia católica (§ 17-18).

La misma función de sostenimiento y confirmación del ligamen inescindible entre el principio de laicidad y la tradición histórica nacional, se halla en el pronunciamiento relativo a la prohibición de exposición de símbolos religiosos en Turquía. El más conocido es el caso Leyla Şahin c. Turquía (2005), en la cual la Gran Cámara reconstruye el papel del principio de secularidad en el origen de la construcción del Estado nacional turco para llegar a afirmar que en el contexto turco, el secularismo representa la garantía de los valores democráticos, narración que adquiere a ratos tonos enfáticos e ideológicos, de claro valor retórico respecto a la finalidad de tipo persuasivo:

La República turca ha sido fundada sobre el principio de laicidad del Estado. A caballo entre la proclamación de la República de 29 de octubre de 1923, la esfera pública y la esfera religiosa han sido separadas mediante una serie de medidas revolucionarias: la abolición del califato del 3 de marzo de 1923; la derogación de la norma constitucional que declaraba el islam religión de Estado el 10 de abril de 1928; y, en fin, el 5 de febrero de 1937, la revisión constitucional que confería fuerza constitucional al principio de laicidad (cfr. el artículo 2 de la Constitución de 1924 y el artículo 2 de la Constitución de 1961 y de 1982).

El principio de laicidad ha tomado forma en el desarrollo de la sociedad otomana durante el periodo incluido entre el siglo diecinueve y la proclamación de la República. La idea de crear una sociedad pública moderna en la que la igualdad fuese garantía de todos los ciudadanos sin distinción basada en la religión, títulos, o el sexo, ya fue promovida en la opinión pública otomana durante el siglo diecinueve. En este periodo se alcanzaron progresos importantes para los derechos de las mujeres (igualdad en la educación, la introducción de la prohibición de la poligamia en 1914, o la transferencia de la jurisdicción sobre controversias matrimoniales a las cortes civiles).

El aspecto característico del ideal republicano ha sido la presencia de la mujer en la vida pública y su participación activa en la sociedad. Consiguen-

temente, la idea de que las mujeres deberían ser liberadas de los vínculos religiosos y de que la sociedad debería ser modernizada tiene un origen común (§ 30).

En estos casos, por tanto, la tradición laica nacional justifica restricciones de derechos de libertad religiosa. Pero la tradición nacional es apreciada y protegida también cuando funda posiciones preferentes de determinadas religiones en la esfera pública, con sacrificio de la libertad de conciencia y del principio de no discriminación. Por ejemplo, en *Folgerø and Others c. Noruega* (2007), el Tribunal, pese a estimar el recurso de algunos padres que se quejaban de la enseñanza obligatoria de la religión luterana en la escuela, no renuncia a formular un principio general según el cual

En razón al puesto que ha ocupado el cristianismo en la historia nacional y en la tradición del Estado contratante, debe considerarse que [la enseñanza de la religión] recae en el margen de apreciación del Estado contratante a la hora de formular el currículum escolar (§ 89).<sup>27</sup>

En la conocidísima *Lautsi c. Italia* (2011), la Gran Cámara, moviéndose desde el presupuesto de que Europa «está marcada por una gran diversidad entre los Estados que la componen, en particular en la esfera del desarrollo histórico cultural», afirma «que la decisión de perpetuar o no una tradición recae en el principio del margen de apreciación estatal»<sup>28</sup>.

En realidad, también aquí, como ya en el caso *Folgerø*, la reconstrucción del contexto histórico es lánguida y puramente formalista, osificada en un elenco de normas sucedidas en el tiempo y en sustancia coincidente con la versión dada por el Gobierno que es parte. Mientras, en las sentencias antes citadas, en las que se trataba de fundar una tradición de laicidad nacional, el Tribunal se empeña en una reconstrucción histórica persuasiva; sin embargo, cuando debe justificar la persistencia de posiciones preferen-

<sup>27</sup> Para una crítica al pasaje de esta sentencia, A. VESPAZIANI, «Libertà di insegnamento della religione e margine di apprezzamento: liberalismo político o teocrazia costituzionale?», comunicación presentada al Congreso *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti* (Università di Perugia, 17 noviembre 2011).

<sup>28</sup> *Lautsi c. Italia* (2010), § 68.

tes de confesiones religiosas individuales, se limita a invocar la tradición histórica nacional, evitando legitimarlas como tradiciones compartidas, y más bien confinándolas a la historia particular del Estado contratante, en un contexto dominado por la heterogeneidad.

Esta ambivalencia del argumento histórico permite distinguir los diversos usos de la tradición histórica en los casos atinentes al problema de la laicidad: a veces, es el Tribunal el que contribuye a fundar tradiciones coherentes con valores constitutivos del Convenio; a veces, en cambio, las tradiciones históricas nacionales son un obstáculo que impide la difusión de los derechos fundamentales e impone la conciencia de exigencias contextuales. En el caso *F. c. Suiza* (1987), por ejemplo, se discutía una norma del Código Civil que autorizaba una prohibición de contraer matrimonio por un periodo de tres años a una mujer adúltera divorciada. Pese al amplio consenso europeo, el Tribunal rechazó homogeneizar el tratamiento del adulterio porque la materia del matrimonio está «estrechamente ligada a las tradiciones culturales e históricas de cualquier sociedad» (§ 33), concluyendo, sin embargo, que el derecho había sido violado por la gravedad de la lesión.

## 7. INTERROGANTES EN EL USO DEL ARGUMENTO HISTÓRICO

En todos estos filones jurisprudenciales, por tanto, la reflexión sobre el contexto cultural nacional se estira hasta la consideración de la historia nacional, para encuadrar en los procesos históricos las razones de determinadas leyes y medidas estatales, así como las razones de las exigencias, reivindicaciones y comportamientos singulares o de grupo. A veces la historia se presenta con los ropajes de una tradición conspicua, que merece ser comprendida y respetada; a veces, en cambio, asume la dimensión de una historia política reciente, de un proceso de transición que todavía no se ha consolidado, que contextualiza y justifica ambigüedad, retrasos y contradicciones de la legislación vigente<sup>29</sup>. Más que componer una mero vértice

<sup>29</sup> F. BOUCHON, «L'influence de cadre historique», *op. cit.*, pp. 155-6.

cultural al que dirigirse para «embellecer» la sentencia o hacerla más persuasiva, el argumento histórico a menudo termina fijando el sentido de la decisión del caso concreto y, en la mayor parte de los casos, justifica y legitima medidas estatales restrictivas de derechos fundamentales, individualizando mediante la reconstrucción histórica razones «contextuales» prevalentes sobre la afirmación objetiva de principios con vocación universal.

En este sentido, el uso del argumento histórico presenta similitudes con un cierto uso del argumento comparativo, cuando de la multiformidad de soluciones jurídicas y de contextos sociales de los Estados adheridos se constata la imposibilidad de soluciones consensuadas e intermedias, con la consiguiente expansión del margen de apreciación<sup>30</sup>.

Por otro lado, de la casuística de los diversos «usos» posibles de la historia por parte de la jurisprudencia de Estrasburgo descienden interrogantes sucesivos; cuando el Tribunal sintetiza en pocas líneas de motivación una experiencia histórica compleja, frecuentemente controvertida, para extraer una reflexión con pretensiones de objetividad sobre los caracteres fundamentales de un ordenamiento, ¿qué tipo de investigación histórica ha realizado? ¿con qué profundidad? ¿Qué fuentes ha preferido en esa reconstrucción de la historia nacional, y qué espacio ha conferido a las otras historias, las historias de los vencidos, las historias alternativas? Con referencia a casos que implican la transición a democracias «recientes» o «frágiles», en particular, ¿no se corre el riesgo de objetivar, detrás de la etiqueta de la tradición histórica, cuestiones controvertidas, todavía abiertas, acerca del pa-

<sup>30</sup> G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 115 y ss. En estricta sintonía con las funciones del argumento histórico, el argumento comparativo funda «instancias de reconocimiento equitativo de las situaciones jurídicas protegidas» (p. 117) y determina «el paso de un espacio normativo, tendencialmente uniforme [...] a otro espacio heterogéneo, culturalmente pluralista (p. 121, cursiva en el texto). En una acercamiento meramente realista y minimalista, «el análisis comparado pierde su capacidad transformativa al limitarse a dar cuenta de una diversidad irreconciliable y paralizante (p. 178).

Cfr. asimismo F. HOFFMANN-J. RINGELHEIM, *Par delà l'universalisme et le relativisme, op. cit.*, 122-3: «La diversité culturelle constitue dès lors [...] une cause d'incertitude, qui la contrainte à faire preuve de une plus grande déférence».

sado y de la memoria colectiva? ¿Y no se sustraen del debate público premisas ideológicas no del todo compartidas en la memoria? ¿No acaban los jueces de Estrasburgo seleccionando valorativamente «una» tradición respecto de «otras», contribuyendo al consolidación de una memoria histórica que no ha sido necesariamente afirmada o compartida, condicionando el futuro, antes que el pasado de una Nación? <sup>31</sup>.

Pero, sobre todo: ¿qué idea de Europa surge del recurso argumentativo a las tradiciones e historias nacionales? No puede dejar de señalarse, en efecto, cómo las tradiciones históricas en la perspectiva del Tribunal de Estrasburgo fundan identidades culturales definidas y surcan fracturas de la civilización europea, espacios de incomunicación en los que radican y fermentan los márgenes de apreciación del Estado <sup>32</sup> —esa tradición histórica, primero en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, y luego en los Tratados, han desempeñado una finalidad fundamental de integración, descubriendo procesos de autocomprensión orientados a una idea de Europa y derechos hacia la construcción de un patrimonio común de valores <sup>33</sup>. Esto supone una brusca inversión de los significados y funciones respecto al proyecto prefigurado en el preámbulo del Convenio de un

<sup>31</sup> Sobre la creatividad y la valoración de las «tradiciones» históricas es necesario referirse a E.J. HOBSBAWM, «Come si inventa una tradizione», en E.J. Hobsbawm - T. Ranger, *L'invenzione della tradizione*, (1983), Einaudi, Torino, 1987, pp. 3-17. Véase también E.J. HOBSBAWM, *Nazioni e nazionalismo*, (1989), Einaudi, Torino, 1991 (donde describe el proceso de creación de las tradiciones nacionales) y T. TODOROV, *Gli abusi della memoria*, (1995), Ipermedium, Napoli, 2001, (que desvela el carácter selectivo de los procesos de construcción de la memoria colectiva y de las tradiciones históricas, como también la vigencia estratégica y el uso de la memoria y de la remoción de la historia).

<sup>32</sup> Sin embargo, es cierto, en corrección parcial de este juicio, que en otras ocasiones el Tribunal ha afirmado que «la diversidad de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas culturales, de las convenciones religiosas y de las ideas y conceptos artísticos, literarios y socio-económicos» funda el principio de pluralismo (*Gorzelik ed altri c. Polonia* 2004), § 56). Sobre este punto es esencial, F. HOFFMANN-J. RINGELHEIM, *Per delà l'universalisme et le relativisme*, op. cit., p. 135.

<sup>33</sup> En este sentido, P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 52 y ss., 171-5, 233-40.

orden público europeo fundado sobre «un patrimonio común de tradiciones e ideales».

## 8. NEGAR LA VERDAD HISTÓRICA: UN ABUSO DEL DERECHO

Se trata de interrogantes que resurgen si uno se apresta a realizar un análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre los casos de negacionismo histórico. De aquí emerge la verdadera concepción de la historia que poseen los jueces de Estrasburgo, que por muchos caminos explicita opciones inspiradas en el uso de la argumentación histórica.

El Tribunal, enfrentado a la valoración de la compatibilidad del Convenio con las medidas estatales de tipo penal dirigidas a reprimir penalmente la formulación de opiniones reconducibles al negacionismo del Holocausto<sup>34</sup>, ha evitado tratar estos temas según la perspectiva del artículo 10 del Convenio, desplazando la controversia al terreno de la prohibición del abuso del derecho<sup>35</sup>. Un canon este último, en receso dentro de la jurisprudencia europea<sup>36</sup>, que emerge como técnica excepcional en el tratamiento de estos casos, con el fin de sacar al Tribunal de operaciones de ponderación de la libertad de expresión y excluir cualquier exigencia de contextualización de las opiniones negacionistas en un debate público, midiendo las opinio-

<sup>34</sup> Al respecto, M. MANETTI, «Libertà di pensiero e negazionismo», en M. Ainis (editor), *Informazione, potere, libertà*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 41 y ss.; A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa: “Eichmann di carta” e repressione penale», *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/06, pp. XIII y ss., más recientemente, O. POLLICINO, «Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi», en *Dir. umani e dir. int.*, 5, 2011, pp. 85 y ss.

<sup>35</sup> La operación argumentativa está bien descrita por E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e «prassi»*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 126 y ss. Una casuística detallada en M. CASTELLANETA, «La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani», *Dir. umani e dir. int.*, 5, 2011, p. 76, nt. 40-2.

<sup>36</sup> C. PINELLI, «Art. 17», En S. Bartole - Conforti - Raimondi (editores), *Commentario*, cit., pp. 455 y ss.

nes negacionistas respecto al canon objetivo de hechos históricos definitivamente aclarados, que ya no son objeto de indagación histórica.

La Comisión, en *X c. Republica federal alemana* (1982), ya había considerado el contraste del negacionismo del Holocausto con «hechos históricos notorios, establecidos con certeza en pruebas aplastantes de todo tipo», en *Maris c. Francia* (1996), la negación de los hechos históricos definitivamente aclarados no es tan sólo idónea para determinar la lesión de derechos de terceros, sino que «contrasta con valores basilares del Convenio, establecidos en el Preámbulo, especialmente la paz y la justicia [...] y pueden contribuir a la destrucción de los derecho de libertad garantizados en el Convenio».

Todavía de un modo más explícito en *Lehideux et Isorni c. Francia* (1998) se afirma que:

La justificación de una política filo-nazi no puede encontrar protección en el artículo 10 [...]. Existe una categoría de hechos históricos claramente constatados —como el Holocausto— cuya negación o revisión se verá apartada del artículo 17 a la protección el artículo 10 (§ 47 y 53).

En *Garaudy c. Francia* (2003), el Tribunal declara la compatibilidad con la Convención de la Loi Gayssot-Fabius, que prevé el delito de negacionismo del Holocausto, integrándolo mediante la doctrina del Tribunal de Nuremberg, que se eleva así a canon objetivo de verdad histórica<sup>37</sup>:

No hay duda de que poner en cuestión la realidad de hechos históricos claramente fijados, como el Holocausto, al modo como lo ha hecho el recurrente en su obra, no constituye de manera alguna un trabajo de investigación histórica que se aproxime a la investigación de la verdad.

<sup>37</sup> P. WACHSMANN, «Libertà di espressione e negazionismo», *Ragion Pratica*, 12/1999, pp. 57-58, es conocida la especificidad de la formulación de la norma francesa respecto a la legislación de otros países europeos que condenan, de modo más general, el cuestionamiento de los crímenes contra la humanidad. Respecto a la sentencia *Garaudy*, véase mi trabajo A. BURATTI, «L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo: verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei "miti fondatori" del regime democrático», *Giur. it.*, 12/2005, pp. 2243-2247.

Como se ve, en esta línea jurisprudencial, la argumentación del Tribunal se mueve en una concepción de la investigación histórica extremadamente rudimentaria: al declinar las categorías de certeza y de falsedad respecto a los enunciados a través de los cuales expone sus propios resultados, parece ignorar los presupuestos mismos de la investigación historiográfica<sup>38</sup> —que la verdad histórica no es otra cosa que el fruto de una puesta en discusión continua de las verdades dadas por sabidas. Cuando además quisiera tenerse por definitivamente aclarado el contenido material de un evento objeto de investigación histórica, no es de menor importancia que el cambio de la perspectiva del observador, de sus inclinaciones personales, de las demandas que le suscita el material documental del contexto cultural en el que opera, no pueden sino provocar una concepción histórica diferente<sup>39</sup>. La verdad histórica a la que apela el Tribunal de Estrasburgo es, en otras palabras, subjetiva y relativa, como así lo son las ideas de los hombres y el contexto cultural en el que despliegan sus investigaciones.

El Tribunal, cuando no trata sobre la hipótesis de la negación del Holocausto, abandona el canon de abuso del derecho y vuelve a expandir el área de aplicación del artículo 10 del Convenio. De este modo, el Tribunal

<sup>38</sup> H.I. MARROU, *La conoscenza storica*, (1954), il Mulino, Bologna, 1962.

<sup>39</sup> M. BLOCH, *Apologia della storia*, Einaudi, Torino, 1950, pp. 40, 52 («El pasado es, por definición, un dato no modificable. Pero la conciencia del pasado es una cuestión *in fieri*, que se transforma y se perfecciona incesantemente, p. 60). P. RICOEUR, *Histoire et vérité*, Seuil, Paris, 1955, 3.<sup>a</sup> ed., pp. 23 y ss.; H.I. MARROU, *La conoscenza storica*, *op. cit.*, p. 54: «la historiia es el resultado de la actividad creadora del histórico que —sujeto conociente— establece una relación entre el pasado evocado y su presente». De acuerdo con esta perspectiva metodológica se entienden las famosas palabras de B. CROCE, *Teoria della storiografia*, *op. cit.*, p. 14, «cada historia verdadera es historia contemporánea». En efecto, Croce, sostenía que «todo se puede reformar en la historia, y la historia, a cada instante, se trabaja en su perfeccionamiento, esto es, en el propio enriquecimiento y profundización, y no hay una historia que se contente plenamente, porque nuestras construcciones generan nuevos hechos y nuevos problemas, y requiere nuevas soluciones [...] La historia se reforma a sí misma; y el vigor de su desarrollo está en esta sustancia», p. 51. Véase también, R. ARON, *Lezioni sulla storia*, (1989), il Mulino, Bologna, 1997, pp. 121-122, 190, 193; del mismo autor, «Osservazioni sull'oggettività delle scienze sociali», en ID., *La politica, la guerra, la storia*, il Mulino, Bologna, 1992, pp. 541-542, 560, 572

aprecia la irreductible relatividad de la investigación histórica, reconociendo el valor del debate histórico y vinculando una vez más las garantías de apertura y las exigencias de revisión de la tutela que presiden la libertad de expresión. En la ya citada sentencia *Lehideux* —que enjuiciaba escritos dirigidos a la rehabilitación de la figura del Mariscal Pétain— la Gran Cámara afirma:

Los eventos descritos en la publicación objeto de la litis ocurrieron hace más de cuarenta años. Incluso si las palabras de dos de los recurrentes fuesen de tal naturaleza que reanimaran la controversia y renovasen el sufrimiento de la población, el transcurso del tiempo hace que ya no sea oportuno, después de cuarenta años, aplicarles la misma severidad que hace diez o veinte años. Esto forma parte del esfuerzo de cada país para debatir abierta y serenamente su propia historia (§ 55)

Por tanto, renueva la afirmación que ya es robusta jurisprudencia, según la cual:

La libertad de expresión vale no sólo para la información y las ideas aco-gidias favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino tam-bién para aquellas que ofenden, indignan, o turban al Estado o a cualquier parte de la población. Así lo quiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no habría sociedad democrática (§ 55)<sup>40</sup>

Bien visto, no se trata de una revisión de la técnica de juicio relativa al negacionismo. En *Lehideux*, el Tribunal considera que se encuentra frente a un acontecimiento que no implica este tipo de opiniones, pues se trata de una página de la historia francesa disponible a la crítica histórica<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Se trata de una jurisprudencia inaugurada con el asunto *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, § 49, y confirmada en numerosos y significativos casos (entre otros *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda*, 29 de octubre de 1992, § 71 y *l'Arrêt Otto Preminger Institut c. Austria*, 20 de septiembre de 1994, § 49); recientemente en el mismo sentido, véase *Du Roy et Malaurie c. Francia*, 3 de octubre de 2000, § 27.

<sup>41</sup> Al respecto, véanse las observaciones de C. CARUSO, «Ai confini dell'abuso di diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», en L. Mezzetti - A. Morrone (editores), *Lo strumento costituzionale, op. cit.*, pp. 346-8.

La jurisprudencia de Estrasburgo, no obstante, en otros casos ha aceptado meter la controversia en el terreno de la ponderación entre libertad de expresión y limitaciones necesarias en una sociedad democrática, reproduciendo asimismo respecto a los argumentos de crítica histórica, la técnica operativa para las opiniones racistas y discriminatorias. El primer caso en el que se hace evidente esta línea argumentativa es *Chauvy and others c. Francia* (2004), que tenía por objeto una controversia sobre la revisión histórica de los hechos relativos a la resistencia francesa durante la segunda guerra mundial y donde se declara:

La investigación de la verdad histórica es parte integrante de la libertad de expresión [...]. No entra dentro de las funciones del Tribunal arbitrar y definir cuestiones históricas que son objeto de un debate abierto entre históricos sobre los hechos históricos y su interpretación (§ 69).

En esa misma dirección, es interesantísima la reciente *Fatullayev c. Azerbaiyán* (2010), donde el recurrente es un periodista azerbaiyano condenado por la autoridad nacional al haber puesto en discusión, a través de diversos artículos, la versión histórica tradicionalmente aceptada sobre la masacre de Khojaly, perpetrada en 1992 por parte de los ejércitos armenios y rusos contra la población azerbaiyana, que además es uno de los eventos fundantes de la memoria histórica nacional. Respecto a la versión histórica acreditada, él discutió el número de las víctimas y la responsabilidad del ejército azerbaiyano en los hechos.

El Tribunal, desde sus primeras premisas argumentativas, intenta marcar una diferencia entre este caso y los asuntos relativos al negacionismo del Holocausto:

En este juicio, la discusión sobre las afirmaciones del recurrente en torno a los hechos de Khojaly está circunscrita a los fines del caso concreto, que tienen que ver con el control del Tribunal de las restricciones estatales a un debate de interés general, en la medida en que sea útil para determinar si los tribunales nacionales del Estado implicado se han excedido en su margen de apreciación interfiriendo con la libertad de expresión del recurrente. Este juicio no debe ser entendido como expresión de una definición factual o jurídica de los hechos de Khojaly o una mediación entre las reivindicaciones históricas relativas a aquellos eventos (§ 76, las cursivas son mías).

Aquí, los hechos históricos no son una verdad definitivamente aclarada, sino materia de debate y objeto de discusión legítima. El Tribunal, por tanto, no puede resolver el caso casando una y otra versión de los hechos históricos, sino que debe moverse dentro de los criterios que sostienen la aplicación del artículo 10, primero de todos, el respeto al pluralismo:

En razón del hecho de que la Guerra de Nagorno-Karabakh es un evento histórico relativamente reciente que ha comportado una pérdida significativa de vidas humanas y ha creado una notable tensión en la región y que, no obstante, el alto el fuego, el conflicto todavía está en curso. El Tribunal es consciente de las delicadas cuestiones discutidas en el artículo del recurrente. El Tribunal es consciente, sobre todo, de que la memoria de las víctimas de Khojaly está protegida por la sociedad azerbaiyana y que la pérdida de centenares de vidas de civiles inocentes durante los hechos de Khojaly es una fuente de gran dolor para la nación y se considera generalmente como uno de los momentos más trágicos de la historia nacional.

En estas condiciones, es comprensible que la afirmación del recurrente puede ser considerada por el público chocante y ofensiva. Sin embargo, el Tribunal repite que, en consideración con el segundo apartado del artículo 10, la libertad de expresión es aplicable no sólo a las «informaciones» e «ideas» que son acogidas favorablemente y tenidas por inofensivas e indiferentes, sino también a aquellas que golpean, escandalizan e inquietan al Estado o a una parte de la población. Esto exige el pluralismo, la tolerancia y un espíritu de apertura, sin la cual no existe sociedad democrática (§ 86).

La democracia, que desde la perspectiva del artículo 17 es un bien a proteger contra el negacionismo histórico, en la perspectiva del artículo 10 es el fundamento de la libertad de investigación histórica:

La situación en este caso no es la misma que se verifica cuando la protección del artículo 10 se desplaza en virtud del artículo 17 a causa de la negación o de la revisión de los hechos históricos claramente establecidos como el Holocausto [...] En este caso, la cuestión específica discutida en el «Diario del Karabakh» es objeto de un debate en curso. [...] No parece que el recurrente quiera negar el hecho de la masacre masiva de civiles de Kholaj, ni que haya despreciado a las víctimas. Más bien, el recurrente sostenía una de las opiniones en conflicto respecto al debate relativo a la existencia de un corredor de salvamento para los refugiados, expresando la hi-

pótesis de que algunos soldados azerbaiyanos hubieran podido compartir la responsabilidad y aprobar la acción. El Tribunal considera que tales afirmaciones que están en el origen de la condena del recurrente no constituyen una actividad contraria a la esencia de los valores del Convenio y no pretenden destruir o restringir los derecho y la libertad garantizada por ésta. Ni tampoco se concluye en este caso, que la libertad de expresión no puede ser desplazada de la protección del artículo 10 en virtud del artículo 17 del Convenio (§ 81).

Restituido el campo de aplicación del artículo 10, el discurso histórico puede ser valorado respecto al contenido, al estado del debate público sobre la cuestión y a la intención del periodista, dando así lugar a un juicio de proporcionalidad. De este modo, el Tribunal se reapropia de una capacidad de mediación entre derechos y valores en conflicto, tratando el revisionismo histórico como un discurso íntimamente ligado al ejercicio de la libertad de comunicación por más que sea desagradable —a veces repugnante, como toda labor de excavación en la memoria colectiva, como toda asunción de un hecho con el que uno no se ha reconciliado.

## **9. CONCLUSIÓN: ¿PROTECCIÓN DE LAS TRADICIONES HISTÓRICAS O MÉTODO HISTÓRICO CRÍTICO?**

El Tribunal utiliza una gran ambigüedad en el tratamiento que reserva a la historia y la memoria de las naciones y de los pueblos. En todos los casos examinados, los acontecimientos históricos irrumpen en las controversias jurisdiccionales como fundamentos que no son compartidos de manera unánime y pacífica, son memoria controvertida, y el Tribunal se enfrenta ante cuestiones con posturas ambivalentes.

En la mayor parte de los casos, la argumentación del Tribunal tiende a tratar de modo absoluto una narración histórica en una tradición histórica, antes que una historia objetiva, establecida y aclarada de modo definitivo. Sea la historia de los horrores de la segunda guerra mundial, o la historia de los integrismos religiosos, o la historia de las transiciones de los regímenes comunistas, el Tribunal protege determinadas narraciones históricas,

seleccionadas como tradiciones y fundamentos del orden democrático. En la visión del Tribunal, la historia es a menudo un lugar reservado al ejercicio de las libertades públicas, en algunos casos incluso un terreno sagro, no pisoteable, cuya crítica se considera un abuso. Antes que resultar un exitoso método de investigación profundo y abierto a la pluralidad de interpretaciones, la narración histórica es muchas veces usada estratégicamente por un Tribunal en busca de una legitimación retórica que descansa sobre argumentos aparentemente objetivos y factuales<sup>42</sup>.

No puede sorprender, por tanto, que el uso del argumento histórico suscite tanta perplejidad dentro del propio Tribunal. En su opinión concurrente a Adamson, afirma el juez Garlicki:

Nosotros somos expertos en derecho y leyes, pero no en política e historia, y no deberíamos aventurarnos en estos dos terrenos salvo casos de absoluta necesidad.

Personalmente no comparto esta preocupación, que se funda en una acepción simplista de la interpretación jurídica<sup>43</sup>: el Tribunal de Estrasburgo, dadas las especificidades que distinguen su jurisdicción, es llamada inevitablemente a enfrentarse —más que los jueces constitucionales— con historias y tradiciones constitucionales complejas y frecuente objeto de discusión; muchas de las cláusulas generales presentes en el texto del Convenio imponen análisis históricos y contextuales. Eludirlos significaría simplemente oscurecer los nodos de fondo de las decisiones del Tribunal.

Pero contar la historia equivale a escribirla. Y aunque no se pueda pretender que el Tribunal utilice un método histórico científicamente riguro-

<sup>42</sup> R. UITZ, *Constitutions, Courts and History*, op. cit., pp. 5 y ss., en especial p. 9.

<sup>43</sup> Sobre la relevancia de los argumentos históricos, contextuales y culturales en la interpretación jurídica la bibliografía es interminable. Para el perfil tomado aquí en cuenta véase, H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, (1960), Bompiani, Milano, 2001, pp. 312 y ss., en especial 376-81 (al respecto, A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne, Roma, 2011, pp. 64 y ss.); también P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, (1982), Carocci, Roma, 2001, pp. 21 y ss., y también pp. 46-47, 52, 75 y ss.) e A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, en especial pp. 1-6, 237 y ss.

so, es necesario tomar conciencia de lo extraordinariamente delicados que son estos pasajes argumentativos, someterlos a una crítica pública cerrada y abierta, dentro del Tribunal y de la opinión pública, y proceder con prácticas argumentativas capaces de afinar el método de investigación histórica y ponderar el peso de la historia con las exigencias de la tutela de los derechos fundamentales.

**Resumen:**

*Este trabajo analiza el uso del argumento histórico, esto es, la referencia al pasado —no del método de interpretación histórica— en la jurisprudencia del TEDH. Para ello se concentra esencialmente en varios ámbitos materiales: el derecho electoral, las transiciones a la democracia, el laicismo y los delitos de negacionismo. Finalmente, presenta algunas dudas sobre el correcto uso de este argumento.*

**Palabras Clave:** TEDH, argumento histórico, derecho electoral, transición política, laicismo, negacionismo.

**Abstract:**

*This essay analyzes the use of the historical argument, which means the use of the past —not the historical interpretation— in the decisions of the ECHR. Therefore, the paper takes account of several areas: electoral law, transitions to democracy, laicism and the penal law against negacionism. Finally, the author offers some doubts on the correct use of the historical argument.*

**Keywords:** ECHR, historical argument, electoral law, transition to democracy, laicism, negacionism.