



EL LENGUAJE DEL ODIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Modesto Saavedra

Resumen: Este artículo comenta la sentencia del Tribunal Constitucional español recaída sobre el llamado caso Makoki el 11 de diciembre de 1995. En este caso, el Tribunal confirma una sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Barcelona por un delito de injurias cometido contra el pueblo judío debido a la publicación de un cómic vejatorio. El tribunal afirma que el honor colectivo también merece la protección del ordenamiento jurídico, y no solamente el honor de las personas como individuos aislados. Asimismo, el tribunal pondera la importancia relativa del derecho al honor y de la libertad de expresión, concluyendo que esta última no concede ningún derecho a insultar, y que las expresiones de odio colectivo no tienen cabida en la Constitución. El autor, finalmente, considera que es posible distinguir entre la sátira de las opiniones y creencias, que es una forma de crítica social, y el insulto colectivo. Mientras que aquélla es legítima, aunque ofenda, éste es un acto excluyente y agresivo en sí mismo, por lo que en ningún caso debería gozar de la protección constitucional.

Sumario: 1. Introducción. 2. El caso enjuiciado. 3. Los fundamentos jurídicos. 3.1. El sentido democrático de la libertad de expresión. 3.2. El respeto a la religión y el respeto a la verdad como posibles límites del derecho a la libertad de expresión. 3.3. El derecho al honor como competidor del derecho a la libertad de expresión. 4. La ambigüedad del lenguaje del odio. ¿Es posible distinguir?

1. INTRODUCCIÓN

Todavía perduran los ecos del revuelo alcanzado por la publicación en el periódico danés *Jyllands-Posten* de unas viñetas dedicadas a Mahoma el pasado septiembre de 2005. El relieve que ha adquirido el caso en la opinión pública mundial ha sido extraordinario, aunque en modo alguno sorprendente. Las reacciones que la publicación de las caricaturas ha levantado entre los musulmanes de todo el mundo, provocadas en gran parte por la arrogancia con la que ése y otros medios de opinión europeos mantuvieron su derecho a expresarse libremente a pesar, y a sabiendas, de la indignación suscitada entre unos creyentes que se han sentido profundamente ofendidos, se asemejan a la escenificación de un episodio de la guerra de civilizaciones anunciada por Samuel Huntington. Era previsible, dados los precedentes y las circunstancias del momento. Salman Rushdie ya fue objeto de persecución por las autoridades islámicas de Irán a causa de un hecho similar. La religión islámica tiene, como todas las religiones, sus propios dogmas y tabúes. Y ahora, a raíz de la aparición del terrorismo islamista y de los conflictos bélicos en la zona de Medio Oriente protagonizados por Estados Unidos y sus aliados occidentales, el sentimiento de ofensa a la propia identidad, configurada esencialmente por la religión, y el victimismo de quien se siente objeto de incomprensión y de odio cultural, han contribuido a exaltar los ánimos, magnificando el incidente y obligando a las élites culturales de aquí y allá a reflexionar y a pronunciarse sobre el alcance de la libertad de expresión y de sus límites, un derecho al parecer tan sagrado para Occidente como lo es la figura del Profeta para el Islam.

Casualmente, el episodio de David Irving, el historiador británico que, por haber minimizado el genocidio de los judíos en la segunda guerra mundial, ha sido condenado recientemente en Austria a pena de prisión, ha venido a alimentar la acusación de muchos musulmanes de que en Europa se aplica un doble rasero

en los casos de ofensas a las colectividades étnico-religiosas. Y a muchos europeos les produce perplejidad que algunos líderes de opinión, y algunas legislaciones, aboguen por la tolerancia y por la libertad para combatir toda clase de tabúes culturales, y mantengan a resguardo, bajo la cobertura del código penal, la verdad incontestable de un hecho histórico cuya puesta en discusión se considera gravemente atentatoria contra la dignidad del pueblo judío.

Con el caso de las viñetas de Mahoma la opinión pública ha quedado muy sensibilizada. Es un síntoma del *Zeitgeist* del momento: el poder de la identidad. Pero el tema no es de ahora, sino que viene de lejos. En países de larga tradición pluralista por su composición demográfica y su diversidad cultural, como EE.UU., las ofensas verbales dirigidas contra miembros de grupos o colectivos por su pertenencia a los mismos, o dirigidas contra los colectivos en su conjunto, han sido tipificadas desde hace tiempo bajo la categoría de *hate-speech*, y se ha discutido largo y tendido sobre su permisibilidad bajo la primera enmienda de la Constitución, que protege la libertad de expresión del pensamiento de manera rotunda. No hay acuerdo al respecto, aunque el Tribunal Supremo de ese país ha mostrado tener manga ancha atribuyendo muchas manifestaciones ofensivas para las identidades colectivas al ámbito de las opiniones protegidas por el derecho a la libertad de expresión.

En las caricaturas de Mahoma publicadas por la prensa europea hay un aspecto distinto al del lenguaje del odio racial o identitario: la ofensa a los sentimientos religiosos. Este tipo de ofensa puede ser perpetrado por quienes comparten con el ofendido unas mismas señas de identidad étnica o nacional, aunque no compartan las mismas creencias. No obstante, puesto que la religión es un dato muy importante de la personalidad, el ultraje a las creencias religiosas también puede ser percibido bajo el prisma del odio profesado a un colectivo de personas por algún rasgo de su identidad, en este caso el religioso precisamente.

La sentencia objeto de este comentario versa sobre una publicación vejatoria para los judíos, un cómic humillante e injurioso que convierte su cautiverio en los campos de concentración nazis en motivo de burla. En ella no aparece sino de forma incidental el motivo de ofensa a los sentimientos religiosos. Básicamente se trata de la defensa del honor colectivo como un límite para la libertad de expresión. No hay ninguna otra sentencia del TC que se refiera a la protección de los sentimientos religiosos frente a manifestaciones públicas consideradas lesivas (o sea, frente al escarnio del art. 525 del Código Penal), ni para confirmar la prevalencia de la libertad de expresión ni para limitarla en aras del respeto a las creencias religiosas de la población. Sólo hay un auto (ATC 180/1986, de 21 de febrero), de inadmisión de un recurso de amparo que alegaba inconstitucionalidad del art. 209 del anterior Código Penal (equivalente al art. 525 del actual), bajo el argumento de la libertad religiosa y de la aconfesionalidad del Estado. El recurrente había sido condenado por el Tribunal Supremo por haber publicado en la revista *Interviú* un poema que contenía fragmentos considerados injuriosos contra la religión católica. En contra de sus pretensiones, el TC no admitió el recurso al entender que incluso en un Estado no confesional los sentimientos religiosos merecen protección.

En otra sentencia anterior del Tribunal Constitucional, parecida a ésta (STC 214/1991, de 11 de noviembre, caso Violeta Friedman) aparece también el tema del lenguaje del odio, aunque el caso enjuiciado en ella presenta un aspecto distinto y mucho más discutible: la negación del holocausto. En cambio, en la 176/1995, que vamos a comentar, el lenguaje vejatorio asume la forma de expresiones gráficas y satíricas directamente valorativas, no asertivas de hechos o de la no ocurrencia de hechos. En ella aparece un lenguaje típicamente ofensivo, por lo que la sentencia argumenta y resuelve el conflicto como una clara colisión entre derechos fundamentales mutuamente incompatibles en el caso en cuestión. El análisis de los argumentos contenidos en ambas sen-

tencias (y en algunas otras que actúan como precedentes de ellas) puede ser de utilidad para apreciar y matizar el significado del lenguaje del odio y el alcance de lo que se puede decir y escribir impunemente como ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cuando lo que se dice constituye un ataque a las entidades colectivas caracterizadas por algún fuerte rasgo de su personalidad.

2. EL CASO ENJUICIADO

En la sentencia que comentamos, el TC es llamado a resolver un recurso de amparo presentado por el director de la editorial Makoki, S.A. contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que lo había condenado por un delito de injurias en aplicación del art. 458 del Código Penal de 1973, equivalente al 208 del actual. La condena de la Audiencia recayó en apelación de una sentencia anterior, absolutoria, del juez de instancia, que a su vez respondía a la denuncia y querrela dirigidas contra él (y también contra el editor de las publicaciones de la citada editorial) por las asociaciones “Amical de Mauthausen” y “B’Nai B’-Rith de España”, respectivamente. El motivo de ambas, denuncia y querrela, fue la publicación en España por parte de la citada editorial del álbum “Hitler = SS”, del guionista Gourio y del dibujante Vuillemin, ambos de nacionalidad francesa. Dicho álbum consistía en un relato ficticio en forma de cómic o tebeo, de una extensión de casi noventa páginas, en el que se reflejaban imágenes y expresiones de carácter vejatorio contra los judíos como víctimas de los campos de concentración nazis.

Es un caso, por tanto, que se diferencia claramente, como hemos indicado, de la típica negación del genocidio ocurrido durante la segunda guerra mundial, castigada con pena de prisión en algunos países de Europa, y también en España en virtud del art. 607.2 del Código Penal. Aquí, en el caso Makoki, aparece claramente lesionado el honor de las víctimas en virtud de expresiones

humillantes, no como resultado de informaciones ni de investigaciones o interpretaciones históricas. Y lo que se cuestiona es si esa lesión es lo suficientemente grave como para que resulte restringido el alcance del derecho a la libertad de expresión, y además, si las expresiones emitidas en demérito o menosprecio de un colectivo de personas, y no ya de una persona individual, constituyen un supuesto de infracción de las normas protectoras del derecho al honor. ¿Qué es lo que se entiende por lenguaje del odio y qué consideración constitucional merece en un régimen de protección de derechos basado en el valor fundamental de la dignidad de la persona, en el que se asienta, por cierto, la protección de *todos* los derechos, incluido el derecho a expresarse libremente?

3. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Así pues, para resolver el caso entran en juego el derecho fundamental a la libertad de expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro. A esto se tiene que limitar el Tribunal Constitucional, enjuiciando si la Audiencia Provincial de Barcelona hizo bien al condenar a los encausados por la comisión de un delito de injurias, o si la publicación de la historieta gráfica realizada por ellos entraba dentro del ámbito protegido por la norma del art. 20.1 a) de la Constitución.

3.1. *El sentido democrático de la libertad de expresión*

En el Estado democrático la libertad de expresión es uno de los derechos más importantes, y no hace falta insistir en ello por ser cosa más que evidente. Puesto que el Estado democrático es un régimen de opinión pública en el que gobiernan las mayorías que logran formarse periódicamente en torno a determinados programas o personas, la expresión de opiniones y la difusión de in-

formación es un requisito absolutamente imprescindible para que dichas mayorías gobernantes queden legitimadas mediante el consenso libremente formado a partir de las convicciones e intereses de la población. Expresar el disenso y denunciar públicamente los errores y abusos del gobierno contribuye al mismo objetivo: vincular el poder, en su origen y en su ejercicio, a la voluntad popular, que es la única fuente de legitimidad en el Estado democrático. Los demás derechos, estructuras y procedimientos que configuran la democracia quedarían absolutamente falseados si el derecho a expresarse libremente no existiera o su ejercicio estuviese sometido al arbitrio del gobierno.

Esto es algo que no suscita discusión ni en el ámbito de la teoría política, ni en la doctrina constitucionalista, ni en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los países democráticos. Además de ser un derecho subjetivo inherente al individuo, derivado del principio de la dignidad de la persona y concomitante con la libertad de pensar y de hacer uso de la propia razón, la libertad de expresión tiende a proteger la libre formación de la opinión pública, la participación del individuo en la esfera pública como miembro de la colectividad en la que reside la soberanía popular.

Así lo reconoció nuestro Tribunal Constitucional en la primera ocasión que tuvo de pronunciarse al respecto, que fue en la sentencia de 16 de marzo de 1981 (STC 6/1981). Y así lo reconoce también esta sentencia que comentamos, haciéndose eco de una reiterada jurisprudencia que, tras iniciarse justamente con la sentencia anterior, llega de forma incontrovertida hasta nuestros mismos días: “Efectivamente, la libre expresión y la no menos libre información se configuran en principio como derechos fundamentales de la ciudadanía, aun cuando con talante instrumental de una función que garantiza la existencia de una opinión pública también libre, indispensable para la efectiva consecución del pluralismo político como valor esencial del sistema democrático” (FJ 4).

Con todo, hay que observar que el concepto de opinión pública es demasiado estrecho si queda limitado al campo de la política. La opinión pública es un concepto que hace referencia a las opiniones expresadas en público, y, como tal, no tiene por qué estar referida exclusivamente a las cuestiones de la vida política. Lo que se protege con la libertad de expresión no es sólo la formación de la voluntad colectiva dirigida hacia los asuntos de gobierno, no es sólo el debate político, sino el debate en cuanto tal, sean cuales sean los objetos sobre los que éste recaiga. Lo que garantiza la libertad de expresión es el derecho a participar en la formación de la *cultura pública*¹. Este derecho es el que permite a cada uno manifestar en público, y no guardar solamente para sí, las ideas y opiniones que puede tener sobre los asuntos más variados de la vida, sobre las decisiones políticas y también sobre la forma de vivir, e incluye el derecho a emitir en público los juicios de valor más variados sobre todo lo humano y lo divino. Protegiendo este derecho, se protege el intercambio y el proceso de comunicación social del que razonablemente se puede esperar que fomente la deliberación y la crítica, y contribuya a reformar y a reforzar las propias convicciones. Esto es lo que nos enseñaron los clásicos que abogaron por la libertad de expresión y de prensa². La li-

1. Ver, en este sentido, Joseph RAZ, "Free Expression and Personal Identification", en W.J. WALUCHOW (ed.), *Free Expression. Essays in Law and Philosophy*, Oxford University Press, 1994, pp. 1 y ss., p. 2.

2. Sobre la historia filosófico-política de la libertad de expresión véase F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, 1994. En relación con la formación del concepto y el desarrollo histórico de la opinión pública, J. HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública*, Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1994. También mi libro sobre *La libertad de expresión en el Estado de derecho. Entre la utopía y la realidad*, Ed. Ariel, Madrid, 1987, y unas breves páginas publicadas con el título "El derecho a la libertad de expresión como garantía constitucional de la opinión pública", en el libro coordinado por J. BETEGÓN y otros, *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2004, pp. 669 y ss.

bertad emana de la propia conciencia, pero la conciencia es dialéctica y se corrompe si se abandona al solipsismo.

Sin embargo, es evidente que ningún derecho es absoluto, y éste tampoco escapa a ciertas limitaciones y responsabilidades que son necesarias para impedir el abuso o mal uso del mismo. No todo ejercicio del derecho a expresarse libremente es inocente e inofensivo. De él se esperan buenos resultados, pero no todos los resultados de su ejercicio son buenos y defendibles. ¿Cuáles son, en esencia, los límites que debe afrontar el derecho a expresarse libremente? En el art. 20.4 de la CE están enunciados, y la sentencia que comentamos lo dice de la manera más sintética: “el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás” (FJ 6). Es en el contexto de los límites a la libertad de expresión en donde debemos insertar esta sentencia, y para ello tenemos que hacer hincapié en esta idea básica: los derechos fundamentales, y especialmente el derecho a la libertad de expresión, sólo pueden tener los límites que se consideran necesarios para proteger el sistema de los derechos y libertades fundamentales. No puede haber, en este sentido, bienes o valores que estén protegidos en la Constitución como elementos de una forma de vida considerada la mejor o la más deseable para toda la sociedad. No puede haber tabúes blindados contra la crítica ni instituciones exentas al control de la opinión. Ni siquiera la Constitución democrática está libre de un eventual cuestionamiento procedente de opiniones contrarias a la libertad. No hay verdades que no se puedan cuestionar. También la sentencia lo dice claramente: “es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan” (FJ 2).

3.2. *El respeto a la religión y el respeto a la verdad como posibles límites del derecho a la libertad de expresión*

A) En este contexto, ni la religión, por un lado, ni los hechos y acontecimientos históricos, por otro, pueden estar legítimamente protegidos contra la crítica y el cuestionamiento. Un Estado aconfesional no protege la religión, como tampoco protege el ateísmo o el agnosticismo. Un Estado aconfesional es por principio neutral al fenómeno religioso, aunque deba tener en consideración las creencias religiosas de los ciudadanos para determinados efectos. El principio que inspira la acción del Estado en este campo es el de la libertad religiosa y de conciencia. Pero en la libertad religiosa no se protege la religión, sino a la persona que la profesa. El Código Penal, en su art. 525, castiga como delito el escarnio de los “dogmas, creencias, ritos o ceremonias” religiosas. Pero en este delito el valor que se protege no son los dogmas o creencias religiosas como tales, sino, como dice el mismo precepto y el título de la sección donde se inscribe, los “sentimientos religiosos” de las personas, cuya dignidad se puede haber visto gravemente ofendida por el escarnio. Es por la consideración que merece la dignidad de las personas, y por la importancia que tiene la religión, es decir, el sentimiento y la vivencia de lo sagrado como un elemento constitutivo –aunque no universal– de la identidad y de la dignidad personal, por lo que el Estado democrático tiene razón al proteger los sentimientos religiosos contra el escarnio. El auto del Tribunal Constitucional citado al comienzo de este comentario (ATC 180/1986, de 21 de febrero) argumenta correctamente al respecto, al decir que el precepto que castiga las ofensas a la religión “contribuye a crear las condiciones adecuadas para el pleno ejercicio de dicho derecho” (el derecho a la libertad ideológica y religiosa), y sobre todo al afirmar que “el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección” (FJ 2).

Ahora bien, debe quedar claro que un Estado democrático laico y pluralista no puede utilizar, para legitimar decisiones jurídicas, recursos extraídos de un sistema de opiniones y creencias dogmáticas e indemostrables, gravemente lastradas por lo que Rawls denominaba las cargas del juicio. En cuestiones constitucionales se impone la “razón pública”, que es la clase de razones y argumentos que todos los miembros de la sociedad, con independencia de su propia y particular idea del bien, podrían aceptar como razones convincentes³. Por eso ningún tribunal está autorizado a interpretar las normas jurídicas generales con argumentos privativos de una forma de pensar no compartible por todos los ciudadanos, como son precisamente las creencias religiosas.

Es ilustrativo a este respecto comparar el auto citado del Tribunal Constitucional con algunas sentencias del Tribunal Supremo condenatorias por el delito de escarnio, incluso de algunas ya dictadas tras la promulgación de la Constitución. Son sentencias que aplican el precepto del art. 209 del antiguo Código Penal de 1973 (que no castigaba la ofensa a los sentimientos religiosos, sino las ofensas a la religión) y que por convicción o por inercia continúan utilizando argumentos extraídos de una jurisprudencia preconstitucional. Así, por ejemplo, la STS de 13 de octubre de 1980, en uno de sus considerandos, citando la doctrina que requiere la existencia del *animus iniuriandi* para que se produzca el escarnio, dice que éste consiste en “el propósito deliberado ‘de ofender tan excelsos valores’, como declaró la sentencia de este Tribunal de 12 mayo 1973”, y que “en el caso presente, el procesado, por escrito, (...) sin perjuicio de ofender groseramente a las comunidades religiosas –tan ejemplares como incomprendidas, en lo que tienen de abnegación y de sacrificio, por personas de mentalidad como la del acusado–, de modo soez, burdo y grosero, con frases de pésimo y procaz gusto, y al socaire o con apa-

3. Ver John RAWLS, *El liberalismo político*, Ed. Crítica, Barcelona, 1996, pp. 247 y ss.

riencia de ingeniosa y picante frivolidad destinada al solaz y diversión de los lectores, se mofó e hizo motivo de irrisión de dogmas respetables de la Religión Católica, tales como el de la tercera persona de la Santísima Trinidad y el de la Encarnación, a los que trata de ridiculizar, desacreditar y menospreciar, presentándolos como materia risible e hilarante” (en sentido parecido, también la STS de 19 de febrero de 1982).

Utilizar la coacción del Estado contra alguien en virtud del respeto que merecen determinados dogmas y valores, que se presentan como inviolables por razones de fe, no parece muy coherente con el principio de la igualdad de todas las personas. Así pues, la libertad de expresión, que es una extensión de la libertad de pensamiento y uno de los instrumentos con que cuenta el individuo para formar libremente su conciencia, no puede verse limitada con el propósito de defender la credibilidad o proteger la buena imagen de unas creencias religiosas como tales.

B) ¿Y qué decir de los hechos históricos y de los datos científicos? Como decía Karl Popper, la libre discusión y la crítica de las propuestas científicas es el vehículo que conduce al progreso de la ciencia⁴. No se protege la verdad protegiendo las teorías y enunciados científicos contra todo intento de refutación, sino a la inversa: exponiéndolos a la refutación. La ciencia avanza superando esos intentos de refutación, pero siempre de una manera provisional y sin que nunca nadie pueda estar completamente seguro de estar definitivamente en posesión de la verdad.

Evidentemente, la verdad es algo que interesa a todos. Pero no es bueno recurrir al derecho para protegerla contra la duda intelectual o los ataques malevolentes. Galileo fue encarcelado por poner en cuestión verdades que las instituciones oficiales de la época consideraban evidentes y apoyadas en pruebas irrefutables. Y más recientemente, bajo el dominio de Stalin, la investigación

4. Ver, especialmente, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Ed. Paidós, Barcelona, 1983.

soviética en el terreno de la genética quedó atrasada durante años debido a la aceptación de las falsas teorías de Lysenko, que estaba protegido por la burocracia estatal. La historia de la ciencia está llena de errores, muchos de ellos malintencionados e interesados, cuyo mantenimiento redundaba en provecho de algunos y en perjuicio de otros, pero ha sido la crítica basada en la libertad de investigación y de expresión la que ha obligado a corregirlos. Una sociedad abierta no puede hacer otra cosa sino permitir la publicidad de datos y de teorías, aunque éstos sean pura bazofia, y no confiar en el paternalismo del Estado para caminar por la senda de la verdad.

Otra cosa es que el que propague tales datos o teorías actúe incitando al odio, a la discriminación o a la violencia contra determinados grupos y utilice aquéllos como instrumento de la provocación. Esto es lo que ocurre normalmente con los que niegan la ocurrencia histórica de los delitos de genocidio, especialmente del perpetrado por los nazis en la segunda guerra mundial contra los judíos. La citada STC sobre el caso Violeta Friedman afronta precisamente este aspecto, la negación del genocidio, en un momento en que el Código Penal español no contenía ese tipo penal. La sentencia concede el amparo a la recurrente por considerar lesionado su derecho al honor, como miembro del pueblo judío, debido a las declaraciones efectuadas a la revista *Tiempo* por León Degrelle, ex jefe de las SS, en relación con la actuación nazi con los judíos y con los campos de concentración.

Es importante matizar que no es la negación del genocidio lo que, a juicio del Tribunal, merece la concesión del amparo en este caso, sino la valoración de las declaraciones del demandado en su conjunto, en las que se vierten al mismo tiempo algunas consideraciones que traslucen un claro menosprecio contra el pueblo judío. La sentencia aclara que “del examen de la totalidad de declaraciones del demandado publicadas, no sólo de las parcialmente transcritas en el escrito de demanda, es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respec-

to a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean —y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia—, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, (...) sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos” (FJ 8). Dicho lo cual, y teniendo en cuenta que el demandado efectuó determinados juicios ofensivos contra los judíos en su conjunto (“...si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios...”; “...quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan...”, etc.), que son valorados por el Tribunal como “afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos”, el Tribunal concede el amparo y declara lesionado el derecho al honor de la recurrente.

En el Código Penal de 1995 el legislador español optó por introducir en el art. 607.2 “la negación o justificación del delito de genocidio”, sumándose así a otros países europeos como Alemania, Francia, Bélgica o Austria, en los que, debido a la especial sensibilidad derivada de los acontecimientos ocurridos en sus propios territorios contra una parte de su propia población, y a las experiencias de sufrimiento ocasionado por el régimen de Hitler, se pretende abortar de raíz cualquier intento de reivindicación de los verdugos y de echar tierra sobre la memoria de las víctimas. Actualmente, el art. 607.2 está sometido a una cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona por presunta vulneración del art. 20.1 de la Constitución, cuestión que fue admitida a trámite por Providencia de 31 de octubre de 2000. Hasta que el Tribunal Constitucional no se pronuncie al respecto, en nuestro ordenamiento jurídico la negación

del delito de genocidio sigue siendo delito, seguramente por entender que es por sí misma injuriosa y alienta la discriminación. Pero el art. 510 del Código Penal ya castiga “a los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”, y a los que “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”. No parece, pues, necesario que la mera negación de la ocurrencia de hechos históricos, por muy malintencionada que sea, tenga que ser constitutiva de un delito específico en nuestro ordenamiento jurídico.

3.3. *El derecho al honor como competidor del derecho a la libertad de expresión*

Más claramente injuriosas resultan las expresiones vejatorias empleadas en manifestaciones públicas, verbales o escritas. A ellas se limita la sentencia que comentamos, que descarta expresamente que se esté enjuiciando algo similar a la toma de posición sobre la ocurrencia o no de un acontecimiento histórico.

Vamos a descartar, por tanto, la distinción técnica, característica de la dogmática jurídica, entre la *libertad de opinión* y la *libertad de información*, que son las dos libertades en las que se desglosa el derecho genérico a la libertad de expresión. Esta distinción es importante para definir los límites que deben afrontar cada una de estas libertades específicas, es decir, para definir las condiciones que debe respetar el ejercicio de la libertad de expresión en cada caso para gozar de la protección constitucional. En-

tre las condiciones que debe respetar la libertad de información se encuentra el que la información difundida sea veraz, cualidad ésta que no es exigible, obviamente, de la expresión de opiniones, juicios de valor, o argumentos y manifestaciones relativas a una u otra forma de entender la vida y el mundo⁵. Cuando lo que se expresa son opiniones, o predominantemente opiniones, aunque a veces sea difícil catalogarlas como tales por aparecer imbricadas con informaciones, lo que importa es que tales opiniones no sean injuriosas. Y, si la lesión del honor personal tiene lugar como consecuencia de la difusión de una información veraz, lo que importa es que dicha información no contenga expresiones vejatorias *innecesarias* para la transmisión de la información o el enjuiciamiento derivado de ella.

Ciertamente, el valor preferente de la libertad de expresión debido a su sentido democrático, a su función en el contexto del debate público, hace que el derecho al honor tenga que ceder cuando se ven afectadas personas públicas o materias de interés público. También queda reforzada la libertad de expresión, por los mismos motivos, cuando los tribunales aprecian que se ejerce conjuntamente con la libertad ideológica del art. 16.1 CE. Pero eso no significa que el que opina o informa, o manifiesta su posición ideológica, tenga patente de corso para emplear expresiones injuriosas. La Constitución no reconoce un derecho al insulto, ha dicho lapidariamente el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones (a raíz de la sentencia 105/1990)⁶.

5. El TC se ha pronunciado reiteradamente sobre la distinción entre ambos tipos de libertad de expresión, según qué sea lo que se expresa, opiniones o información, y sobre el sentido de la veracidad como característica que debe tener la información para estar protegida constitucionalmente (SSTC 105/1983, 6/1988, 107/1988, 105/1990, etc. La STC 158/2003 recoge y compendia la doctrina constitucional sobre la veracidad de la información).

6. Sobre la doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión y el conflicto entre ella y los derechos al honor y a la intimidad, ver Tomás DE DOMINGO, *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las re-*

Pero entre el insulto y otras expresiones ofensivas hay un largo trecho. El honor es un concepto jurídico indeterminado, no definido en el ordenamiento, aunque, como dice la sentencia que comentamos, las normas sí “intentan aprehender su reverso, es decir, el deshonor, la deshonra o la difamación, lo infamante. El denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas” (FJ 3). La nueva redacción dada, con posterioridad a esta sentencia, al art. 7.7 de la LO 1/1982 por la LO 10/1995, del Código Penal, no cambia mucho el significado del concepto: se considera una intromisión ilegítima en el ámbito de protección del honor “la imputación de hechos o las manifestaciones de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Y el art. 208 del Código Penal aclara a su vez que “es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”, y que “solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”.

Así pues, el honor y la injuria son conceptos con perfiles bastante imprecisos, imposibles de delimitar en abstracto. Dependen de la opinión colectiva del lugar y del momento: “el contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, ‘dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento’ (STC 185/1989)” (FJ 3).

laciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad, CEPC, Madrid, 2001, con abundantes referencias jurisprudenciales del TC español y de otros tribunales extranjeros.

La sentencia, por otro lado, reconoce el derecho al honor colectivo, o más precisamente, el derecho al honor de todo individuo en cuanto miembro de un colectivo, e igualmente reconoce la legitimación activa para reclamar el derecho a personas naturales o jurídicas del “ámbito cultural o humano” del colectivo en cuestión, siguiendo la estela de la STC 214/1991 sobre el caso Violeta Friedman. ¿Qué características debe tener dicho colectivo para que sus miembros puedan considerarse titulares del derecho al honor en cuanto pertenecientes a él? La sentencia requiere que se trate de grupos con una fuerte y distintiva personalidad, y no la limita a la que viene definida por rasgos de carácter étnico: “Desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también [titulares del derecho al honor] como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rasgo dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso, a título de ejemplos. Por ello, pueden a su vez, como reverso, resultar víctimas de la injuria o la calumnia, como sujetos pasivos de estos delitos contra el honor...” (FJ 3). Al incluir el aspecto religioso ¿podría considerarse la ofensa a la religión –el escarnio– como un supuesto de lesión del honor colectivo? Así parece desprenderse de este argumento, al menos cuando se trata de grupos que poseen una estructura y cohesión definida precisamente por la religión.

Puesto que se trata de un conflicto de derechos, se impone un *juicio de ponderación*. La sentencia realiza este juicio como una potestad del Tribunal Constitucional exigida por el recurso de amparo con la finalidad de concretar el alcance respectivo de los derechos en conflicto. La ponderación no consiste en otra cosa sino en esto: ante un caso real (*Sachverhalt*) que puede ser adscrito al supuesto de hecho (*Tatbestand*) de una o de otra norma del ordenamiento jurídico, los jueces han de sopesar las circunstancias del caso y decidir cuáles son las más relevantes, es decir, cuáles son las que importan más para establecer el predominio de

una u otra norma en el caso en cuestión; en definitiva, cuál es la que desplaza a cuál en el caso, dadas las circunstancias fácticas y la finalidad de las normas. Esto es algo que ocurre muy a menudo en la vida de todo ordenamiento jurídico. Siempre existen normas o principios en competencia a la hora de enjuiciar un caso dado. Incluso los criterios interpretativos o argumentos metodológicos entran en concurrencia para justificar una decisión (¿interpretación histórica o teleológica, analogía o argumento *a contrario*?).

Y ocurre así porque todo caso tiene infinidad de matices y porque las normas del ordenamiento jurídico no contemplan en sus supuestos de hecho todos los matices que pueden ser relevantes para calificar la realidad según su propio concepto. Las normas no son siempre reglas exactamente definidas. Por eso la jurisprudencia, a la vista de la realidad, tiene que ponderar las circunstancias, añadiendo detalles a las normas para acercarlas lo máximo posible a la estructura de las reglas⁷.

La valoración que el Tribunal hace de las circunstancias del caso para adscribirlo a un supuesto u otro del ordenamiento jurídico (a un supuesto de la libertad de expresión del art. 20.1 a) o a un supuesto del derecho al honor del art. 18.1 CE) es irreprochable. El Tribunal aprecia que el cómic es claramente vejatorio, pues en él se relatan una serie de episodios en los que los judíos son presentados como personajes carentes de humanidad, sujetos y objetos de conductas aberrantes e indignas, y en los que abundan expresiones insultantes y despectivas. En suma, concluye el Tribunal, se trata de un mensaje racista desprovisto de cualquier tipo de valores positivos, en el que “a lo largo de sus casi cien pá-

7. Sobre el juicio de ponderación en la jurisprudencia, ver Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, y el epílogo a la edición inglesa de este libro: *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2004. También Luis PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 175 y ss.

ginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación” (FJ 5). Son innecesarias otras consideraciones, aunque la sentencia destaca incidentalmente que, por tratarse de un cómic cuyos destinatarios son en su mayoría niños y adolescentes, “hay que ponderar su influencia sobre personalidades en agraz, aún no formadas por completo en temas que, además, pueden depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles”, por lo que también por este motivo, como estableció la sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso “Handyside”), no puede alegarse el derecho a la libertad de expresión para legitimar la publicación (FJ 5).

La ponderación realizada en un caso puede servir de guía para efectuar otras ponderaciones en el futuro, estableciendo líneas jurisprudenciales que disminuyen la discrecionalidad y garantizan la seguridad jurídica. Pero una sentencia, por muy circunspecta y rica en consideraciones que sea, no resuelve ni puede resolver todos los casos posibles. La complejidad de la vida real obliga a realizar consideraciones más amplias a fin de guiar otros eventuales juicios de constitucionalidad sobre casos similares. El lenguaje del odio es muy variado y tiene multitud de manifestaciones. En una sociedad en la que, debido al pluralismo multicultural, a las nuevas y apremiantes exigencias de reconocimiento y respeto de la propia identidad, y al impacto y ubicuidad de los medios de comunicación social, muchos pueden sentirse profunda y sinceramente ofendidos por las expresiones y manifestaciones realizadas en público, ¿hasta dónde alcanza la protección del honor y de la propia estimación, y hasta qué punto debe restringirse la libertad de expresión cuando lo que se expresa lesiona gravemente la dignidad de las personas según el concepto público?

4. LA AMBIGÜEDAD DEL LENGUAJE DEL ODIO.

¿ES POSIBLE DISTINGUIR?

El lenguaje del odio es una manifestación de menosprecio. El art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Y ya hemos visto cómo el art. 510 de nuestro Código Penal se hace eco de esta norma. Pero los que defienden su permisividad alegan que este tipo de lenguaje no debería prohibirse cuando es una manifestación de opiniones y juicios dirigidos al público como elementos del debate público. No todas las manifestaciones del lenguaje del odio consisten en incitación a la violencia, la hostilidad o la discriminación, ni por supuesto consisten en apología del delito, sino que en ocasiones lo que se trata es de defender un punto de vista que, si bien puede conducir a un cambio de lo que se considera delito, de lo que se considera punible o legítimo, forma parte de la deliberación colectiva acerca de la forma de vida que a juicio del hablante podría o debería tener reconocimiento en las leyes. Hemos visto antes que una Constitución democrática no prohíbe –o no debería prohibir– ni siquiera la expresión de ideas contrarias a la democracia misma. Como señala Ronald Dworkin, “la libertad de expresión es aun más fundamental que la democracia, porque aquélla tiene que ser respetada incluso para permitir al pueblo juzgar que ésta es mala para él”⁸. ¿Cómo se habría de prohibir, entonces, la difusión de ideas y opiniones que rebajan la estimación pública de la religiosidad, o de la igualdad social, o de determinadas costumbres y formas de vida propias de algunos grupos? La libertad de expresión debería prevalecer aunque su ejercicio en ocasiones suscite indignación, ofenda o perturbe a mucha gente, porque sólo ejerciéndola, los ciudadanos ejercen

8. “Forked Tongues, Faked Doctrines (Censorship and Freedom of Speech)”, en *Index on Censorship*, núm. 26 (mayo/junio 1997), pp. 148 y ss.

la autonomía personal y colectiva que les permite ser soberanos y disponer de sí mismos⁹. En alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha señalado, haciéndose eco de la sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso “Handyside”), ya mencionada, que la libertad de expresión protege no sólo la expresión de opiniones “consideradas como inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática” (STC 62/1982, FJ 5, caso “A Ver”).

Y, no obstante, su permisividad puede conducir a peligros insoportables y a abusos intolerables. El test del *clear and present danger* establecido en la jurisprudencia norteamericana como un límite legítimo de la libertad de expresión pone de manifiesto que no siempre se puede decir lo que se piensa. Y el libelo, por otro lado, tampoco puede ser considerado como una manifestación de la libertad de expresión. En estos dos criterios es donde hay que engarzar el enjuiciamiento del *hate speech*.

El primer criterio nos indica que hay palabras que matan, que el discurso puede ser incendiario y provocar graves enfrentamientos, violencia y destrucción. Y lo mismo que a nadie le está permitido gritar ¡fuego! en una sala atestada de gente, las proclamas que fomentan el odio de la población contra determinados colectivos no se pueden tolerar como si fueran una manifestación más del pensamiento, o la expresión de un punto de vista sobre la construcción de las relaciones sociales. Sobre todo cuando esos colectivos forman una minoría vulnerable en la sociedad en la

9. En este sentido, David Richards aboga por la tolerancia de toda manifestación de *hate speech* que sea reflejo de la conciencia personal, por mucho que lo expresado ofenda los sentimientos colectivos de los demás. Entiende que ello es una exigencia del principio de la igualdad de respeto por la autodeterminación moral de todas las personas. Ver *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, 1986, y también su más reciente libro *Free Speech and the Politics of Identity*, Oxford University Press, 1999.

que aparece ese tipo de lenguaje. Por eso hace bien el legislador en castigar como delito la “incitación” o la “provocación”. Porque las palabras no siempre son expresión de un contenido ideológico, o expresión revestida de retórica para hacer más atractivo y persuasivo tal contenido, sino que a veces también son un tipo de acción, que impele a la toma de partido y no deja espacio a la reflexión. Ése es el efecto de la propaganda y de la agitación, y cuando esa propaganda se dirige a fomentar una cultura del odio, no hacia ideas sino hacia personas, no puede ser incluida bajo el amparo de la libertad de expresión. El test del “peligro claro y actual” de los jueces norteamericanos Oliver Wendell Holmes y Louis D. Brandeis no fue propuesto para censurar el lenguaje del odio, pero algunas dramáticas experiencias históricas, como la de Ruanda y la de la antigua Yugoslavia, nos han demostrado hasta qué punto, bajo ciertas circunstancias, las palabras pueden ser armas poderosas dirigidas a destruir a “los otros”.

Pero donde más claramente aparece el carácter *performativo* que a veces adquiere el lenguaje es en el insulto. Que el lenguaje tiene un carácter performativo, o realizativo, significa precisamente que es una forma de acción¹⁰. Las palabras cambian el mundo, y no sólo porque provoquen mediante la información o los argumentos una toma de posición capaz de llevar a la acción, sino porque, mediante su pronunciación, pueden crear algo que antes no existía. El mundo del derecho está lleno de actos que utilizan el lenguaje como instrumento performativo: los contratos, las reglas constitutivas, las declaraciones ejecutivas (“se abre la sesión”, “yo os declaro marido y mujer”...). La expresión performativa es, pues, una locución que por el simple hecho de ser pronunciada, bajo ciertas condiciones, realiza una acción.

El insulto se asemeja a esta función del lenguaje porque tiende a constituir la identidad del sujeto. No sólo el insulto, eviden-

10. John L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas con palabras*, Ed. Paidós, Barcelona, 1982.

temente, sino la interpelación del otro, en general, produce efectos de reconocimiento e identificación. El lenguaje juega un papel central en la constitución de la subjetividad. Éste es el sentido en el que se puede decir, con la mayor propiedad y certeza, que somos seres lingüísticos. El insulto –y el lenguaje del odio en tanto que insulto– es un acto que extrae su fuerza de ese carácter dependiente del lenguaje que tiene todo sujeto¹¹. Y por eso es por lo que este tipo de lenguaje puede ser un acto de agresión y de violencia en sí mismo.

Nada tiene que ver el lenguaje del odio cuando tiene esta función de interpelación y asignación al otro (o a los otros) de una identidad de sujetos odiosos y excluidos, con las ofensas derivadas de una propuesta o de una agenda política destinada a reorganizar un modelo de convivencia en cuyo proceso de reorganización todos pueden sentirse llamados a participar. Por eso es por lo que la crítica política, moral y religiosa entra dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión, aunque dicha crítica sea ejercida a través de las formas más diversas.

La sátira es una forma de crítica social. La sátira puede ser irreverente y ofensiva, pero es la envoltura que recubre unas ideas, es un medio de comunicación que puede hacer más evidente y atractivo el mensaje. Así pues, habría que preguntarse: ¿hay alguna tesis, algún tipo de mensaje, detrás de las viñetas? No, en el caso de la sentencia comentada, aunque sí, probablemente, en el caso de las caricaturas de Mahoma. Aunque sea una tesis equivocada o exagerada (que la religión islámica justifica la violencia), ella forma parte de un debate intelectual y moral que no puede ser censurado en un Estado democrático aunque despierte sentimientos de rechazo e indignación.

Ahora bien, hay que tener en cuenta un argumento más que por falta de espacio no puede ser explorado aquí. En una sociedad

11. Judith BUTLER, *Lenguaje, poder e identidad*, Ed. Síntesis, Madrid, 2004.

multicultural, en la que conviven colectividades con un grado muy distinto de sensibilidad respecto al fenómeno religioso y a sus símbolos, lo que para unos queda incluido bajo el nivel de lo tolerable, para otros es tan execrable y ultrajante que ni siquiera puede ser consentido aunque forme parte instrumental de un debate ideológico. En nuestro ordenamiento jurídico las injurias son delito cuando “por su naturaleza, efectos y circunstancias, son tenidas en el concepto público por graves”. ¿A qué deben recurrir los jueces para consultar el concepto público, a dónde deben dirigirse para hallar la medida de la ofensa? Tal vez el criterio para ello sea ponerse en el lugar de las víctimas. Un Estado que adopta como principio esencial de su constitución la igualdad de consideración y respeto no puede ignorar la existencia dentro de su sociedad de culturas con símbolos de identidad radicalmente diferentes. La tolerancia exige también el respeto de esos símbolos.

Esto no es abogar por el relativismo cultural y la permisividad de todos los sistemas normativos. No todo lo que ofrecen todas las culturas merece respeto. Los aspectos más opresivos de la autonomía individual que presentan algunas culturas no pueden ser objeto de tolerancia cuando se parte del valor irrenunciable de la libertad humana. Pero esto no impide la defensa de la identidad cultural, ni es contradictorio con ella, porque lo que se protege defendiendo la identidad cultural es, precisamente, aquello que caracteriza, en su médula, la cultura liberal: la igual dignidad de todas las personas, cuya identidad como personas está –también– culturalmente definida¹².

12. Ver, en este sentido, Will KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996. También Bhikhu PAREKH, *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*, Ed. Istmo, Madrid, 2005, especialmente pp. 433 y ss.

SENTENCIA 176/1995, DE 11 DE DICIEMBRE

Sala Segunda: Gabaldón López, García-Mon y González-Regueral, *Mendizábal Allende* (ponente), González Campos, Viver Pi-Sunyer y Vives Antón.

Fundamentos:

1. “(...) desde la perspectiva dual que es propia de este elemento del proceso, se pretende la nulidad de una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona donde se condena al aquí demandante por la comisión de un delito de injurias como transgresora de la libertad de expresión. Ésta y el derecho al honor son los valores constitucionales en juego (...). Dicho lo cual, caen por su propio peso y se desgajan una serie de cuestiones que pertenecen al plano de la legalidad, sin dimensión constitucional. La principal, en su doble acepción de primera y más importante, la concurrencia, o no, del animus iniuriandi o de su antídoto, el animus iocandi, que son la columna vertebral de la argumentación desarrollada en la demanda.

(...) Decidir si se da o no se da forma parte de la operación de encajar lo sucedido en la norma, subsunción en ella del supuesto de hecho, con la consiguiente calificación jurídica. (...) Todo ello es en definitiva el contenido de la potestad de juzgar, tal y como ha sido diseñada por este Tribunal Constitucional, correspondiente con carácter exclusivo y excluyente a los Jueces y Tribunales titulares del Poder Judicial, que han de ejercer esa función jurisdiccional con absoluta independencia, vale decir con plena libertad de criterio, solamente sometidos al imperio de la Ley y el Derecho, sin interferencia alguna. En consecuencia, caen fuera de nuestro ámbito tales cuestiones (...).

2.

“Una disección analítica de las normas de la Constitución antes invocadas, dentro de este contexto, pone de manifiesto que en ellas se albergan dos derechos distintos por su objeto y a veces por sus titulares. En efecto, en un primer aspecto, se configura la libertad de pensamiento o ideológica, libertad de expresión o de opinión, mientras en otro, se construye el derecho de información con un doble sentido, comunicarla y recibirla. El objeto allí es la idea y aquí la noticia o el dato. Esta distinción, fácil en el nivel de lo abstracto, no es tan nítida en el plano de la realidad donde —como otras semejantes, por ejemplo hecho y derecho— se mezclan hasta confundirse, aun cuando en éste no haya ocurrido así”.

“Es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto aun cuando ofrezcan una cierta vocación expansiva. Un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuran constitucionalmente y en las leyes que los desarrollan, entre ellos –muy especialmente– a título enunciativo y nunca *numerus clausus*, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así se expresa el párrafo cuarto del art. 20 de nuestra Constitución. Aquí la colisión se predica del derecho al honor (...).

Pues bien, la lectura del álbum intitolado ‘Hitler = SS’ (...) pone de manifiesto ante todo que (...). Por su contenido narrativo y su forma compleja, gráfica y literaria, es una obra de ficción, sin la menor pretensión histórica. Por lo tanto, hay que situarlo en principio dentro de una lícita libertad de expresión (...). Es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan. En consecuencia, no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria. La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa, de la que más abajo habrá ocasión de hablar. Nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza, sin formular en ningún caso un juicio de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un contexto polémico”.

3. “Presenciamos, pues, el choque frontal de dos derechos fundamentales, el que tiene como contenido la libertad de expresión y aquel otro que protege el honor, desde cuya perspectiva unilateral, ahora, en una segunda fase del análisis conviene a nuestro propósito averiguar cuál sea su ámbito. En una primera aproximación no parece ocioso dejar constancia de que en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto, que resulta así jurídicamente indeterminado. Hay que buscarla en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino (...) nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), la cual –como les ocurre a palabras afines, la fama o la honra– consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona (...).

Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de toleran-

cia o de rechazo. (...) Aquí y ahora, es el pueblo judío en su conjunto no obstante su dispersión geográfica, identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas, desde la Diáspora al Holocausto, quien recibe como tal grupo humano las invectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano. En definitiva, es la solución que, con un planteamiento inverso, desde la perspectiva de la legitimación activa, aceptó este Tribunal Constitucional en su STC 214/1991”.

4.

“La ponderación antedicha es, en su esencia, una operación de lógica jurídica que, en principio, forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3). (...) esto que resulta inconcusos por haberlo dicho así, una y otra vez, este Tribunal, veda en efecto que actuemos aquí como una tercera instancia o como una supercasación, pero no coarta el ejercicio de nuestra propia perspectiva jurisdiccional (art. 123 CE).

(...) De ahí que la vía de amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado (art. 41.3 LOTC)”.

5. “Ahora bien, cualquiera que fuere la condición de las personas involucradas como autores o víctimas en una información o en una crítica periodística, existe un límite insalvable impunemente. ‘No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del texto fundamental’ (STC 105/1990) (...).

En el tebeo aquí enjuiciado desde una perspectiva estrictamente constitucional, ojeando y hojeando página tras página, (...) La lectura pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo pero muy principalmente los judíos.

(...) En tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente, Ahora bien, en este caso convergen además dos circuns-

tancias que le hacen cobrar trascendencia, una de ellas el medio utilizado, una publicación unitaria —un tebeo—, con un tratamiento predominantemente gráfico servido por un texto literario, cuyos destinatarios habrán de ser en su mayoría niños y adolescentes. Por esta condición del público lector al cual se dirige el mensaje, hay que ponderar su influencia sobre personalidades en agraz, aun no formadas por completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles (Sentencia del T.E.D.H. de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside).

(...) A lo largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. (...) Es evidente que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado (art. 27.2). Lo dicho hace que entren en juego los límites que para protegerlos marca la Constitución y, por lo mismo, el respeto a la moral que contiene el Convenio de Roma (art. 10.2; Sentencia del T.E.D.H. de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside y STC 62/1982). En tal sentido incide también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, cuyo art. 20.2 establece que se prohíba por Ley ‘toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia’”.

“La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. (...)”.

6. “El ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás. Por ello, se veda cualquier interferencia y como principal, en este ámbito, la censura previa (art. 20.2) (...). Como censura, pues, hay que entender en este campo, al margen de otras acepciones de la palabra, la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión, aunque consiga obtener el mismo resultado, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no ‘censura’ en el sentido que le da la Constitución.

Tampoco encaja en este concepto la que a veces ha dado en llamarse ‘autocensura’ (...). Por ello, el derecho de veto que al director concede el art. 37

de Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 no puede ser identificado con el concepto de censura previa (SSTC 171/1990 y 172/1990). Tampoco lo es la autodisciplina del editor cuya función consiste en elegir el texto que se propone publicar, asumiendo así los efectos positivos o negativos, favorables o desfavorables de esa opción como puedan ser el riesgo económico y la responsabilidad jurídica”.

Fallo:

Desestimar el presente recurso de amparo.