

CAPÍTULO QUINTO. Libertad de opinión y propaganda del odio racial . . . . .	145
I. Ideas como causas y daños como efectos .	145
II. El caso Violeta Friedman (STC 214/91) .	152
III. El caso del cómic nazi (STC 176/95) . . .	158
IV. Principios de Mill y principios de la comunidad . . . . .	161
V. Conclusión . . . . .	174

## CAPÍTULO QUINTO

# LIBERTAD DE OPINIÓN Y PROPAGANDA DEL ODIOS RACIAL

### I. IDEAS COMO CAUSAS Y DAÑOS COMO EFECTOS

Las ideologías (o la simple expresión de opiniones) que defienden tesis contrarias a la igualdad fundamental de los seres humanos o que contienen una propaganda del odio hacia grupos determinados de ciudadanos plantean un problema a las sociedades liberales. Mientras que las agresiones contra las personas o el patrimonio reciben respuestas no especialmente controvertidas por parte de las leyes penales, en el caso de la expresión de ideas una sociedad liberal se encuentra ante una serie de dilemas mucho más complejos, dada la dificultad de resolverlos desde los propios puntos de partida. La pregunta más simple que enseguida nos planteamos ante este género de hechos es si es posible prohibir la difusión de estas ideas en el marco de una sociedad liberal. En efecto, la denominada “propaganda

del odio” (*hate propaganda*) pone a prueba la defensa de una sociedad liberal que quiere seguir siendo liberal. Es preciso preguntarse qué cosas no se pueden decir en una sociedad liberal. Se trata de cuestionarse si la libertad de opinión, la libertad ideológica y la prohibición de los delitos de opinión convierten o no cualquier idea en defendible de manera pública. Desde otra óptica, el dilema ante el que nos encontramos es si la injuria y la calumnia son o no son el único límite a la libre expresión de ideas, creencias y opiniones. No está claro que una sociedad que se llama a sí misma liberal y que por tanto se funda en una ideología concreta, pueda impedir la difusión de ideologías contrarias. Ni tampoco que semejante actitud la convierta de inmediato en una sociedad no liberal. Se ha sostenido que la expresión de determinadas opiniones o ideas puede provocar, en el caso de convertirse en mayoritarias, e incluso sin ello, un daño a determinados derechos fundamentales, como la vida, la igualdad, las libertades más básicas. Ahora bien, la duda es si esta posibilidad es una razón suficiente, desde la perspectiva de una sociedad liberal, para prohibirlas. Las dificultades aumentan si nos interrogamos sobre la posibilidad de probar con certeza dicho daño: ¿es el género de daño que no debe soportarse, o más bien una sociedad liberal debe soportarlo si

quiere seguir siendo tal? Como se ve, los problemas expuestos nos pueden inducir a plantearnos, no sin cierta perplejidad, si puede una sociedad liberal defenderse a sí misma sin traicionar sus propios fundamentos. O, incluso, si necesita una sociedad liberal defenderse del daño que puede crearle la difusión de ideologías, opiniones o creencias contrarias a ella misma.

Como ya se ha expuesto, cuando hablamos de “sociedad liberal” nos estamos refiriendo a aquella para la cual los principios fundamentales son la autonomía de la voluntad y el principio de daño. El primero no parece necesario formularlo más allá de su propio enunciado. El segundo no es más que una manera de limitar el primero de cara a poder hacerlo efectivo. De acuerdo con estos principios, las concepciones del bien que cada uno tenga quedan fuera del ámbito público. La protección de la que habla el principio de daño se refiere a aquellas realidades necesarias para que cada uno desarrolle libremente sus propias concepciones del bien. Por tanto, se trataría de proteger la vida, la libertad, la propiedad, etcétera.

Las diferencias que encontramos en el modo de resolver el problema en las sociedades liberales actuales muestra al menos su complejidad. En principio, la Convención Internacional sobre la Elimina-

ción de todas las Formas de Discriminación Racial (adoptada y abierta a la firma y ratificación el 21 de diciembre de 1965 en virtud de la resolución 2106 A (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en vigor desde el 4 de enero de 1969) establece:

Los Estados partes... tomarán entre otras las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley.

Sin embargo, no son abundantes las legislaciones penales europeas que han establecido estas san-

ciones efectivamente.<sup>173</sup> Sí se encuentra tipificada como delito en Alemania, Austria y Francia la negación, aprobación o justificación del genocidio y demás delitos contra la humanidad perpetrados bajo el régimen nacionalsocialista.<sup>174</sup> Ello ha influido en la aparición de textos similares en los códigos penales suizo y español, aunque referidos en general al genocidio o cualquier otro delito contra la humanidad.<sup>175</sup> Estas regulaciones difieren, por su especificidad, de las de otros ordenamientos occidentales, como, por ejemplo, el de Canadá, donde

<sup>173</sup> Borja Jiménez, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del derecho penal*, Granada, Comares, 1999, pp. 296 y ss. Allí se mencionan algunas excepciones recientes, como los casos de Italia o Suiza.

<sup>174</sup> Por mencionar uno de los tres, el Código penal alemán, en el § 130.3 sanciona la conducta de quien “públicamente o en una reunión apruebe, niegue o minimice una acción de las comprendidas en el § 220.1 perpetrada bajo el dominio del nacionalsocialismo de una forma que sea adecuada para perturbar la paz pública”.

<sup>175</sup> En el caso español, el artículo 607.1 CP establece: “Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados...”. El inciso siguiente añade: “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

el artículo 319 (2) del Código Penal considera que comete un delito “cualquiera que, por comunicar declaraciones de un modo distinto a conversaciones privadas, promueva conscientemente el odio contra cualquier grupo determinado”.<sup>176</sup> Según el artículo 319 (7), la expresión “declaraciones” significa “palabras habladas o escritas o grabadas electrónica o electromagnéticamente o de cualquier otro modo, y gestos, signos u otras representaciones visibles”;<sup>177</sup> mientras que la expresión “grupo determinado” tiene el sentido que le da el artículo 318 (4) del propio Código Penal, es decir, “cualquier sector del público distinguido por su color, raza, religión u origen étnico”.<sup>178</sup>

<sup>176</sup> “Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group”.

<sup>177</sup> “words spoken or written or recorded electronically or electro-magnetically or otherwise, and gestures, signs or other visible representations”.

<sup>178</sup> “any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin”. La sentencia de la Corte Suprema canadiense *R. v. Keegstra* de 1990 ha avivado el debate en el ámbito canadiense durante la pasada década. Puede verse al respecto, Borovoy, A., “How Not to Fight Racial Hatred”, en Schneiderman, D. (ed.), *Freedom of Expression and the Charter*, Thomson Professional Publishing Canada, s/l, 1991, pp. 243-248; Mahoney, K., “The Canadian Constitutional Approach to Freedom of Expression in Hate Propaganda and Porno-

Frente a esto, en Estados Unidos, la primera enmienda de la Constitución (aprobada en 1791) establece: “El Congreso no hará una ley respecto al establecimiento de una religión o prohibiendo su libre ejercicio; o restringiendo la libertad de expresión, o de la prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente, y a pedir al gobierno la reparación de sus agravios”.<sup>179</sup> Este texto, aplicable a los Estados de la Unión en virtud de la decimocuarta enmienda, de 1868, ha dado lugar a innumerable jurisprudencia y comentarios doctrinales. Además, esta fuerte garantía de la libertad de expresión se entendió a partir del siglo XX en la jurisprudencia de la Corte Suprema no sólo como una prohibición de la censura previa, sino también como protección frente a la legislación sancionadora. De ahí que la discusión

graphy”, *Law and Contemporary Problems*, 55 (1992), pp. 77-105; Sumner, L. W., “Hate Propaganda and Charter Rights”, en Waluchow, W. J. (ed.), *Free Expression. Essays in Law and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 153-74; Serna, P. y Toller, F. M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 145-53.

<sup>179</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievance”.

sobre el aspecto concreto de la libertad de expresión que estamos considerando haya provocado una literatura inmensa durante este siglo en un país cuya historia está marcada por la cuestión racial.<sup>180</sup>

En España, el debate sobre esta cuestión se ha avivado con los brotes de xenofobia surgidos durante los últimos años, a raíz del incremento masivo de la emigración, y con la existencia de una ideología que apoya la violencia terrorista. Existen dos sentencias del Tribunal Constitucional que, aunque no tratan ninguno de estos dos asuntos concretos, ofrecen criterios para afrontar este particular de modo general. A continuación se analizarán dichas sentencias como punto de partida para tratar luego de responder a las preguntas que nos hemos formulado.

## II. EL CASO VIOLETA FRIEDMAN (STC 214/91)

Los hechos que dieron lugar a esta sentencia se remontan a la publicación del número 168 de la revista *Tiempo*, correspondiente a la semana del 29 de

<sup>180</sup> En castellano, puede consultarse el excelente estudio de Toller, F. M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1999, y la completa bibliografía y jurisprudencia que se cita.

julio al 4 de agosto de 1985. Allí, León Degrelle, antiguo jefe de las S.S., realizaba algunas afirmaciones en relación con el pueblo judío, los nazis y los campos de exterminio. La sentencia menciona declaraciones como las siguientes: “¿Los judíos?... evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios”. “El problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan”. “Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquel que podría salvar a Europa... Pero ya no surgen hombres como el Führer”. “...hace dos años que hay una recompensa en los EE.UU., para aquél que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos”. Estas declaraciones llevaron a Violeta Friedman a formular una demanda de protección civil del derecho al honor. Alegaba que esas declaraciones habían vulnerado su derecho al honor, porque ella misma estuvo internada en el campo de exterminio de Auschwitz, donde toda su familia murió gaseada por orden de un médico citado en las declaraciones, de suerte que en tales afirmaciones el demandado tergiversaba la historia y llamaba mentirosos a quienes padecieron los horrores de los campos de concentración nazis. Al ser absuelto el

demandado y desestimados el posterior recurso de apelación y el siguiente recurso de casación, decidió interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC).

El TC afirma la necesidad de tratar el conflicto suscitado entre particulares entre la libertad de expresión (artículo 20.1 a) y el derecho al honor (artículo 18.1), considerando este último como derivado de la dignidad de la persona (artículo 10.1) y, por tanto, teniendo en cuenta otros principios y derechos constitucionales vinculados al honor. Para lo que nos interesa hay que detenerse en la argumentación del Tribunal sobre dos de las tres cuestiones que se plantea: si la recurrente ostenta o no legitimación activa para interponer el recurso y si las manifestaciones referidas exceden o no los límites constitucionales de la libertad de expresión.

Respecto de la primera, el TC comienza recordando que el artículo 162.1 b) de la Constitución afirma que “están legitimados para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo”. Pero se remite a su propia doctrina para recordar que eso no significa que sea necesario un interés “directo”, y que en cualquier caso no es una cuestión para considerar en abstracto sino en función del derecho fundamental vulnerado. Que en el caso de un derecho perso-

nalísimo como el honor parezca que la legitimación activa corresponde al titular del derecho no excluye que pueda considerarse legitimado “un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo, de tal suerte que, menospreciando a tal grupo socialmente diferenciado, se tienda a provocar del resto de la comunidad social sentimientos hostiles o, cuando menos, contrarios a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social (artículos 10.1 y 14)” (FJ 3). Por eso mismo, si no se admitiera la legitimación activa de todos y cada uno de los miembros, éstos “permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada unos de sus integrantes”, y se estaría permitiendo “el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad” (FJ 3).

El problema es que para el propio TC resulta inadecuado hablar del honor de instituciones públicas o de clases. Pero esto no puede entenderse en un sentido que exija que los ataques deban dirigirse siempre a personas concretas e identificadas para poder hablar de lesión al honor. Es más, “también es posible apreciar lesión del citado derecho funda-

mental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad” (FJ 6). La razón de esto es que lo contrario “supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa” (FJ 6).

Acerca de la cuestión sobre si las manifestaciones referidas exceden o no los límites constitucionales de la libertad de expresión, el TC afirma que estamos ante unas afirmaciones que poseen “una connotación racista y antisemita” (FJ 8), que constituyen “una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos” (FJ 8), y que “conllevan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas” (FJ 8). Constituyen por tanto un atentado al honor de la demandante. Además, el TC se detiene a señalar que

“ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión comprenden el derecho a manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo” (FJ 8). Estos derechos “no garantizan el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social” (FJ 8). Por tanto, el ejercicio de tales derechos no puede “amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales” (FJ 8). Estaríamos ante una lesión del derecho al honor, pero también a la dignidad humana,<sup>181</sup> entendida como “rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor” (FJ 8). Porque, para el TC, el odio o desprecio a cualquier pueblo o etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana. De forma que “el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto expresa y protege el sentimiento de la propia dignidad, re-

<sup>181</sup> *Cfr.* al respecto Serna, P., “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”, *Persona y Derecho*, 41, 1999-1992, pp. 139-196.

sulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean” (FJ 8).

### III. EL CASO DEL CÓMIC NAZI (STC 176/95)

La publicación, en 1990, de un cómic titulado *Hitler=SS* llevó a la asociación “Amical de Mauthausen” a formular una denuncia, y a la asociación “B’Nai B’Rith de España” a presentar una querrela contra el director y editor de la editorial que lo publicaba. En un principio, el juzgado de instrucción correspondiente acordó el secuestro de la edición y de sus moldes, aunque posteriormente se absolvió al demandado. Recurrida la sentencia en apelación, la audiencia provincial correspondiente la revocó, condenando al demandado. Éste interpuso un recurso de amparo ante el TC. El tebeo en cuestión relata episodios que tienen por escenario los campos de exterminio nazis y como personajes a los miembros de las SS y a los judíos. Se dibujan conductas inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de las aberraciones sexuales. La narración del transporte de los prisioneros como ganado, del engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara de gas, del olor de los cadáveres y del aprovechamiento de los restos humanos, se

realiza en tono de mofa y con abundancia de expresiones despectivas e insultantes. “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” (FJ 5).

Para nuestro propósito, interesa detenerse en la argumentación del TC acerca de dos cuestiones también tratadas en la sentencia anterior: si los recurrentes ostentan o no legitimación activa y si las manifestaciones referidas exceden o no los límites constitucionales de la libertad de expresión.

El TC afirma que “desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso, a título de ejemplos” (FJ 3). En el presente caso, donde se trata del pueblo judío, “parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que también estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano” (FJ 3). El propio TC afirma que lo que está haciendo es seguir el criterio

de la STC 214/91 sobre legitimación activa, aunque con un planteamiento inverso.

Acerca de si hubo o no lesión del derecho al honor, el TC recuerda 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” (FJ 2). Pero, respecto al derecho al honor, afirma que el denominador común de los ataques al mismo es “el desmerecimiento de la consideración ajena como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas” (FJ 3). De nuevo, se recuerda la labilidad y fluidez del contenido del derecho al honor y su dependencia de las normas, valores e ideas sociales vigentes.

En el caso concreto, el TC aprecia “una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente” (FJ 5). Como vehículo de un mensaje racista se emplean recursos pornográficos, desprovistos de cualquier valor socialmente positivo, con un lenguaje de odio y una carga de hostilidad que incita directa o subliminalmente a la violencia. Todo esto “está en contradicción con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales” (FJ 5). Por tanto, un uso

de la libertad de expresión como el enjuiciado, que niega la dignidad humana, “núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional” (FJ 5).

#### IV. PRINCIPIO DE MILL Y PRINCIPIOS DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

Conviene advertir que la sentencia que debía resolver un caso menos claro, juzgando declaraciones más sutiles, desprovistas de insultos directos, evita la cuestión de la libertad ideológica como tal y se limita a determinar si hubo lesión del derecho al honor. En cambio, la sentencia que juzga una agresión más directa al honor entra en valoraciones sobre el conjunto de los valores constitucionales, los principios del sistema democrático o los derechos fundamentales en general. En efecto, por la descripción de ambos casos llama la atención que el primero de ellos contiene una carga de tipo racista más indirecta porque se sitúa en la línea del menosprecio o de la negación de hechos históricos, mientras que el segundo contiene una patente apología de los verdugos y una burla ignominiosa de las víctimas.

Abordando el eje del problema, podría pensarse *prima facie* que no se trata de un caso donde se ponen en juego los principios de autonomía y de daño,

sino de algo más sencillo. Como en casos similares, nos encontraríamos ante un simple problema de supuesto conflicto entre derechos fundamentales.<sup>182</sup> Para resolverlo, se trataría de establecer el contenido de unos derechos fundamentales concretos, como son la libertad ideológica y la libertad de opinión. Ello resulta más difícil que en el caso de la libertad de información (con criterios como la veracidad, el interés público) o el derecho al honor (con criterios sociales, rechazo del insulto). Veamos entonces qué se dice de ambos en las dos sentencias mencionadas.

Lógicamente, no se contiene en ellos un juicio general, que trascienda el objetivo de dictar sentencia en un caso concreto, aunque se formulen juicios más abstractos sobre estas libertades, sin que se llegue a afirmar nada sobre qué ideologías pueden ser defendidas y cuáles no. Pero aun así podemos intentar ver si se ofrecen criterios para prohibir la defensa de determinadas ideologías. Cabe preguntarse, entonces, por qué no se puede decir lo que se

<sup>182</sup> Acerca de la cuestión de los conflictos entre derechos fundamentales puede verse por su interés Cianciardo, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, prólogo de Pedro Serna, Pamplona, Eunsa, 2000, así como Serna, P.-Toller, F. M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, cit., nota 178, y la bibliografía allí citada.

dice en los casos concretos que se juzgan. Podría ser porque atenta contra el honor o, en cambio, por la ideología que contiene lo que se dice. Es posible también plantearse si es la ideología que contiene la que atenta contra el honor, de manera que sería posible rechazarla por conculcar un derecho fundamental, o si se trata, más bien, de una simple cuestión de derecho al honor que nada tiene que ver con la ideología.

En ambos casos, el TC juzga que se ha violado el derecho al honor, y lo pone en relación con la dignidad.<sup>183</sup> Asimismo, se rechaza que las expresiones que se juzgan entren en el ámbito de la libertad ideológica o de la libertad de opinión. Pero en esta última cuestión encontramos algunas diferencias de planteamiento del TC que nos obligan a formular las siguientes reflexiones sobre el particular.

En la STC 214/91 se califican las declaraciones juzgadas como “incitación antijudía, *con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos*”.<sup>184</sup> Por tanto, no se estarían juzgando unas opiniones por su verdad o falsedad, sino porque son contrarias al honor o porque incitan al odio o al desprecio. La misma sen-

<sup>183</sup> Serna, P., “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”, *op. cit.*, nota 181, pp. 161 y 162.

<sup>184</sup> Esta cursiva y las siguientes son añadidas.

tencia afirma que los derechos a las libertades ideológica y de opinión “no garantizan el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo *con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar*, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social”. De esta forma, el problema no estaría, en el caso que se juzga, en defender una determinada concepción del mundo o entendimiento de la historia (elementos propios de una ideología), sino en el ánimo de menospreciar, es decir, en la lesión del derecho al honor. Y, por último, se señala además que el ejercicio de las libertades mencionadas no puede “amparar manifestaciones o expresiones *destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad* contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales”. De nuevo, parece que se trata solamente de considerar una lesión al derecho al honor porque existe una intención por parte del que la causa de menospreciar o generar sentimientos de hostilidad.

En la STC 176/95 encontramos una afirmación que rechaza en principio la posibilidad de excluir a una opinión de la posibilidad de ser expresada “por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrá-

tico”. Esta afirmación estaría en la línea de la STC 214/91, que no pone barreras a la expresión de una opinión o ideología al margen de la posible lesión al honor que se está considerando. Sin embargo, esta misma sentencia aprecia en el texto que juzga “una actitud racista, *contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente*”. Ahora, se hace un juicio más amplio y se indica que el problema va más allá del derecho al honor. Todavía se aprecia este género de valoraciones cuando el TC señala que el contenido del tebeo en cuestión “está en contradicción con los *principios de un sistema democrático de convivencia pacífica* y refleja un *claro menosprecio de los derechos fundamentales*”. Por último, parece que se circunscribe de nuevo la cuestión cuando se considera que no puede gozar de protección constitucional un uso de la libertad de expresión como el que se enjuicia porque niega la dignidad humana, “*núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días*”.

A partir de aquí podemos plantearnos nuevos interrogantes. En concreto, si la causa de la lesión al honor según la STC 214/91 es la existencia de “incitación”, “ánimo deliberado”, afirmaciones “destinadas a menospreciar”, hay que preguntarse qué ocurre si no hay “incitación” o “ánimo deliberado” o afirmaciones “destinadas a menospreciar”. Aun-

que puede ser que toda afirmación, teóricamente ideológica, que tenga un contenido en el que se rechacen determinados valores constitucionales o determinados derechos fundamentales, sea de suyo una “incitación”, contenga un “ánimo deliberado” o esté “destinada a menospreciar”. O, más bien, que esto ocurra sólo con las ideologías que rechacen la igualdad o defiendan la discriminación a grupos étnicos, religiosos, de inmigrantes, sociales, etcétera. Ya se ve que no está claro si discriminar de esa forma atenta contra el derecho al honor del colectivo discriminado o el problema que crea es de otro género. Se abre así otro dilema al cuestionarnos si se han dado casos de afirmaciones racistas-xenóforas que no contengan de suyo una “incitación”. Depende del ánimo con el que se afirme. Pero un juicio *prima facie* lleva a pensar que tal género de afirmaciones nunca son inocuas y que es evidente para todos lo que las anima. ¿Hay afirmaciones de ese género que no estén “destinadas a menospreciar”? Con mayor motivo que en el caso de la pregunta anterior, habría que decir que no parece posible. Parece más bien que toda ideología racista-xenófora-discriminatoria es contraria al derecho al honor de la raza, grupo o etnia discriminados. El problema queda entonces en valorar correctamente las afirmaciones objeto del litigio.

Ahora bien, cuando el TC amplía a “grupos religiosos o sociales” el género de aquellos que no pueden ser discriminados bajo la aparente forma de ejercer la libertad ideológica, el asunto se complica. Dentro de esa categoría puede entrar un partido político (con sus afiliados, votantes, simpatizantes), un equipo de fútbol (con sus socios, seguidores, jugadores), o los habitantes de un lugar. Pero, entonces, hay que preguntarse qué diferencia unas manifestaciones descalificatorias contra un partido político (constantes en la vida política), un equipo de fútbol (casi diarias) o los habitantes de un lugar (por ejemplo, el municipio de Lepe, habitualmente satirizado en España). Aún más: ¿por qué es diferente hacer declaraciones despreciativas de los magrebíes en Tarifa que de los masai en Betanzos? A mi juicio, el honor de los masai, de los de Lepe, de los miembros de un partido político o de un equipo de fútbol, es el mismo que el de los judíos o los magrebíes. Es decir, con la expresión “grupos sociales”, las conductas que pueden caer aquí parecen confundirse con facilidad con la crítica política, cultural, literaria o deportiva. Por tanto, no se resuelve bien el problema diciendo que simplemente se trata de un problema de lesión al honor. Y tampoco parece correcto situar la diferencia en el diferente daño que produce, porque está lejos de re-

sultar evidente la relación causa-efecto y porque en España, por ejemplo, apenas hay judíos que puedan sufrir las consecuencias de esas manifestaciones. Piénsese además que la victimización es una constante de las sociedades actuales; y que la acusación de estar siendo criminalizados, que unos grupos sociales dirigen a otros, complica más este género de juicios. Ahora bien, a nadie se le escapa que los ejemplos que acaban de aducirse son muy diferentes. A mi modo de ver, lo que se deduce de lo establecido por el TC es que la única diferencia radica en que las manifestaciones despreciativas contra los judíos en los casos que se juzgan chocan frontalmente contra esos “valores constitucionalmente protegidos”, contra “los principios del sistema” o contra “los derechos fundamentales” considerados en general. En el fondo, habida cuenta de que tales valores, principios y derechos “en general” no son susceptibles de recurso de amparo (en virtud de los artículos 53.2, CE y 41.1, LOTC), se hace una pequeña maniobra, consistente en hablar de lesión al honor. Es decir, se valora distinguiendo de alguna manera un caso de otro desde la supuesta perspectiva del derecho al honor. Pero la diferencia realmente residirá en si se estima que esas manifestaciones discriminatorias afectan a esos valores, principios y derechos.

Si las manifestaciones objeto de juicio contradicen esos “valores constitucionalmente protegidos”, “principios del sistema” y “derechos fundamentales”, pareciera entonces que atentan contra el núcleo mismo del orden constitucional. Sin embargo, sería posible *a contrario sensu* considerar que los “valores constitucionalmente protegidos”, “principios del sistema” y “derechos fundamentales” también protegen la libertad de expresión y en general la autonomía del sujeto individual.<sup>185</sup> Tampoco esto puede obviarse, de manera que no resulta tan claro cuál es el alcance de esos valores, principios y derechos en esta colisión. La posición del TC parece descartar por completo esta última posibilidad *a contrario sensu*. Por eso, a mi juicio, lo que está haciendo es un juicio no liberal, un juicio perfeccionista, donde se considera que el conjunto de los valores superiores y derechos fundamentales, de los fundamentos del orden jurídico, exige el recorte y el control de quienes propugnan valores contrarios hasta el extremo de impedirles participar en algunos bienes públicos; mejor dicho, en algunos bienes comunes. Más bien, se está diciendo que ellos mismos se han separado de lo que es común a

<sup>185</sup> Para un ejemplo de tal posición puede verse Fiss, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 21-41.

la comunidad política, al orden político. Ello choca fuertemente con los planteamientos liberales más en boga, como el de Rawls, que parece postular una concepción pública indiferentista desde el punto de vista ético.

El problema de la supuesta “autoexclusión” es que habría que justificar que se excluyen de algunos bienes comunes (determinadas conductas sobre manifestación de las opiniones de manera pública), pero no de muchísimos otros. Esto vuelve a incidir en que se trataría de un juicio perfeccionista: hay determinadas conductas que, aunque no esté claro que provoquen un daño concreto a nadie, deben prohibirse. O mejor, se trata de conductas que provocan un daño a valores difícilmente cuantificables o personalizables; a valores que incluso están presentes en quienes formulan tal posibilidad de conculcarlos. Sin embargo, otras preguntas permanecen abiertas. Así, conviene aclarar si lo que debe impedirse es toda negación de los derechos fundamentales o simplemente toda afirmación contraria a algún determinado valor superior o sólo las que atenten contra el “conjunto” de tales valores.

Para responder a las cuestiones planteadas, es necesario avanzar más en nuestras consideraciones. Si de nuevo volvemos a los mensajes que el TC considera violatorios del honor, se observa que no

afirman que esas razas, etnias o grupos no son iguales o no poseen los mismos derechos fundamentales. No parece que lo digan, pero las ideologías que están detrás sí lo afirman. Es más, indirectamente algunos de esos textos sí están negando dicha igualdad. Ahora bien, falta por determinar cuál es entonces la igualdad que no se puede negar, qué género de discriminación no es manifestable. O, dicho de otro modo, hay que establecer cuándo se están negando directa o indirectamente los derechos fundamentales de un colectivo determinado. Una ideología puede negar la democracia de partidos o la prohibición de la censura previa o similares. Pero cabe la duda de si puede negar la igualdad ante la ley o si puede defender la discriminación por alguna o algunas de las razones que prohíbe el artículo 14. Hay “discriminación positiva” en razón de diferentes condiciones que aparecen en el artículo 14. Entonces, ¿cómo distinguir una discusión entre opiniones sobre discriminaciones y la directa negación de la igualdad o, mejor dicho, la defensa de una discriminación que no se puede permitir? Por lo visto, parece que la ideología o la opinión que no pueden expresarse serían aquellas que rechazan reconocer a determinados seres humanos su condición de sujeto de los derechos fundamentales. De esta forma, el TC pasaría de la igualdad en el senti-

do de derecho fundamental a no ser discriminado a la igualdad radical entre los seres humanos que es, para muchos, el fundamento mismo del derecho.<sup>186</sup>

Lógicamente, esta prohibición sacrifica en alguna medida la autonomía de unos para preservar la de otros. En perspectiva puramente liberal nos quedaría de nuevo juzgar según el daño. Pero, para cerrar nuestra argumentación hay que dar un paso más que en parte ya se ha adelantado. En realidad, el intento de juzgar las opiniones por los daños que producen podría dejar impunes algunas acciones como las que juzga el TC. En una sociedad donde no todos son iguales ante la ley o no todos son sujetos de derechos fundamentales, las declaraciones que estamos considerando ayudan a perpetuar un daño manifiesto a unos individuos concretos. Pero donde no se dan esas circunstancias no parece que se produzca realmente un daño por manifestarse esa ideología. En efecto, como hemos visto en los ejemplos ideados anteriormente, en muchos casos no parece posible observar tal daño. Por lo visto hasta ahora no se puede, desde una perspectiva liberal, prohibir tales declaraciones si no dañan. Resulta complejo sostener el argumento del daño al honor,

<sup>186</sup> Sobre esta igualdad fundamental o radical, puede verse Cotta, S., *El derecho en la existencia humana*, Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 44-53, y Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 210-212.

porque depende de un juicio de tipo sociológico. Con la dificultad añadida, en muchas ocasiones, de tener que demostrar que hay una relación directa entre determinados juicios y las subsiguientes conductas lesivas. Más aún: resulta difícil de valorar todo esto en una sociedad pacífica frente a determinadas ideologías muy minoritarias. Pareciera que sólo en aquellos casos en los que se han dado frecuentes hechos de violencia o de discriminación contra determinados grupos sociales por parte de otros grupos determinados podría pensarse que las manifestaciones que anteceden produzcan algún género de daño. Y aún así, es difícil probar que los grupos que discriminan o ejercen violencia necesitan tomar fuerzas de manifestaciones públicas antecedentes. Por el contrario, se puede añadir que el daño a una libertad tan fundamental en una sociedad liberal, como es la libertad de expresión, que podría producirse si se impiden determinadas opiniones, es más tangible y evidente. Todo esto fortalece la idea de que, más bien, el fundamento de la prohibición de este género de expresiones que venimos tratando es un juicio sobre esos valores, principios y derechos que se han mencionado antes. En puridad, desde un planteamiento liberal estricto, el *harm* es complejo de demostrar y parece el único elemento que posibilitaría una acción contra tales conductas.

## V. CONCLUSIÓN

En perspectiva liberal no parece posible convertir en delictivas las opiniones o las ideologías racistas, xenófobas o en general discriminatorias en sentido fuerte (las que niegan a otros ser sujetos de derechos). Sin embargo, en países donde hay una democracia liberal existen sanciones penales para este género de opiniones. Y ya hemos visto cómo falló el TC español ante este tipo de casos. Sólo si vamos más allá de la noción de daño podemos dar respuesta a esta pregunta. En las democracias que tratan este asunto existe un sustrato común de carácter político. Pero también hay elementos diferentes dentro de lo que constituye el “bien común político” de cada una de esas sociedades. Las diferencias proceden de razones muy diversas que tienen que ver con la forma de constituirse políticamente cada comunidad. En unas el bien común, expresado a través de la Constitución y de la praxis constitucional, incluye la sanción penal a las opiniones o ideologías que tratamos, y en otras no. Lo que el juez o el legislador van a tomar como punto de referencia a la hora de tratar esas conductas es precisamente esa idea de bien común. Pero entonces la conclusión es obvia: eso que es común no está constituido únicamente por el respeto a los

principios de autonomía y de daño, sino por el entero orden constitucional y los valores consolidados en la praxis política de la comunidad (o lo que indique ese bien común) y su interpretación por los órganos competentes. Ahora bien, esta conclusión parece llevarnos más allá de los límites del imaginario liberal. La valoración que se lleva a cabo para decidir este tipo de controversias no se hace desde la perspectiva del daño que una u otra medida traería consigo. La valoración va más allá del daño y, en este sentido, entran en juego otros elementos que son necesariamente políticos, sin que este adjetivo signifique ahora otra cosa que aquello que una comunidad considera como parte integrante de su bien común.

Por todo esto, hay que estar de acuerdo con quien recientemente ha vuelto a insistir en que cuando se pretende estar hablando sólo de derechos, en realidad se está ocultando la toma de decisiones políticas sobre la consistencia de bienes colectivos, porque no es posible tratar acerca de derechos sin haber definido antes el contenido de lo común.<sup>187</sup> Por eso mismo, proteger derechos individuales no significa la provisión al individuo de unas garantías

<sup>187</sup> Cruz Prados, A., *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, cit., nota 124, p. 353.

que son completamente independientes de la configuración colectiva de una comunidad política, y de los avatares que se sucedan en la práctica de esta configuración. Tales derechos, su protección, y su valoración por encima de otros, son el reflejo de las decisiones de dicha comunidad política sobre las cualidades de su existencia colectiva. Así, a través de la definición de derechos, lo que se está haciendo es custodiar y fortalecer una serie de relaciones sociales que, en virtud de su estructura, encarnan y fomentan aquellos valores que deseamos que estén presentes en nuestra sociedad y la caractericen.<sup>188</sup>

Como señalábamos más arriba, supeditar una libertad a otra supone formular un juicio de valor: preferir la participación en un tipo de bien público que en otro; considerar mejor una clase de sociedad que otra, en virtud de los bienes colectivos de los que se participa como miembro de esa sociedad.<sup>189</sup> Ésta es la comprensión de los derechos que hace posible justificar realmente la posibilidad de combatir la propaganda del odio racial o de la discriminación, porque la mezcla de liberalismo político e indiferentismo ético no permite ningún género de distinción en las ideas.

<sup>188</sup> *Idem.*

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 357.