

**STC 176/1995, de 11 de diciembre: Libertad de expresión y derecho al honor (caso Hitler S.S.)**

**(Publicada en B.O.E. de 12 de enero de 1996)**

Ponente: D. Rafael de Mendizábal Allende

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal y Allende, don Julio Diego González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado, en nombre del Rey, la siguiente sentencia.

En el recurso de amparo núm. 1421/1992, interpuesto por don Damián C.B., a quien representa el Procurador de los Tribunales don Francisco de Guinea y Gauna, con asistencia del Letrado don Jordi Perales Class, contra la Sentencia que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó el 11 de mayo de 1992 en procedimiento abreviado seguido por delito de injurias. Han comparecido el Ministerio Fiscal y las Asociaciones «Amical de Mauthausen» y «B'Nai B'Rith de España», la primera representada por el Procurador de los Tribunales don Emilio Alvarez Zancada, bajo la dirección del Abogado don Mateo Seguí, y la otra, por el Procurador don Carlos de Zulueta Cebrián con la asistencia letrada de don Jorge Trías Sagnier, siendo Ponente el Magistrado don Rafael de Mendizábal y Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. ANTECEDENTES

1. Don Damián C.B., en escrito presentado el 4 de junio de 1992, interpuso el recurso de amparo de que se hace mérito en el encabezamiento, donde se dice que en 1990 las Asociaciones «Amical de Mauthausen», y «B'Nai B'Rith de España», formularon sendas denuncia y querrela contra él y don Felipe B.R., en sus respectivas condiciones de director y editor de las publicaciones de la editorial Makoki, SA, por la comisión de los delitos de injurias graves (artículo 458 CP) y de escarnio de confesión religiosa (artículo 209 CP) a consecuencia de la publicación en España del álbum «Hitler=SS», del guionista Gourio y del dibujante Vuillemin, ambos de nacionalidad francesa.

Admitidas la denuncia y la querrela a trámite, el Juez de Instrucción núm. 24 de Barcelona acordó el secuestro de la edición y de sus moldes en Auto de 20 de julio de 1990. Una vez concluida la instrucción, las actuaciones fueron remitidas al Juez de lo Penal núm. 3 de la misma ciudad, que, el 29 de enero de 1992, dictó sentencia absolutoria. Esta sentencia fue recurrida en apelación por las antedichas Asociaciones y revocada por otra de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) con fecha 11 de mayo del mismo año en la cual fue condenado el hoy demandante, como autor de un delito de injurias, a las penas de un mes y un día de arresto menor y cien mil pesetas de multa, con dieciséis días de arresto sustitutorio en caso de impago, así como al abono de las costas procesales.

En la demanda de amparo se dice que la creación y publicación del álbum «Hitler=SS», se enmarca en el renacimiento en Europa de ideas y corrientes de claro contenido neonazi y revisionistas de los acontecimientos históricos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial, concretamente de la existencia de un genocidio y de la planificación de un exterminio de las razas consideradas inferiores o subordinadas a la aria, como era, entre otras muchas, la judía. Dado el auge, tanto ideológico como social de tales doctrinas, que no cabe olvidar tuvieron un

importante apoyo electoral en Francia, país natal de los autores Vuillemin y Gourio con el fenómeno Le Pen, aquéllos se plantearon la realización de un cómic en el que satirizar y ridiculizar, con el grafismo y el lenguaje que le es propio el fenómeno distorsionador o negador de la existencia de los campos de exterminio nazis, tomando como idea estandarte las frases y escritos del líder de la extrema derecha francesa Le Pen. Cobra por ello todo su sentido la apostilla crítica y satírica contenida en el libro de que «todo parecido con seis millones de personas que jamás han existido es pura coincidencia», frase atribuida precisamente a dicho dirigente político. Por lo tanto, en modo alguno pueden identificarse las expresiones o manifestaciones contenidas en el álbum con la ideología o pensamiento propio de sus autores y de los directores que hayan podido adquirir los derechos de edición de la obra. Esta disociación resulta elemental y básica para la apreciación, en su caso, de la existencia del animus o intencionalidad que pudiera revestir carácter delictivo.

Así las cosas, la condena impuesta infringe el artículo 20 de la Constitución, pues la actuación del demandante de amparo se ha limitado única y exclusivamente a decidir la adquisición de los derechos de edición y posterior publicación en nuestro país de los relatos que conforman dicho álbum, sin que por ello en él concurra el necesario animus iniurandi. La decisión de un director de revista de publicar un trabajo ajeno, por discutible o polémico que éste pueda ser, jamás puede abocar a una condena penal por la comisión de un delito de injurias, puesto que ello coarta irreparablemente su libertad ideológica y de expresión en contra de lo previsto en la normativa constitucional. Esa condena, sin analizar las concretas circunstancias y los verdaderos objetivos de su edición, avala que -paralelamente- se prohíba la obra de Salman Rushdie y hace incomprensible que se permita la edición de obras como «Mi lucha» de Hitler. La tesis contenida en la sentencia recurrida conduce a una rígida y severa autocensura previa o a un previo control administrativo o judicial a modo de filtro calificador, que expresamente prohíbe el artículo 20.2 de la Constitución. Finalmente, los artículos 13 y 15 del Código Penal, cuyo contenido ha matizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, han sido derogados por la Constitución. No puede condenarse a alguien por el mero hecho de que los autores reales no sean conocidos, no estén domiciliados en España o estén exentos de responsabilidad criminal.

La demanda concluye con la solicitud de que este Tribunal dicte sentencia en la que, otorgando el amparo solicitado, declare la nulidad de la sentencia recurrida, reconociendo el derecho del demandante al libre ejercicio de la libertad de expresión y la libre difusión de sus opiniones, ideas y pensamientos y, por lo tanto, a editar el álbum «Hitler=SS», por no revestir el mismo carácter injurioso, vejatorio o de menosprecio para persona o colectividad alguna. También se interesó que, entre tanto, se dejara en suspenso la ejecución de la sentencia impugnada.

2. La Sección Tercera, en providencia de 16 de noviembre de 1992, decidió poner de manifiesto al Fiscal y al recurrente la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, consistente en la manifiesta falta de contenido constitucional de la demanda. El traslado fue evacuado mediante sendos escritos presentados el 4 y el 5 de diciembre, respectivamente, y, en providencia de 21 de diciembre, la Sección admitió a trámite la demanda, requiriendo de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial y del Juez de lo Penal nº 3 de Barcelona la remisión de las actuaciones, con emplazamiento de quienes fueron parte en el proceso para que pudieran comparecer en éste de amparo, si les conviniera. En otra providencia simultánea, la Sección acordó también que se formara pieza separada, concediendo al Fiscal y al demandante un plazo de tres días para que pudieran alegar cuanto estimasen oportuno acerca de la suspensión solicitada. Evacuado el

trámite por ambas partes mediante sendos escritos presentados el 14 y el 15 de enero de 1993, respectivamente, en el Auto de 25 de enero se dejó en suspenso la sentencia impugnada por lo que toca al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Las Asociaciones «B'Nai B'Rith de España» y «Amical de Mauthausen» se personaron el 26 de marzo y el 18 de mayo, por lo que se las tuvo por parte en providencia de 4 de noviembre, donde, a la vez, habiendo sido recibidas las actuaciones, se dio vista de ellas, por plazo común de veinte días, a todos los comparecidos en la litis, para alegaciones.

3. La Asociación «Amical de Mauthausen» las evacuó en escrito presentado el 3 de diciembre, donde ratifica la denuncia que en su día presentó, sosteniendo que la publicación del álbum «Hitler=SS» constituye un delito de injurias. No cabe desconocer el principio constitucional de libertad de expresión, pero esta libertad no puede causar agravio de obra o de palabra, ser un hecho o dicho contra toda razón y justicia y amparar la injuria. Por ello solicita que sea dictada sentencia adecuada a Derecho.

4. A su vez, la Asociación «B'Nai B'Rith de España» formuló sus alegaciones el 4 de diciembre afirmando que en la demanda de amparo se plantea un conflicto entre las libertades reconocidas por el artículo 20 de la Constitución, en concreto, la libertad de expresión garantizada en el apartado 1 d) -sic- y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, como es el del honor, inherente a la dignidad de las personas que sufrieron los horrores en los campos de exterminio del nacional socialismo durante la Segunda Guerra Mundial. A este propósito debe destacarse un defecto formal en la demanda de amparo, ya que no contiene razonamiento alguno que ponga en relación la libertad de expresión con la sentencia recurrida ni sobre las circunstancias por las que ésta restringe el ejercicio de la libertad de expresión fuera de la invocación genérica y sesgada de la doctrina del Tribunal Constitucional. La fundamentación jurídica de la demanda se centra en la perspectiva penal de los artículos 13 y 15 en relación con los 457 y siguientes del Código Penal. En cuanto al fondo, debe coincidir con la sentencia recurrida, en la que, tras un preciso y razonado estudio del libreto denominado «Hitler=SS» se declara que el secuestro de la publicación «no puede confundirse con una limitación al derecho a expresar libremente opiniones», ya que no puede ampararse en el ejercicio del mismo el relato con expresiones irrespetuosas, hirientes y groseras del exterminio en los campos de concentración nazis. Consecuentemente, procede denegar el amparo solicitado.

5. El Fiscal, en escrito presentado el 10 de diciembre, solicitó también la desestimación del amparo. La falta de consistencia de la alegada derogación del artículo 15 del Código Penal se pone de manifiesto en la propia demanda, según la cual el recurrente decidió la adquisición de los derechos de edición y posterior publicación en nuestro país del cómic litigioso. Si los autores de éste no residen en España, la acción penal debe dirigirse contra el director de la publicación, posibilidad que este Tribunal ha consagrado en su STC 336/1993. Tampoco debe prosperar la quiebra del artículo 20.2 de la Constitución, pues no existe en autos censura previa alguna, como se deduce de la doctrina sentada en la STC 171/1990. En cuanto a la vulneración del artículo 20.1 de la Constitución, se invocan las libertades de expresión, creación artística e información, sin individualizar cuál de ellas es la concretamente ejercitada. Incluso se alude incidentalmente a la libertad ideológica del artículo 16.1, aunque no se alegue formalmente. En cualquier caso, tales libertades poseen un valor preferente siempre que se ejerciten dentro del ámbito constitucionalmente protegido. Ahora bien, si se ha transgredido dicho ámbito, carecen de carácter de límite expreso al derecho al honor y será éste el que deba prevalecer.

Este Tribunal se ha pronunciado también respecto a la licitud constitucional de la libertad ideológica, de expresión e información cuando contengan manifestaciones xenófobas en su STC 214/1991. De acuerdo con la doctrina contenida en la misma, no debe haber duda alguna de la realidad del ataque al honor del pueblo judío y de todos sus integrantes que sufrieron los horrores de los campos de concentración, quienes, sin duda, como los miembros de las Asociaciones denunciante y querellante, se sintieron vejados con la publicación del cómic de autos. Sí existe, pues, un ataque al honor y su manifestación no se encuentra amparada por las libertades del artículo 20.1 de la Constitución, puesto que no se ha hecho uso legítimo de las mismas, hay que concluir que la ponderación efectuada por los órganos jurisdiccionales es adecuada a los parámetros constitucionales y debe ser confirmada.

El resto de las alegaciones afectan a cuestiones de legalidad ordinaria. En efecto, la subsunción de los hechos en la norma penal, la valoración del animus iniurandi y la exclusión justificadora del animus iocandi son temas que pertenecen en exclusiva a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución. En definitiva, existe una resolución fundada en Derecho que aplica unos valores de los bienes jurídicos «honor» y «libertad de expresión» que se atienen a los parámetros constitucionales y que efectúa una adecuada ponderación entre los mismos.

6. El demandante de amparo dejó transcurrir el plazo abierto para alegaciones sin formularlas.

7. Mediante providencia de 7 de diciembre de 1995, se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 11 del mismo mes.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Si configurar con la mayor nitidez posible el objeto del amparo es siempre conveniente para hacer asequible el razonamiento y dar claridad a su exposición, como parte de la cortesía forense, en algunos casos -como éste- sirve para deslindar desde el principio lo que está fuera del debate y lo que ha de permanecer dentro. Pues bien, 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, protagonista y antagonista en un tal planteamiento según se mire, sus únicas dramatis personae. 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.

La existencia de esa intención o de ese propósito concreto de ofender, cuya intensidad enerva y puede llegar a volatilizar el talante jocoso, desde la sátira al humor, con todas sus gradaciones o matices, es un componente subjetivo del delito de injurias, con el trasfondo del honor como bien jurídico protegido -artículo 18.1 de la Constitución-, fundamento a su vez de la llamada antijuridicidad material. En suma, ese rasgo es un aspecto del «tipo» o descripción estereotipada de los comportamientos punibles, contenidos en los arts. 453 y 457 del Código Penal. 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. Esta operación supone -por un lado- la selección de la norma, incluso en su dimensión temporal (vigencia, retroactividad, ultraactividad) y espacial (territorialidad) con su interpretación (STC 133/1995) y -por el otro- la

acotación de la realidad por medio de la actividad probatoria, con el recibimiento a prueba la comprobación de su pertinencia la práctica y la valoración de la legitimidad de su obtención y de su fuerza convincente. 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 como advirtió en su momento el Fiscal y deben quedar excluidas desde ahora mismo, dejando tan sólo para el debate aquellas otras que tienen una dimensión constitucional.

Desde otra perspectiva, esa misma incógnita, consistente en averiguar si se da un *sedicente animus iocandi* que neutralizaría el *iniurandi*, cuya eficacia exculpatoria aceptó el Juez de Instrucción pero niega la Audiencia Provincial, nos lleva de la mano a su encuadramiento en el sistema de recursos para cuya configuración se utilizan variadas modalidades y diversos tipos, entre ellas la apelación. Su naturaleza de medio de impugnación ordinario está fuera de debate e implica, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo* no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. En tal sentido hemos explicado muchas veces que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se plantean, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium* (SSTC 124/1983, 54/1985, 145/1987, 194/1990 y 21/1993).

En consecuencia, es tan posible como frecuente la disparidad de criterio entre los Jueces y Tribunales de primera y segunda instancia, sistema por otra parte irreprochable desde una perspectiva constitucional como se ha visto, y en tal disyuntiva la propia lógica del sistema da prevalencia a la decisión de quien resuelve el recurso de apelación (STC 124/1983). En cambio este Tribunal Constitucional, que no ejerce una tercera instancia ni tampoco funciones casacionales, inherentes una y otras al juicio de legalidad privativo de la potestad de juzgar que la Constitución encomienda a los órganos del Poder Judicial, no tiene por qué revisar las razones en virtud de las cuales un órgano judicial otorgue mayor peso específico a un elemento del tipo que a su antídoto o factor de exclusión de la ilicitud penal. Es claro, pues, desde esa perspectiva de la legalidad, que la Audiencia de Barcelona no extravasó las funciones de Juez de la apelación siendo razonable y razonada su decisión, y por ello carece de fundamento sólido tal reproche. Por lo tanto, el problema, aquí y ahora, consiste en analizar la dimensión constitucional de tal decisión judicial.

2. La Constitución Española reconoce y protege los derechos «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones», así como a «comunicar y recibir libremente información», a través de la palabra por de pronto y también a través de cualquier otro medio de difusión (artículo 20 CE). Por su parte el Convenio de Roma de 1950, les dedica su artículo 10, según el cual «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión», con las dos subespecies a las que luego hemos de aludir necesariamente, a cuya luz han de ser interpretadas las propias normas constitucionales relativas a los derechos y libertades fundamentales (artículo 10 CE; SSTC 138/1992 y 76/1995).

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.

En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal Constitucional desde antiguo y ha intentado delimitar ambas libertades, a pesar de las dificultades que en ocasiones conlleva la distinción entre información de hechos y valoración de conductas personales, por la íntima conexión de una y otra, ya que «esto no empece a que cada una tenga matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente». Años después, insistíamos en la tesis de que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el cual deben incluirse también los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa en cambio sobre hechos noticiables y aun cuando no sea fácil separar en la vida real aquella y éste, pues la expresión de ideas necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, ésta incluye no pocas veces elementos valorativos, lo esencial a la hora de ponderar el peso relativo del derecho al honor y cualquiera de estas dos libertades contenidas en el artículo 20 de la Constitución es detectar el elemento preponderante en el texto concreto que se enjuicie en cada paso para situarlo en un contexto ideológico o informativo (STC 6/1988).

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 artículo 20 de nuestra Constitución. Aquí la colisión se predica del derecho al honor, aun cuando como premisa mayor del razonamiento jurídico haya que esclarecer cuál de ambas libertades, trenzadas a veces inextricablemente, haya sido la protagonista, porque las consecuencias son muy diferentes en cada caso si se recuerda que además de los límites extrínsecos, ya indicados atrás y comunes para una y otra la que tiene como objeto la información está sujeta a una exigencia específica.

Pues bien, la lectura del álbum intitolado «Hitler=SS», publicación unitaria como contrapuesta a periódica en la clasificación de la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta (artículo 50), pone de manifiesto ante todo que se trata de una serie en la que con dibujos y texto se compone un relato «historieta» o «tebeo», según el Diccionario de la Real Academia, «cómico» en la lengua franca de nuestros días, con una extensión de casi noventa páginas. 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, en cuya trama dialéctica y su urdimbre literaria se entremezclan ingredientes diversos, con preponderancia del crítico, reflejado en los muy abundantes juicios de valor. 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. Tampoco tiene como misión velar por la pureza de los silogismos ni por la elegancia estilística o el buen gusto.

Los titulares de este derecho subjetivo en que se traduce al lenguaje jurídico la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, derecho fundamental además con una más intensa protección por tal naturaleza, sus sujetos activos, somos todos los ciudadanos, sin ceder a la tentación de identificar el fin y los medios, la función y sus servidores. Ahora bien, existen algunos cualificados, como son en principio los periodistas que prestan un trabajo habitual y retribuido, profesional por tanto, en los medios de comunicación, como síntesis de la definición que encabeza el proyecto de Carta Europea. En tal sentido ha dicho este Tribunal que la protección constitucional de la libertad de expresión «alcanza un máximo nivel cuando... es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción», (STC 165/1987), donde se incluyen sus modalidades cinematográfica, radiofónica o televisiva, cuya actividad hemos calificado también como «función constitucional», (STC 76/1995) por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia, según dijeron en 1812 las Cortes de Cádiz, para prevenir «la arbitrariedad de los que nos gobiernan».

Periodistas han de ser también los Directores de las publicaciones periódicas o agencias informativas, con derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico, tanto de redacción como de administración y publicidad, reverso negativo de la misión de mantener la orientación que se le asigna (artículos 34 y 37 Ley de Prensa). Pero no termina aquí el elenco. Viene a continuación el editor, que saca a la luz pública una obra, ajena por lo regular, valiéndose de la imprenta o cualquier otra modalidad de las artes gráficas, con un talante empresarial (artículos 16 y 5 Ley de Prensa), cuya facultad más importante, inherente a su condición, consiste en seleccionar los textos para publicarlos. Este grupo de personajes, más el impresor, son a su vez los eventuales autores de los delitos que se cometan por medio de la imprenta, grabado u otra forma mecánica de reproducción según indica el Código Penal vigente a la sazón (artículos 13 y 15) cuya constitucionalidad no hemos puesto nunca en entredicho.

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 y el Diccionario de la Real Academia (edición 1992) 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, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas en cambio intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o la difamación, lo infamante. El denominador común de todos los ataques o intromisiones

legítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (artículo 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.

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 tolerancia o de rechazo. 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). La titularidad de este derecho subjetivo se asigna, en la Ley y en la doctrina legal del Tribunal Supremo, a la persona, en vida o después de su muerte, por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes. 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. 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 y así lo dijo el Tribunal Supremo, en el plano de la legalidad y en su ámbito penal, cuando dictó la Sentencia de 20 de diciembre de 1990. 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 inectivas, 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. Una vez despejadas las dos incógnitas previas, que no eran sino la identificación de la libertad en juego y el contenido del derecho que le sirve de límite, el paso siguiente habrá de ser la ponderación de una y otro, en el ámbito del artículo 20 de nuestra Constitución. 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. Así lo hemos reconocido y proclamado, con unas u otras palabras en más de una ocasión (SSTC 6/1981, 104/1986, 165/1987 y 107/1988, entre otras). El análisis para sopesar los derechos en tensión ha de hacerse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, con una panoplia de criterios convergentes, entre ellos, por lo que al caso respecta, el tipo de libertad ejercitada, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido.

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 (artículo 117.3). En efecto, tal potestad comprende la selección de la norma jurídica aplicable al caso concreto, incluso en su dimensión temporal, la interpretación y la subsunción en ella de los hechos, la determinación de éstos a través de la actividad probatoria, con la admisión y pertinencia de los medios propuestos y la libre valoración del acervo obtenido mediante los efectivamente utilizados. Si a lo dicho se añade la posibilidad de ejecutar lo juzgado, para hacer así efectiva la tutela judicial (artículo 24.1 CE) queda claro, en un rápido esbozo, el perfil constitucional de la función judicial. Pues bien, esto que resulta inconcuso 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 (artículo 123 CE).

En tal línea discursiva, cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión «como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva», del uno o del «otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle», (STC 171/1990). 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 (artículo 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 artículo 10.1 del texto fundamental» (STC 105/1990). En tal línea discursiva se hace obligado verificar si en este caso, partiendo sin vacilación alguna de la más amplia y deseable libertad de expresión, se extravasó el perímetro de tal derecho fundamental o, por el contrario, si su ejercicio ha podido legitimar de algún modo la conducta que por la Audiencia Provincial fue calificada, en el plano de la legalidad que es el suyo propio, como un delito de injurias graves, con escrito y con publicidad (artículos 457, 458. 3 y 4 y 459 CP), donde se castiga cualquier «expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona», cuya antijuridicidad material protege el honor de las personas. Al efecto tenemos un dato, el bien jurídico protegido por esta norma y una incógnita, si las palabras y las imágenes utilizadas en relación con las víctimas del Holocausto lo lesionan ilegítimamente.

En el tebeo aquí enjuiciado desde una perspectiva estrictamente constitucional, ojeando y hojeando página tras página, resulta que en él «se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de conductas ... inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales». «El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos», con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonzando todo con expresiones insultantes o despectivas («animales», o «carroña», entre otras). Así lo dice la sentencia impugnada. Gráficamente se acentúa la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos. Y así hasta la náusea. 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.

Cada viñeta -palabra y dibujo- es agresiva por sí sola, con un mensaje tosco y grosero, burdo en definitiva, ajeno al buen gusto, aun cuando no nos corresponda terciar en esta cuestión, que se trae aquí como signo externo de ese su talante ofensivo. Ahora bien, importa y mucho, en este análisis de contenidos, bucear hasta el fondo para obtener el auténtico significado del mensaje en su integridad. 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 circunstancias 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 TEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside).

En definitiva, a ese mensaje racista, ya de por sí destructivo, le sirve de vehículo expresivo un talante libidinoso en las palabras y en los gestos o las actitudes de los personajes que bien pudiera ser calificado, más de una vez, como pornográfico, por encima del nivel tolerable para la sociedad española hoy en día y desprovisto de cualesquiera valores socialmente positivos sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos, en una enumeración abierta. 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. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros. 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 (artículo 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 (artículo 10.2; Sentencia del TEDH 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 artículo 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».

Es evidente que, vista así, la historieta nada tiene que ver, ningún parentesco guarda con una crónica del pasado, careciendo de valor informativo alguno, sin que tampoco lo tenga cultural en ninguna de sus facetas como se vio más arriba. Por otra parte, el propósito burlesco, animus iocandi, al que niega eficacia exculpatoria la sentencia en el plano de la legalidad, intangible para nosotros, se utiliza precisamente como instrumento del escarnio. Es posible que para algunos ciertas escenas del folleto resulten cómicas por su capacidad para poner en ridículo el sufrimiento, minimizando la abyección. Ese tratamiento no encaja, por supuesto, en el humor tal y como se conoce en la preceptiva literaria. Lo que se dice y lo que se dibuja en el panfleto, rezuma crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto muchos de los cuales -la inmensa mayoría- no pueden quejarse, pero otros aún viven, y también hacia sus parientes, amigos o correligionarios o hacia cualquier hombre o mujer.

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. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (SSTC 170/1994 y 76/1995). Un «cómic», como éste, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra. Es claro, por lo dicho, que la Audiencia Provincial de Barcelona aplicó el tipo delictivo desde la perspectiva constitucional adecuada.

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 (artículo 20.2), que históricamente aparece apenas inventada la imprenta, en los albores del siglo XVI y se extiende por toda Europa. En España, inicia esta andadura de libertad vigilada la pragmática de los Reyes Católicos de 8 de julio de 1502, seguida por otras muchas a lo largo de tres siglos que se recogerán a principios del XIX en la Novísima Recopilación. Dentro de tal contexto histórico se explica que, poco después, la Constitución de 1812 proclamara la libertad «de escribir, imprimir y publicar ... sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación», (artículo 371), interdicción que reproducen cuantas la siguieron en ese siglo y en el actual e inspira el contenido de la nunca derogada Ley de policía de imprenta de 26 de julio de 1883. 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», utilizada en algunos sectores -la cinematografía o la prensa-, en algunos países o en algunas épocas para regular la propia actividad y establecer corporativamente ciertos límites. Más lejos aún del concepto constitucionalmente proscrito está la carga, con su cara y reverso de derecho-deber, que permite e impone a los editores y directores un examen o análisis de texto y contenidos, antes de su difusión, para comprobar si traspasan, o no, los límites de las libertades que ejercen, con especial atención a los penales. Se trata de algo que, en mayor o menor grado, precede siempre a la conducta humana, reflexiva y consciente de que el respeto al derecho ajeno es la pieza clave de la convivencia pacífica. En tal sentido hemos dicho ya que la «verdadera censura previa», consiste en cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido», (STC 53/1983). Por ello, el derecho de veto que al director concede el artículo 37 de la 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

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española,

Ha decidido: Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a once de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.-José Gabaldón López, Presidente; Fernando García-Mon y González-Regueral.-Rafael de Mendizábal y Allende.-Julio Diego González Campos.-Carles Viver Pi-Sunyer.-Tomás S. Vives Antón.-Firmado y rubricado.