



---

# **Universidad de Valladolid**

**Facultad de Derecho**

**Grado en Derecho**

## **La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia Constitucional: Estudio Argumentativo**

Presentado por:

***María Gallego Prieto***

Tutelado por:

***Francisco Javier Andrés Santos***

*Valladolid, 10 de junio de 2020*

## RESUMEN

Este estudio argumentativo pretende analizar la argumentación utilizada por el Tribunal Constitucional en supuestos en los que el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE) se ve vulnerado, o bien, cuando este colisiona con otros derechos fundamentales. La Teoría de la Argumentación Jurídica es el método mediante el cual se realiza dicho estudio con el objetivo de examinar cuáles son los argumentos que justifican la interpretación del Tribunal Constitucional así como, en algunos casos, estudiar si cabía la aplicación de otros argumentos alternativos. Este análisis va a permitir, no sólo conocer la tesis predominante en esta materia, sino también las diferencias argumentales que existen entre el derecho a la libertad de opinión y el derecho a la libertad de información, por ser estas las facetas del derecho a la libertad de expresión que más conflictos tienen lugar en la práctica.

**Palabras clave:** libertad de expresión, libertad de información, libertad de opinión, Tribunal Constitucional, interpretación constitucional, Teoría de la Argumentación Jurídica.

## ABSTRACT

This argumentative study aims to analyze the argumentation used by the Constitutional Court in cases where the right to freedom of expression (art. 20 CE) is violated, or when this one collides with other fundamental rights. The Theory of Legal Argumentation is the method used to this study and which is carried out with the purpose of examining which are the arguments that justify the interpretation of the Constitutional Court as well as, in some cases, studying whether there were other applicable and alternative arguments. This analysis will allow, not only to know the predominant reasoning in this subject, but also the argumentative differences that exist between the right to freedom of opinion and the right to freedom of information, as these are the facets of the right to freedom of expression that have most conflicts in practice.

**Keywords:** freedom of expression, freedom of information, freedom of opinion, Constitutional Court, constitutional interpretation, Theory of Legal Argumentation.

## ÍNDICE:

<b>1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO. ....</b>	<b>4</b>
<b>2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN SENTIDO ESTRICTO ....</b>	<b>14</b>
<b>2.1. STC 235/2007, de 7 de noviembre.....</b>	<b>14</b>
2.1.1. ANTECEDENTES DE HECHO.....	14
2.1.2. ARGUMENTOS REFERIDOS A LA NORMA APLICABLE AL CASO..	16
2.1.3. ARGUMENTOS PARA LA SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN EL SUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA.....	22
2.1.4. CONCLUSIÓN.....	25
<b>2.2. STC 177/2015, de 22 de julio. ....</b>	<b>29</b>
2.2.1. ANTECEDENTES DE HECHO.....	29
2.2.2. ARGUMENTOS REFERIDOS A LA NORMA APLICABLE AL CASO..	31
2.2.3. ARGUMENTOS PARA LA SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN EL SUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA.....	36
2.2.4. CONCLUSIÓN.....	39
<b>3. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN: .....</b>	<b>43</b>
<b>3.1. STC 25/2019, de 25 de febrero.....</b>	<b>43</b>
3.1.1. ANTECEDENTES DE HECHO.....	43
3.1.2. ARGUMENTOS REFERIDOS A LA NORMA APLICABLE AL CASO..	45
3.1.3. ARGUMENTOS PARA LA SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN EL SUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA.....	58
3.1.4. CONCLUSIÓN.....	62
<b>4. CONCLUSIONES .....</b>	<b>65</b>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>68</b>

## **ABREVIATURAS**

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
FJ	Fundamento Jurídico
STC, SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS, SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TAJ	Teoría de la Argumentación Jurídica
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

## 1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO.

La libertad de expresión ha sido objeto de desarrollo en su interpretación y argumentación por el Tribunal Constitucional, siendo un derecho fundamental aún no regulado de forma individual por Ley Orgánica (art. 81.1 CE), a diferencia de otros derechos fundamentales. Básicamente se podría considerar que el derecho a la libertad de expresión se ha ido construyendo a través de la jurisprudencia constitucional, aunque también este derecho fundamental se ha visto delimitado por otras normas, como son el Código Penal o la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, siendo éstas de las más importantes.

En el presente trabajo se trata de realizar un estudio de la jurisprudencia constitucional en relación con este derecho fundamental analizando la interpretación y la argumentación utilizada a través de la denominada «Teoría de la Argumentación Jurídica» (TAJ). Sin embargo, antes de proceder a un estudio argumentativo de dichas resoluciones judiciales del Tribunal Constitucional, es preciso establecer: por un lado, un marco general sobre la *argumentación jurídica*, método del presente trabajo; y por otro lado, las nociones básicas relacionadas con el *derecho a la libertad de expresión* por ser esta la materia objeto de estudio argumentativo.

Comenzando por la *argumentación jurídica*, la TAJ se centra principalmente en la *interpretación judicial*<sup>1</sup>, la cual tiene especial trascendencia en aquellos supuestos que plantean problemas interpretativos. Ante estos supuestos, el Juez va a llevar a cabo la correspondiente labor de interpretación, es decir, va a atribuir de significado a un enunciado normativo a través de argumentos que van a justificar el criterio interpretativo adoptado por el Juez de entre las posibles modalidades de interpretación previstas en el art 3.1 CC. Tras ello, el Juez deberá estudiar los hechos para ver si estos son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma y, posteriormente, atribuirlos de consecuencia jurídica. No obstante, la decisión derivada de la interpretación realizada por el órgano jurisdiccional debe estar motivada (art. 120.3 CE) debiéndose acudir, para ello, a la aplicación de *argumentos interpretativos*. Los argumentos interpretativos son el conjunto de razones jurídicas que sostienen dicha interpretación<sup>2</sup>. Por lo tanto, la interpretación jurídica y la argumentación jurídica se encuentran vinculadas, ya que ésta última es la que justifica la primera. Esto también tiene trascendencia debido a

---

<sup>1</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Concepciones de la interpretación y problemas interpretativos”. *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, p. 230.

<sup>2</sup>LIFANTE VIDAL, Isabel, “Tres ámbitos de la argumentación judicial”, *Revista Aequitas*, 2013, núm. 2, p. 20.

que el Juez puede optar, dentro de los criterios interpretativos previstos en el art. 3.1 CC, por uno de ellos y, a su vez, apoyar dicho criterio interpretativo con diferentes argumentos que, según aquellos en los que se funde, llegará a una determinada conclusión.

Esto último es lo que da importancia a la argumentación realizada por los Tribunales y es que a través de la argumentación, el órgano jurisdiccional debe justificar que esa interpretación, que concluye en una decisión, es la más adecuada de entre todas las interpretaciones alternativas posibles que se podían haber aplicado<sup>3</sup>.

El método que seguiremos para realizar este estudio argumentativo será a través del esquema del *silogismo subsuntivo*<sup>4</sup> por tener en cuenta tanto la justificación interna como la justificación externa, las cuales a continuación se tratará de definir. La estructura del silogismo subsuntivo consta de una premisa mayor que es la premisa normativa (el supuesto normativo), una premisa menor que es la premisa fáctica (los presupuestos de hecho), llevando, tras la subsunción de los hechos en la norma, a una conclusión (la consecuencia jurídica)<sup>5</sup>.

Para considerar una decisión justificada, debe concurrir tanto una justificación interna como una justificación externa. La *justificación interna* es aquella “a la que se refiere la validez de una inferencia a partir de premisas dadas”<sup>6</sup>, es decir, existe justificación interna cuando la conclusión se deduce de forma lógica deductiva de las premisas dadas (la premisa normativa y la premisa fáctica), mientras que la *justificación externa*, hace referencia a “la justificación de las premisas, lo que no puede hacerse sin recurrir a teorías que no pueden ser ya meramente formales”<sup>7</sup>, es decir, es el conjunto de razonamientos que fundamentan esas premisas y que se apoya en argumentos como, por ejemplo, principios interpretativos, lo que implica que esta última justificación no es lógico-deductiva<sup>8</sup>, sino que utiliza criterios que van más allá de la lógica en sentido estricto. La justificación externa, al ser el conjunto de razonamientos que fundamentan la interpretación y validez de las premisas, es anterior a la justificación interna, puesto que esta última lo que hace es evaluar si es válida la conclusión deducida de las premisas anteriormente interpretadas, es por ello que se podría considerar que la

---

<sup>3</sup>LIFANTE VIDAL, Isabel, ob. cit., pp. 14-19.

<sup>4</sup>LIFANTE VIDAL, Isabel, ob. cit., p. 31.

<sup>5</sup>ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 2006, pp. 165-174.

<sup>6</sup>ATIENZA, Manuel, “Las razones del Derecho”, *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, núm. 134, 2005, p. 26.

<sup>7</sup>ATIENZA, Manuel, “El Derecho como argumentación”. *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, Madrid, 1999, p. 43.

<sup>8</sup>ZULUAGA JARAMILLO, Andrés Felipe, La Justificación Interna en la Argumentación Jurídica de la Corte Constitucional en la Acción De Tutela contra Sentencia Judicial por Defecto Fáctico, *Revista Ratio Juris* Vol. 7 núm. 14, 2012, pp. 93-97.

justificación interna realmente depende de la justificación externa<sup>9</sup>, ya que primero se deben interpretar las premisas y, una vez interpretadas estas, deducir de dichas premisas la conclusión.

La premisa normativa es la primera premisa cuya justificación debe ser objeto de análisis. De forma posterior a la justificación de esta premisa, se procede a justificar la premisa fáctica, la cual se caracteriza por el principio de la libre valoración de la prueba.

En la premisa normativa nos referimos a la norma jurídica por lo que es en ésta donde se produce la labor de interpretación del Derecho. Como antes se mencionó, la interpretación es una actividad con cierto carácter discrecional (que no es lo mismo que arbitrariedad), ya que se puede optar por diferentes criterios para su realización. La importancia de la interpretación suele darse con mayor fuerza en supuestos donde se presentan problemas interpretativos, bien sea por razón del lenguaje que denote cierta ambigüedad o indeterminación, o por razón de su ubicación sistemática pareciendo similar o contraria a otra disposición o incluso que no exista disposición aplicable al caso. Estos problemas interpretativos tienen como consecuencia que hablemos, bien de *casos fáciles* o bien de *casos difíciles*.

Los *casos fáciles* son aquellos supuestos cuya interpretación no es controvertida, sino que es más sencillo o menos controvertido establecer sus premisas, caracterizándose por ser supuestos en los que se llevan a cabo razonamientos más bien deductivos. Sin embargo, los *casos difíciles* son más controvertidos. Los casos difíciles, autores, como Ronald Dworkin, señalan que nos encontramos ante estos, conforme a una teoría positivista, “cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica”<sup>10</sup>. Ahora bien, aun no habiendo norma que prevea una solución al caso, Dworkin se separa de la teoría positivista y considera que, en el supuesto, aun no habiendo una norma jurídica clara a la que se pueda subsumir los hechos, seguramente una de las partes tenga derecho a ganar el litigio, lo que significa que es deber del Juez averiguar los derechos de las partes no cabiendo, conforme a Dworkin, una mera aplicación mecánica del Derecho, siendo esto último una crítica realizada por el autor al positivismo jurídico<sup>11</sup> por considerar que este último es “una

---

<sup>9</sup>ATIENZA, Manuel, “Las razones del Derecho”, *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, núm. 134, 2005, p. 28.

<sup>10</sup>DWORKIN, Ronald, “Los casos difíciles”, *Los Derechos en serio*, Barcelona: Ariel Derecho, 2ª edición, 1989, p. 146.

<sup>11</sup>MUÑOZ GONZÁLEZ, Antonio José, “Casos difíciles y Derecho como integración. (Estudio sobre la Teoría Jurídico Filosófica de Ronald Dworkin)”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 2000, pp. 59-61.

*aplicación mecánica del derecho que no sirve en situaciones en las que el sistema no tiene prevista una solución y en los casos en que la aplicación (...), exista o no norma predeterminada, sea flagrantemente injusta*<sup>12</sup>. En conclusión, podemos considerar que estamos ante un caso difícil cuando existen dificultades para resolver jurídicamente el supuesto, bien, porque existan problemas normativos (la norma contenga problemas interpretativos o no exista norma aplicable), o bien, por existir problemas fácticos (hechos confusos o de calificación jurídica controvertida)<sup>13</sup>.

Esta diferenciación entre casos fáciles y casos difíciles es la distinción propia de la Teoría estándar de la Argumentación Jurídica pero algunos autores, como Manuel Atienza, también añaden un tercer posible caso que es el denominado *caso trágico*, el cual se define como aquel supuesto en el que, habiendo una respuesta posible como correcta, sin embargo, ésta choca con la moral del Juez que la aplica, aunque, para Atienza, el caso trágico también comprende aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico no contenga ninguna respuesta adecuada<sup>14</sup>, lo cual no deja de ser, en el fondo, un *caso difícil*.

Hay que señalar que, en función del criterio de interpretación que se aplique, nos encontraremos con diferentes *tipos de argumentos jurídicos* en los que se funde la interpretación realizada. Existen diferentes tipos de argumentos que, a la hora de clasificarlos, se atiende a diferentes criterios. Hay autores, como José Juan Moreso y Josep María Vilajosana, que agrupan los distintos argumentos jurídicos atendiendo al tipo de interpretación que se hace. Sin embargo, otros autores, como Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, en su clasificación, atienden a la función de cada argumento.

Independientemente del criterio utilizado para clasificar los argumentos, vamos a proceder a señalar de forma muy breve los argumentos ante los que nos podemos encontrar. Teniendo en cuenta que va a ser objeto de estudio la argumentación llevada a cabo por el TC, es necesario explicar dos argumentos calificados, por muchos autores, como usuales en la interpretación constitucional<sup>15</sup>. Uno de estos argumentos es el *argumento de "stare decisis"*, siendo aquel en el que el órgano jurisdiccional se remite a lo ya establecido en sus propias

---

<sup>12</sup>MUÑOZ GONZÁLEZ, Antonio José, ob. cit, p. 60.

<sup>13</sup>SASTRE ARIZA, Santiago, "Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos", *Revista Derecho y opinión*, núm. 1, 1993, pp. 299-302.

<sup>14</sup>ATIENZA, Manuel, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Núm. 6, 1997, p.19.

<sup>15</sup>QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, "Los Usos Del Canon Europeo En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional: Una Muestra Del Proceso De Armonización Europea En Materia De Derechos Fundamentales", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 449-452.



resoluciones<sup>16</sup> (autoprecedentes). No obstante, pese a que este argumento podríamos considerarlo como un subtipo de argumento de autoridad, lo vamos a denominar argumento de “*stare decisi*” para diferenciarlo de aquellos argumentos en los que se basa en resoluciones no dictadas por el propio Tribunal (argumento de autoridad), de modo que así nos permite distinguir de una forma más clara a la hora de estudiar la argumentación cuándo se remite a sus propias resoluciones y cuándo a resoluciones de otro órgano.

El segundo argumento posible que también nos podemos encontrar es el *argumento de autoridad* el cual realmente consiste en una fundamentación basada en resoluciones de un tribunal de jerarquía superior en un supuesto igual o similar<sup>17</sup>. Respecto a este último argumento, el TC, en algunas resoluciones, su interpretación suele apoyarse en sentencias dictadas por el TEDH<sup>18</sup>, fundamentándose para ello en el art. 10.2 CE, lo que realmente se podría decir que, en sentido estricto, se trata más bien de un *argumento comparativo* pero, a pesar de ello, lo vamos a considerar, a lo largo del estudio argumentativo, como un argumento de autoridad, ya que el argumento comparativo es un subtipo de argumento de autoridad, pero también porque, las remisiones que se hacen a resoluciones dictadas por el TEDH, se hacen en cumplimiento del art. 10.2 CE<sup>19</sup>. Hay que señalar que este argumento de autoridad también puede utilizarse de diferentes formas, bien, como *argumento fundamental*, es decir, como un argumento que por sí mismo ya justifica la interpretación adoptada, o bien, también cabe que este argumento sea empleado como un *argumento de apoyo* el cual se utiliza con el fin de reforzar o justificar otros argumentos utilizados<sup>20</sup>.

Además de estos dos argumentos, que son los más aplicados por la jurisprudencia constitucional, también podemos encontrarnos con otros argumentos. Algunos de estos son aquellos que permiten establecer una solución ante *lagunas normativas*<sup>21</sup> como son el *argumento analógico* que en los supuestos penales no es posible su aplicación en virtud del art.

---

<sup>16</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “El argumento de autoridad”, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 167-168.

<sup>17</sup>MEZA FONSECA, Emma, “Argumentación e interpretación jurídica”. *Revista Del Instituto De La Judicatura Federal*, núm. 22, 2006, pp. 94-95.

<sup>18</sup>QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Los Usos Del Canon Europeo En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional: Una Muestra Del Proceso De Armonización Europea En Materia De Derechos Fundamentales”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 448-449.

<sup>19</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “El argumento comparativo. El artículo 10.2 de la Constitución”, *La argumentación en la justicia constitucional*, Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana, 2008, pp. 436-441

<sup>20</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “El argumento de autoridad”, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, p. 166.

<sup>21</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Tipos de argumentos jurídicos”, en *Base de Conocimiento Jurídico (Iustel). Teoría y Filosofía del Derecho* (<https://www.iustel.com/v2/c.asp>), pp. 2-7

4.2 CC, aunque también existe el *argumento a fortiori*<sup>22</sup> el cual, a pesar de ser similar al anterior, no son iguales, sino que, este último, a diferencia del argumento analógico que busca que exista identidad de razón, el argumento *a fortiori* lo que hace es justificar que, la regulación aplicada a un supuesto similar, “con mayor razón” debe aplicarse a otro supuesto carente de solución normativa. Estos dos argumentos son propios de interpretaciones extensivas<sup>23</sup>.

No obstante, hay otros argumentos que, aunque se utilizan en interpretaciones restrictivas, también se pueden aplicar en caso de existir lagunas normativas. Estos argumentos son los *argumentos a partir de principios* o *argumentos a contrario* que permiten restringir un determinado significado, aunque también pueden servir para rechazar una determinada interpretación. También, en la adopción de una *interpretación restrictiva*, ésta puede fundarse en un *argumento de la disociación*<sup>24</sup>, el cual permite hacer una distinción no establecida en los términos literales pero, de los cuales, dicha distinción se puede deducir.

Como antes se ha dicho, hay argumentos que permiten *rechazar*<sup>25</sup> determinados significados, como son los mencionados argumentos a partir de principios y argumentos *a contrario*, pero existen otros que también tienen dicha función. Estos argumentos son, en primer lugar, el *argumento de la no redundancia*, el cual entiende que hay que rechazar una determinada interpretación fundándose, principalmente, en que toda norma tiene su propio significado específico y, por consiguiente, de no rechazarse una determinada acepción, se estaría repitiendo algo ya previsto por otra norma. Y en segundo lugar, también el rechazo de un determinado significado se puede justificar en un *argumento de la reducción al absurdo*, el cual se justifica en que, de no excluirse un determinado significado, la aplicación de la norma produciría consecuencias o resultados absurdos.

Al igual que existen argumentos que permiten rechazar un significado, también existen otros que permiten lo contrario, es decir, *atribuir*<sup>26</sup> de significado al enunciado normativo en cuestión. Uno de los argumentos que tienen como fin esta atribución de significado es el *argumento a coherencia*. Este argumento permite rechazar un significado que puede provocar

---

<sup>22</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “El argumento a fortiori”, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 174-175.

<sup>23</sup>J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 166-168.

<sup>24</sup>J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, ob. cit. p. 168.

<sup>25</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Tipos de argumentos jurídicos”, en *Base de Conocimiento Jurídico (Iustel). Teoría y Filosofía del Derecho* (<https://www.iustel.com/v2/c.asp>), pp. 8-9.

<sup>26</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Tipos de argumentos jurídicos”, en *Base de Conocimiento Jurídico (Iustel). Teoría y Filosofía del Derecho* (<https://www.iustel.com/v2/c.asp>), pp. 9-11.

la incompatibilidad de la norma con otra existente, otorgando al enunciado normativo el significado más coherente. Otros de los argumentos que justifican la atribución de un determinado sentido a la norma son, el *argumento de la "sedes materiae"*, el cual atiende a la ubicación sistemática de la norma, y el *argumento a rubrica*, el cual supone una interpretación conforme al título o rúbrica en el que se ubica el precepto en cuestión. Como se puede observar, alguno de los argumentos mencionados hasta ahora no dejan de ser fundamentos propios de una interpretación sistemática, respecto a la cual, podemos añadir como argumento propio de esta interpretación, el *argumento sistemático en sentido estricto*, el cual permite justificar la interpretación basándose en el contenido de otras normas que forman parte de un mismo sistema jurídico.

Ahora bien, aunque estos argumentos parecen propios de una interpretación sistemática, hay otros argumentos jurídicos que dotan de significado al enunciado normativo pero que no son tan propios de la interpretación sistemática. Estos argumentos son, por un lado, el *argumento psicológico*, el cual tiene presente, en la interpretación del enunciado normativo, la voluntad del legislador acudiendo, por ejemplo, a exposiciones de motivos de la ley que contiene dicha norma, aunque también se puede justificar la atribución de significado de la norma en un *argumento histórico*, a través del cual se justifica que la norma debe tener un determinado significado por ser ese el modo en que el legislador lo ha venido entendiendo a lo largo de la historia, o el *argumento teleológico*, siendo éste último muy útil por tener presente la finalidad de la norma, es decir, interpretar la norma conforme a lo que se busca proteger con ella<sup>27</sup>.

Hay que decir que, al tratarse del estudio argumentativo sobre sentencias dictadas por el TC, la interpretación realizada por este órgano tiene una serie de particularidades<sup>28</sup>. Estas particularidades son, por un lado, la aplicación del *principio de interpretación conforme*, el cual, de los supuestos a analizar, tiene aplicación en la STC 235/2007, de 25 de febrero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad, y, por otro lado, el *juicio de ponderación*, que se analizará en la STC 25/2019, de 25 de febrero, siendo este el método de resolución utilizado ante la colisión de derechos fundamentales. No obstante, a pesar de que a veces se considera la ponderación como una alternativa a la subsunción, en el estudio argumentativo que se va a desarrollar, en caso de ser necesario realizar un juicio de ponderación, no se van a considerar alternativas, sino fases sucesivas por ser necesarias ambas, ya que,

---

<sup>27</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, ob. cit. pp. 9-12

<sup>28</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Particularidades de la interpretación constitucional". *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, p. 285.

primeramente, es necesario realizar la subsunción para conocer que los hechos se encuentran incluidos en el supuesto de hecho de la norma y, tras establecerse dicha subsunción, es el momento en el que procederá aplicar los criterios de ponderación establecidos por la jurisprudencia (proporcionalidad, necesidad e idoneidad)<sup>29</sup>.

Una vez establecido a grandes rasgos el marco general sobre el método de trabajo, ahora es necesario fijar un marco de algo más específico, es decir, el contenido del derecho a la libertad de expresión.

Cuando hablamos del *derecho a la libertad de expresión*, la Constitución Española, en su art. 20, lo contiene en un sentido amplio, comprendiendo y protegiendo diferentes facetas de este derecho. Estas facetas son:

- a) El derecho a la libertad de opinión o libertad de expresión en sentido estricto;
- b) El derecho a la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica;
- c) El derecho a la libertad de cátedra;
- d) El derecho a la libertad de información.

En el presente trabajo, nos vamos a centrar en el derecho a la *libertad de opinión* y al derecho a la *libertad de información* debido a que ambas facetas suelen ser las más concurrentes en la realidad pudiendo incluso llegar a entremezclarse, por ejemplo, cuando la propia noticia contiene opiniones del autor. Esta confusión no deja de suponer una dificultad para los jueces, teniendo en cuenta que los criterios de valoración son distintos<sup>30</sup> según se trate de una opinión o de una información, lo que implica que se aplica un régimen jurídico diferente según estemos ante uno y otro, a pesar de que formen parte de un mismo derecho<sup>31</sup>. En el supuesto de que se entremezclaran tanto la libertad de opinión como la libertad de información, el TC ha señalado que se debe de atender al elemento que prepondere en el caso (SSTC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3º y 24/2019, FJ 4º) de modo que, si el texto escrito tuviere como finalidad informar, entonces se consideraría que, en el supuesto, la libertad de información preponderaría y, consiguientemente, se regiría por los criterios establecidos para la libertad de información. Sin embargo, si se tratase de un texto que, aunque contuviese hechos, se dedujera que estos simplemente se utilizan como mero apoyo para expresar una opinión, se consideraría que la libertad de opinión prevalece y no

---

<sup>29</sup>GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., pp. 312-313

<sup>30</sup>SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, “La Libertad de comunicación”. *Lecciones de Derecho Constitucional II*. Navarra: Thomson Reuters, 2018, pp. 579-581.

<sup>31</sup>DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La libertad de expresión y de información” *Sistema de Derechos fundamentales*, Madrid: Thomson Reuters, 2010 p. 333.

se podrían aplicar los criterios utilizados para la libertad de información (veracidad, interés general o relevancia pública)<sup>32</sup>.

La *libertad de opinión*, a diferencia de la libertad de información, hace referencia a ideas y opiniones (*juicios de valor*), mientras que la *libertad de información* se trata de *hechos noticiables* que deben ser veraces radicando aquí la principal distinción. En cuanto a criterios de valoración, cuando se trata de la *libertad de ideas y opiniones*, se procede a una ponderación de los distintos derechos en conflicto, sin embargo, cuando se trata de la *libertad de información*, respecto a la cual es titular toda persona (no solo periodistas), la jurisprudencia constitucional ha establecido unos límites internos que facilitan la ponderación y que, de cumplirse, el supuesto se vería amparado por el derecho. Estos límites internos son, primeramente, que la información sea de *interés general o de relevancia pública objetiva* (por la importancia del hecho) o *subjetiva* (por las personas implicadas) y, en segundo lugar, que esta información sea *veraz*, sin que esto último impida el error por parte de quien informa, sino que lo que se exige es llevar a cabo la máxima diligencia posible contrastando la información, salvo si la fuente de información fuese muy fiable (STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 3º) y siempre que no se trate de fuentes indeterminadas (SSTC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3º y 21/2000, de 31 de enero, FJ 8º)<sup>33</sup>.

No obstante, este derecho no es absoluto ya que, incluso si a libertad de información cumple con los límites internos establecidos por la jurisprudencia, también pueden colisionar con otros derechos fundamentales. En relación con esta colisión, los conflictos más usuales de la libertad de expresión son con el derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen<sup>34</sup>, aunque esto no obsta la colisión con otros derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional lo que hace es resolver estos conflictos a través de lo que antes se mencionó como particularidad de la interpretación constitucional, es decir, a través de la “ponderación”, la cual se estudiará en este trabajo en una sentencia relativa a la libertad de información (STC 25/2019, de 25 de febrero). Aun así, aunque a veces los derechos de la personalidad puedan ceder ante la libertad de expresión, no hay que olvidar que estos derechos de la personalidad también tienen protección penal<sup>35</sup> a través de la tipificación como delito de hechos constitutivos del delito de injurias o calumnias. También este derecho fundamental se ve limitado, como antes se mencionó, por otras normas penales

---

<sup>32</sup>NÚÑEZ MARTÍNEZ, María, “El Tribunal Constitucional y Las Libertades Del Artículo 20 de la Constitución Española”, *Revista Del Instituto De Derecho UNED*, núm. 3, 2003, p. 291.

<sup>33</sup>SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, ob. cit., pp. 582-584.

<sup>34</sup>DÍEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., pp. 325-330.

<sup>35</sup> NÚÑEZ MARTÍNEZ, María, ob. cit., p. 303.

que tratan de proteger de comportamientos que actúen contra el orden constitucional o las instituciones (arts. 472 y ss. CP), así como comportamientos constitutivos de delitos de odio (art. 510 CP), los cuales limitan, principalmente, la libertad de opinión en cuanto que dichas conductas no son legítimas y, en consecuencia, no se van a ver amparadas por el derecho fundamental del art. 20 CE.

En el presente trabajo se va a llevar a cabo un estudio argumentativo de dos sentencias relativas a la libertad de opinión, por ser una faceta del derecho a la libertad de expresión más abstracta y no tan delimitada, y una sentencia en materia de libertad de información en la cual este derecho colisiona con los derechos de la personalidad. Analizar estas dos facetas del derecho del art. 20 CE no solo nos va a permitir estudiar la argumentación del Tribunal Constitucional en relación con este derecho, sino también nos va a permitir comparar la argumentación del derecho a la libertad de opinión (art. 20.1.a) CE) con la realizada en caso de encontrarnos en un supuesto en que el derecho a la libertad de información (art. 20.1.d) CE) se vea afectado, pudiendo, de este modo, proceder, tras el estudio de estas resoluciones, a señalar las diferentes ideas que, de la argumentación en esta materia, se pueden concluir.

## **2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN SENTIDO ESTRICTO.**

### **2.1. STC 235/2007, de 7 de noviembre.**

La sentencia a analizar es una cuestión de inconstitucionalidad, por lo tanto, estudiaremos la interpretación del enunciado normativo que hace el TC pero también es preciso estudiar la subsunción de hechos realizada por la Audiencia Provincial. Aunque el objeto se centre en la argumentación del TC, es necesario analizar la subsunción de los hechos de la Audiencia Provincial, puesto que, de no hacerse, nos estaríamos centrandó únicamente en la premisa normativa. Al tratarse de una cuestión de constitucionalidad, hay que señalar que cuando el Juez plantea ésta es porque existe duda respecto a si una norma, de la cual depende la decisión, es conforme a la Constitución, siendo deber del TC resolver dicha cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, la resolución que resuelve sobre una cuestión de inconstitucionalidad no realiza la subsunción de los hechos, sino que se limita a interpretar la norma de dudosa constitucionalidad buscando la interpretación más conforme a la Constitución. En caso de no existir esta, entonces el TC declararía la inconstitucionalidad de la norma, pero no va a resolver sobre los hechos que han suscitado en el Juez acudir a dicho procedimiento. Eso último no es la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad, sino sólo interpretar la norma y, conforme a esta interpretación realizada por el TC, es el Juez que planteó la cuestión quien deberá subsumir los hechos, estando vinculado a la interpretación de la norma realizada por el Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ), atribuyendo, finalmente, una consecuencia jurídica (conclusión) a los hechos.

#### **2.1.1. ANTECEDENTES DE HECHO.**

El director de la librería Europa, en Barcelona, llevaba a cabo habitualmente la venta de materiales como libros, carteles, entre otros, en los que se negaba el genocidio y la persecución de la comunidad judía en la Segunda Guerra Mundial. Estos materiales eran el contenido mayoritario de la librería, a pesar de que el director del establecimiento conocía el contenido del delito tipificado en el art. 607.2 CP<sup>36</sup>, lo que supuso que, por orden del Fiscal General de Cataluña, fueran investigados. Junto a la venta de este tipo de documentos, existía constancia de que la librería tenía como público principal jóvenes con

---

<sup>36</sup>Cfr. Art. 607.2 CP (antes de la reforma de 2007 en la que se eliminó la expresión “nieguen”) “*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*”.

ideologías que defendían la violencia como método de resolución de conflictos y que el director de la librería había realizado comentarios a sus clientes en los que afirmaba que “*el Holocausto era y sigue siendo una gran mentira*”<sup>37</sup>.

El Fiscal por dicha difusión presentó escrito de acusación provisional solicitando la condena en base al art. 607.2 CP, por negación del Holocausto, y art. 510 CP por existir provocación a la discriminación por motivos racistas siendo la misma condena solicitada, como acusadores particulares, por la Comunidad Israelita de Barcelona y ATID-SOS Racisme Catalunya. Durante el procedimiento, ante el Juzgado de lo Penal de Barcelona, el acusado planteó la posible inconstitucionalidad de los arts. 510 CP y 607.2 CP pero el Juez lo rechazó por considerar que no existían tales dudas y condenó al director de la librería en virtud de los arts. 607.2 CP por negar el Holocausto y 510.1 CP<sup>38</sup> por existir incitación al odio, al constar como algunos de los hechos probados la existencia de publicaciones donde se consideraba inferior a la comunidad judía y su calificación como “*ratas*”.

Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, donde se planteó la cuestión de inconstitucionalidad del art. 607.2 CP por afectar al art. 20.1 CE (libertad de expresión) y la cual fue elevada y admitida por el Tribunal Constitucional, aunque en esta instancia no se planteó la inconstitucionalidad del art. 510 CP.

Realmente nos encontramos ante un *caso difícil*<sup>39</sup> por ser un supuesto problemático de interpretación, en concreto, de la norma cuya constitucionalidad se duda siendo necesario el ejercicio de la discrecionalidad por parte del Juez, aunque con el límite de que la interpretación constitucional es sobre un precepto de materia penal, por lo que no caben interpretaciones que supongan la aplicación de la analogía (art. 4 CC) y, en consecuencia, una interpretación extensiva no debería realizarse en esta materia porque permitiría su aplicación a supuestos no contemplados en la norma. En este supuesto también tiene lugar una de las particularidades que mencionamos anteriormente de la interpretación

---

<sup>37</sup>Antecedentes de hecho en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso Varela Geis c. España, de 5 de marzo de 2013

<sup>38</sup>Cfr. Art. 510.1 CP (antes de su reforma de 2015) “*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, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses*”.

<sup>39</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Concepciones de la interpretación y problemas interpretativos*”, *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, pp. 242-252



constitucional que es que se trata de un juicio de constitucionalidad derivada de una cuestión de inconstitucionalidad.

Primeramente vamos a estudiar la argumentación del TC del enunciado normativo y, posteriormente, se analizará si el supuesto de hecho se encuentra subsumido en la norma que sanciona dicho hecho o bien si se encuentra protegido por el derecho fundamental del art. 20.1 CE. Una vez analizadas estas dos premisas (normativa y fáctica), entonces llegaremos finalmente a la conclusión de cuál será la consecuencia jurídica que se aplique al caso.

### **2.1.2. ARGUMENTOS REFERIDOS A LA NORMA APLICABLE AL CASO.**

La sentencia, para determinar cuál es la norma aplicable y su significado, utiliza los siguientes argumentos:

- 1.- La libertad de expresión es un derecho que comprende la libertad de crítica pero cuyo ejercicio está limitado.
- 2.- La negación o justificación del genocidio (art. 607.2 CP) no es un límite, sino que vulnera el contenido de la libertad de expresión del art. 20.1 CE (en este caso la libertad de opinión).
- 3.- Solo se considera inconstitucional el inciso del art. 607.2 CP relativo a la negación del genocidio, no siendo posible salvar el inciso mediante la interpretación constitucional, mientras que la justificación contemplada también en dicha norma sí se considera constitucional.

Vamos a proceder a analizar con una mayor profundidad estos argumentos sobre los que se fundamenta el TC:

- 1.- Respecto al primer argumento, la Sentencia del TC (FJs 4º y 5º) señala que el derecho a la libertad de expresión es esencia de un sistema democrático, lo que significa que, de no existir dicho derecho fundamental, no podríamos hablar de democracia. Sin embargo, incluso si el derecho a la libertad de expresión es fundamental para un sistema democrático, el TC aclara que este derecho comprende la libertad de crítica, es decir, comprende incluso la expresión de ideas con las que uno discrepe, incluidas ideas contrarias al sistema

democrático. Esto lo interpreta basándose fundamentalmente en uno de sus *autoprecedentes*<sup>40</sup> (la STC 174/2006, de 5 de junio) empleando un *argumento de “stare decisis”*<sup>41</sup>. En dicho autoprecedente, el TC argumentaba que esta libertad de crítica se deducía de *principios* fundacionales de una democracia, como son el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura. También, dicho autoprecedente deducía basándose en el art. 27.2 CE, que hace referencia a los principios democráticos de convivencia<sup>42</sup>, la inexistencia de una *democracia militante* en nuestro país. En una democracia militante, el Estado tiene poder para defender la democracia y, consecuentemente, actuar contra aquellos que considere enemigos de ésta, es decir, que no sean partidarios de la democracia, lo cual, si tenemos en cuenta la argumentación dada anteriormente por el TC que incluía la libertad de crítica como parte del contenido de la libertad de expresión, por coherencia con dicha argumentación, se deduce que España no puede ser una democracia militante, ya que, esa libertad de crítica, conforme a lo señalado por el TC, permite la expresión de ideas que incluso sean contrarias a la democracia lo cual, en una democracia militante, no se permitiría porque se exige, no solo respeto, sino una adhesión *positiva* a la Constitución y al ordenamiento jurídico<sup>43</sup>.

Aun así, a pesar de que atribuya a la libertad de expresión como contenido la libertad de crítica, este derecho fundamental se encuentra limitado, ya que no protege expresiones ofensivas innecesarias, refiriéndose primordialmente a aquellas expresiones racistas o xenófobas siendo así interpretado a partir del *principio*<sup>44</sup> de igualdad del art. 1.1 CE así como basándose en un *argumento de la sedes materiae*<sup>45</sup> debido a que, por la colocación que tiene el derecho fundamental, este podría contrariar el derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), también fundamental, por lo que parece acudir a una *interpretación sistemática* en un intento de armonizar la convivencia de ambos derechos por su ubicación en la Constitución. También esto le lleva a excluir de protección las opiniones ofensivas de carácter racista o xenófobo (p. ej. opiniones ofensivas contra el pueblo judío) reforzándolo, de nuevo, con un *argumento de “stare decisis”* (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 13/2001, de 29 de enero). A continuación, a todo este razonamiento añade un *argumento ex*

---

<sup>40</sup>ITURRALDE, Victoria, “Precedente Judicial” *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 4, pp. 196-200

<sup>41</sup>GUASTINI, Riccardo, *Filosofía Del Derecho Positivo. Manual De Teoría Del Derecho En El Estado Constitucional*. Perú: Palestra, 2018, p. 31. Recuperado de: [books.google.es/books?isbn=6123250450](https://books.google.es/books?isbn=6123250450)

<sup>42</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2006, de 5 de junio, FJ 4º

<sup>43</sup>BILBAO UBILLOS, Juan María, “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, p. 332.

<sup>44</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Tipos de argumentos jurídicos”, en *Base de Conocimiento Jurídico (Iustel). Teoría y Filosofía del Derecho* (<https://www.iustel.com/v2/c.asp>), pp. 6-7

<sup>45</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, ob. cit., p. 10.

*auctoritate*<sup>46</sup>, en cumplimiento del art. 10.2 CE, remitiéndose a ciertas exigencias contenidas en la jurisprudencia del TEDH en materia de discurso del odio, el cual es un límite de la libertad de expresión. En dicha jurisprudencia del TEDH se establecía que hay que diferenciar los *actos* genocidas de la *negación*. Esto es así debido a que, en virtud del art 17 CEDH, que tiene fundamento en una democracia militante<sup>47</sup> (lo cual, conforme al TC, no es el caso de España), el TEDH había establecido que cabía no amparar la negación en el derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) cuando se apreciase no solo un daño producido por quienes niegan el genocidio, sino también “*voluntad expresa de quienes pretenden ampararse en la libertad de expresión de destruir con su ejercicio las libertades y el pluralismo o de atentar contra las libertades reconocidas en el CEDH*”<sup>48</sup>.

En conclusión, interpreta que la libertad de expresión comprende la protección de aquellas ideas de las que se discrepe pero no cuando estas tienen un carácter racista o xenófobo que afecten a la dignidad y, en lo que más interesa al caso, solo la *negación* de hechos históricos (lo cual diferencia de *actos* genocidas) no estará protegida por la libertad de expresión cuando se cumplan los requisitos establecidos por el TEDH (existir un daño, afectar al pluralismo o las libertades del CEDH y cuando exista voluntad expresa, de quien niega los hechos, de ser amparado por este derecho fundamental).

Hasta aquí lo que hace el TC es fijar a través de su interpretación, la cual se basa mayoritariamente en remisiones por ser la libertad de expresión básicamente un derecho desarrollado por la jurisprudencia constitucional, el significado de la libertad de expresión, puesto que la resolución alude a que el art. 607.2 CP afecta a este, por lo que, cumpliendo con el principio de congruencia, primero debe atribuir de significado a este derecho fundamental que se dice afectar para poder ver si existe tal incidencia por el precepto penal o analizar si es un límite válidamente constitucional a ese derecho.

2.- El siguiente argumento del TC es que el art. 607.2 CP no establece un límite a la libertad de expresión, sino que incide en su contenido. El TC tras hacer un recorrido de las normas creadas en virtud de la vinculación de España sobre esta materia con algunos instrumentos internacionales en cumplimiento del art. 10.2 CE, considera como la última de estas

---

<sup>46</sup>GUASTINI, Riccardo, *Filosofía Del Derecho Positivo. Manual De Teoría Del Derecho En El Estado Constitucional*. Perú: Palestra, 2018, p. 31. Recuperado de: [books.google.es/books?isbn=6123250450](https://books.google.es/books?isbn=6123250450)

<sup>47</sup>ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, núm. 97, 2013, p. 18

<sup>48</sup>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso de Refah Partisi (Partido del Bienestar) y otros c. Turquía, de 13 de febrero de 2003

normas que cumplen con la protección exigida por aquellos el art. 607.1 CP de manera que no incluye el apartado segundo del precepto. En consecuencia, interpreta el art. 607.2 CP de forma aislada a través de *una interpretación literal* del precepto, como él mismo señala en el FJ 6º. Este precepto, en la redacción que tenía en el momento de la cuestión de inconstitucionalidad, era el siguiente: “*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 (...)*”. El TC considera, haciendo una interpretación literal, que el art. 607.2 CP es un tipo independiente a pesar de remitirse al art 607.1 CP, señalando que no es un límite a la libertad de expresión porque, en base a un *argumento “a contrario”*<sup>49</sup>, como argumento justificador de una interpretación literal, no exige “*acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista*” ni ningún requisito específico, sino que hace referencia a una mera y neutral difusión de ideas.

Por lo tanto, entiende que se tipifica la neutral difusión de ideas lo que afecta en concreto a la libertad de opinión (art. 20.1.a) CE) dentro de las posibles facetas de la libertad de expresión, debido a que el precepto penal literalmente habla de difusión de ideas. Esto le hace concluir que no es un límite a la libertad de expresión, sino que vulnera e invade el contenido de dicho derecho fundamental lo cual no se permite al Derecho Penal, ya que no cabe tipificar como delito “*la mera transmisión de ideas ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana (...)*” (FJ 6º).

Es cierto que, teniendo en cuenta que el apartado segundo del art. 607 CP se remite al apartado primero, se podría haber realizado quizás una *interpretación sistemática* con un *argumento sistemático en sentido estricto* y entenderlo con el apartado primero del propio precepto y, en consecuencia, relacionarlo con el resto de preceptos del Título relativo a “Delitos contra la Comunidad Internacional”, ya que la interpretación literal muchas veces no es suficiente no pareciendo correcto averiguar el significado del precepto de forma independiente cuando este se remite al apartado anterior el cual el TC considera que forma parte de la normativa de protección exigida en el ámbito internacional. Además, el art. 607.2 CP no deja de formar parte del mismo Título sobre “Delitos contra la Comunidad Internacional” y del mismo capítulo relativo a “Delitos de genocidio”.

---

<sup>49</sup>J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 164-165.

También el TC podría haber optado por una *interpretación funcional* a través del *argumento psicológico*<sup>50</sup> para conocer la voluntad del legislador atendiendo a los debates parlamentarios o trabajos preparatorios, aunque esta interpretación puede que tenga más sentido en el siguiente punto consistente en la interpretación constitucional, si bien también podría considerarse más propio de una interpretación de legalidad ordinaria. No obstante, es una opción buscar el fin de la norma o el sentido de esta, así como tener en cuenta su ubicación y la relación con el resto de delitos, puesto que quizás, aplicar estos argumentos, podría suponer una interpretación conforme a la Constitución de los preceptos. Aun así, el TC opta por una interpretación literal del precepto quizás para evitar ser criticado de realizar una interpretación de legalidad ordinaria. También, como señala el voto particular que formula el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, es posible que el TC atienda al tenor literal también para evitar introducir elementos en el tipo penal que no están estos recogidos de forma expresa aunque, como antes se ha dicho, no es correcto omitir, aunque el TC lo haga, el hecho de que el art. 607.2 CP se remite al art. 607.1 CP, puesto que implica una interpretación incompleta que realmente ni siquiera está atendiendo de forma correcta a la literalidad del precepto.

3.- El TC realiza una interpretación constitucional (en virtud del *principio de interpretación conforme*<sup>51</sup>) del art 607.2 CP, concluyendo con la inconstitucionalidad parcial del precepto en el sentido de que tipificar la negación es inconstitucional, pero no la justificación, siempre que en esta última concurren unos requisitos.

En primer lugar, la interpretación literal del TC le hace separar la expresión “negación” de “justificación” puesto que, la primera, atendiendo el TC a la semántica, excluye cualquier afirmación, mientras que la segunda no es tan absoluta e implica una identificación del autor con aquello que expresa. El TC se plantea si la justificación podría parecer, más bien, un delito de apología, delito cuya tipificación se encuentra en el art. 615 CP y que consiste en “*la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos de genocidio*” (FJ 7º). Sin embargo, finalmente excluye este significado con un *argumento de la no redundancia* por estar ya previsto este delito de apología en el art 615 CP, lo cual supondría su repetición, y el cual contempla una pena superior que a la prevista para la justificación tipificada en el art. 607.2 CP. Tras esto, va a proceder a separar “negación” y “justificación” analizando

---

<sup>50</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, ob. cit., p. 10.

<sup>51</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Particularidades de la interpretación constitucional”. *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, pp. 289-292

ambas de forma independiente para ver si pueden tener cabida como una clase de “discurso del odio”, es decir, si cabe tipificarse la conducta de la negación y la justificación como delitos de odio, de manera que, de ser así, se podría considerar constitucional su tipificación como delito.

Comenzando por la “negación”, no lo considera posible como una clase de discurso del odio ya que, a través del *argumento ex auctoritate*, el TEDH caracteriza que estamos ante un discurso del odio cuando exista una *incitación directa* a la violencia sobre determinados grupos, lo cual no se dice en el art. 607.2 CP de forma literal (FJ 8º). Ante esto, el TC considera que, al no contener la norma el elemento de la incitación directa de forma expresa, hay que entender que la negación considerada en sí misma sin ese elemento específico es simplemente la inexistencia de un juicio positivo, lo cual no supone enaltecimiento. Consecuentemente, tampoco considera la negación del delito de genocidio o de los hechos históricos (el TC se refiere a ambos de forma indistinta) necesariamente un peligro potencial, volviendo a recurrir a la *interpretación literal* del precepto para realizar el juicio de constitucionalidad. Además, añade que apreciar la existencia de tal elemento (la incitación) supondría hacer una interpretación *contra legem*. Por lo tanto, el inciso del precepto relativo a la negación del delito de genocidio no considera que sea constitucional y, por tanto, la negación del delito de genocidio no se puede tipificar.

Posteriormente procede a analizar el inciso relativo a la “justificación”, el cual considera su tipificación excepcionalmente constitucional siempre que sea una justificación pública en la que exista incitación indirecta (elemento intencional) a cometer un delito de genocidio. Esto lo razona en base a una *interpretación gramatical* aunque lo limita cuando esta justificación suponga la adhesión a una ideología por la libertad ideológica (art. 16 CE). Es decir, hay que diferenciar la justificación cuando ésta contenga una incitación indirecta a cometer un delito de genocidio de cuando la justificación simplemente manifieste, por parte de quien lo expresa, “*la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo*” (FJ 9º) lo cual estaría protegido por la libertad ideológica del art. 16 CE. A continuación, para la justificación “crea” una serie de requisitos para que esta conducta de justificación sea sancionable siendo estos que “*entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia (...), cuando la justificación suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración y cuando en la conducta exista algún tipo de provocación al odio hacia determinados grupos haciéndose referencia a su color, raza, religión, etc.*” (FJ 9º). Estos requisitos los razona acudiendo a un *argumento de autoridad* por basarse en los requisitos que exige el TEDH, de nuevo, para que

sea considerado una modalidad de “discurso del odio”, así como también del contenido de algunos preceptos de tratados internacionales ratificados. No obstante, también refuerza este razonamiento a través de un *argumento sistemático en sentido estricto* teniendo en cuenta su contexto y, en concreto, tiene en consideración para esta el art. 607.1 CP (al que se remite el art. 607.2 CP) que tipifica conductas calificadas como delito de genocidio y que afectan a la dignidad (art. 10 CE), lo que le hace deducir que pueda caber entender que la justificación del art. 607.2 CP comprende una incitación indirecta.

De esta manera, a través de este razonamiento, la tipificación como delito de la justificación pública de un delito de genocidio sí es constitucional y, en consecuencia, sancionable por el Código Penal, ya que de esta interpretación del inciso relativo a la “justificación” se comprendería una incitación mediata que justificaría el que las penas sean más leves que la provocación que califica como directa del art 615 CP, basándose para este último en el art. 18 CE el cual exige, para que se considere la apología delictiva, incitación directa. Consecuentemente, de esta *argumentación sistemática en sentido estricto* y del *argumento ex auctoritate* referido anteriormente (puesto que a través de la interpretación literal no se aprecia ese elemento de necesaria incitación indirecta) se entiende que hay que estar al caso concreto y aplicar este delito cuando se aprecie dicha incitación, excluyendo su aplicación cuando se trate de meros juicios de valor amparados en los arts. 16 y 20 CE.

### **2.1.3. ARGUMENTOS PARA LA SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN EL SUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA.**

El resultado del proceso argumentativo hasta ahora lleva a una reducción de la aplicación de la norma en el sentido de que la negación no puede ser tipificado como delito y solo la justificación puede preverse como delito penal únicamente en supuestos donde se aprecie incitación indirecta al odio porque, de apreciarse incitación directa, estaríamos ante el tipo del art. 615 CP. De modo que, a través de esta interpretación, se consideraba constitucional la tipificación de la justificación como delito, evitando así que vulnerara el derecho a la libertad de expresión.

A continuación, se trata de ver si los hechos se encuentran subsumidos, y en base a qué interpretación, en el significado que tiene la norma tras el proceso argumentativo lo que luego nos llevará a conocer si procede la aplicación de la consecuencia jurídica. No obstante, hay que señalar que la TAJ o el estudio de la argumentación jurídica de la premisa fáctica no solo debería analizar la interpretación que se hace de los hechos para su posible

subsunción en la norma, sino que también debería precisar que estos hechos que se subsumen sean verdaderos (hayan existido realmente)<sup>52</sup>.

Hay que decir que en esta sentencia el TC resolvía una cuestión de inconstitucionalidad, de modo que para estudiar la interpretación y subsunción de los hechos hay que remitirse a la sentencia que dictó la Audiencia Provincial de forma posterior y, en consecuencia, vinculada a la decisión del TC ya que, como se indicó de forma previa al análisis de la argumentación de esta sentencia, la cuestión de inconstitucionalidad es planteada por el órgano judicial cuando duda de la constitucionalidad de una norma de la que depende el litigio- Esto supone que, una vez admitida a trámite esta cuestión de inconstitucionalidad, se va a producir la suspensión provisional de las actuaciones hasta que el TC resuelva de forma definitiva sobre la constitucionalidad de la norma. Una vez resuelva el TC la cuestión, el órgano judicial que planteó dicha cuestión, continuará el proceso debiendo interpretar la norma, cuya cuestión de constitucionalidad planteó, conforme a la interpretación del TC por ser el intérprete supremo de la TC y ser su labor velar por la constitucionalidad de las leyes.

En principio, empezando lo relativo a la *veracidad de los hechos*<sup>53</sup>, a pesar de su escasa dedicación a ello en la sentencia, en el presente caso, aunque no se haga desarrollo del razonamiento por el que se consideran veraces los hechos, sin embargo, sí se puede hacer deducción de la veracidad de algunos de ellos. Uno de los hechos que se pueden considerar veraces o probados, en derivación de las pesquisas ordenadas por el Fiscal, es el contenido que está en esos materiales investigados por lo que se podría decir que existe, así como la difusión de estos materiales a clientes en el extranjero lo cual estará acreditado mediante algún documento por lo que podemos considerarlas como pruebas directas. Diferente es probar algo más abstracto y necesitado de una mayor deducción, como es la concurrencia de incitación indirecta para poder aplicarle el tipo del art. 607.2 CP como se verá a continuación.

Ahora se va a proceder a analizar la *subsunción* de los hechos, señalados como probados, en la norma aplicada por la Audiencia Provincial de Barcelona, atendiendo a la interpretación de la norma realizada por el TC. En esta instancia se va a producir una modificación

---

<sup>52</sup>FRANCISKOVIC INGUNZA, Beatriz Angélica, *La Sentencia Arbitraria por falta de motivación en los hechos y el Derecho*. Universidad de San Martín de Porres, 2010, p. 21. Recuperado de: [https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/LA\\_SENTENCIA\\_ARBITRARIA\\_POR\\_FALTA\\_DE\\_MOTIVACION\\_EN\\_LOS\\_HECHOS\\_Y\\_EL\\_DERECHO.pdf](https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/LA_SENTENCIA_ARBITRARIA_POR_FALTA_DE_MOTIVACION_EN_LOS_HECHOS_Y_EL_DERECHO.pdf)

<sup>53</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, ob. cit., pp. 367-455



respecto a la decisión dictada en primera instancia recurrida apreciando un delito de justificación con incitación indirecta por los siguientes argumentos:

1.- Primeramente, y sin entrar mucho más en detalle, hay una modificación respecto a la sentencia recurrida en apelación en relación con “la negación”. Aquellos comportamientos, como la difusión de materiales que niegan el Holocausto y la negación que expresaba de este a sus clientes con frases como “*el Holocausto era y sigue siendo una gran mentira*”, que fueron subsumidos en primera instancia en el tipo de la negación del art. 607.2 CP y por el que se condenó al acusado, queda absuelto de ellos debido a la declaración de inconstitucionalidad de dicho inciso, estando amparada dicha negación en el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 CE. Sin embargo, estos comportamientos antes subsumidos en la negación, el órgano jurisdiccional interpreta que son subsumibles en el tipo del art. 607.2 CP de justificación.

2.- La Audiencia Provincial concluye que los hechos son constitutivos de un delito de justificación (art. 607.2 CP) existiendo incitación indirecta conforme a la interpretación de la cuestión de constitucionalidad del TC. En consecuencia, esto supone que el órgano jurisdiccional aprecia la existencia de incitación indirecta al odio, la cual deriva del contenido de los materiales difundidos a conciencia del director de la librería. Esto lo interpreta a través de argumentos inductivos<sup>54</sup> a partir de hechos como los envíos acreditados de dichos materiales a clientes en el extranjero y la extensa cantidad de este tipo de materiales que fueron investigados, constituyendo estos la mayoría del material disponible en la librería, además de existir constancia de una difusión habitual y continua a pesar de la entrada en vigor de la norma. El órgano jurisdiccional, a través de la libre valoración de las pruebas y atendiendo al conjunto de estas, consideró que los textos incitaban al odio contra la Comunidad Judía por aspectos como la exaltación de los símbolos pertenecientes al nacional-socialismo y alusiones a los judíos como genéticamente mentirosos y expresiones ofensivas con alusiones a su inferioridad y un continuo contenido peyorativo en los materiales difundidos hacia un mismo grupo.

Por lo tanto, en los hechos probados entiende que concurre el supuesto de hecho del art. 607.2 CP, existiendo, conforme a la interpretación constitucional que lo vincula, una justificación con incitación mediata al odio, pero absolvió del delito del art 510 CP por el

---

<sup>54</sup>GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal ) (II)*. Universidad de Alicante, 2003, pp. 37-39. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/668797.pdf>

que había sido condenado también en primera instancia por considerar que no había incitación directa, aunque este se apreció en primera instancia valorando hechos como la venta de la película “El Judío errante” en la que se equiparaba los judíos con las ratas pero que, a consideración de la Audiencia Provincial a través de un razonamiento inductivo, realmente la mayoría de los materiales no desprendían tal incitación directa, pero sí de forma indirecta por la continua difusión mayoritaria de estos materiales y el contenido de estos que trataban de motivar por qué era mentira el Holocausto.

Realmente esta subsunción de los hechos, como se puede ver, es compleja en el sentido de que no basta simplemente buscar el supuesto de hecho de la norma y aplicarse esta (no es lógico-deductivo), sino que aquí se trata de averiguar la intencionalidad del sujeto, aspecto muy problemático de apreciar en Derecho y que muchas veces necesita de razonamientos inductivos en sentido amplio junto con la libre valoración de la prueba.

#### **2.1.4. CONCLUSIÓN**

Finalmente, de las premisas, el Juez concluye con que los hechos tal y como son interpretados están subsumidos en el supuesto de hecho de la norma, y conforme a la interpretación dada por el TC, por lo que le condena al director del establecimiento a siete meses de prisión por un delito de justificación del genocidio (art. 607.2 CP).

Hay que decir que la interpretación que realizó el TC de la norma es bastante controvertida, hasta el punto de no existir unanimidad en el Tribunal en relación con el fallo. El TC lleva a cabo una motivación muy extensa, pero no del todo completa, respecto a la interpretación de constitucionalidad del inciso relativo a la “negación” del art. 607.2 CP. Interpretar el inciso de la negación de forma aislada cuando al apartado de este precepto se remite al art. 607.1 CP que dice “*los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico (...) perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados (...)*”, no parece la interpretación más completa. Atendiendo a esto, podría haber llevado a cabo una interpretación sistemática, como antes se dijo, que le podría haber llevado a interpretar que la negación sí que podría exigir un elemento específico que podría ser cuando la negación, de esos delitos que se enumeran en el art. 607.1 CP, tenga la intención de destruir total o parcialmente un grupo. De hecho, el primer voto particular de la sentencia entiende que, por la sistemática del precepto en el Código Penal, el resultado hubiera sido otro reforzando esto incluso con un argumento de “*stare decisis*” (STC 214/1991 FJ 8º) y el hecho de que el precepto interpretado con el art 607.1 CP (argumento *sistemático en sentido estricto*) se remite a una serie de

conductas que no hace referencia a discriminaciones ocasionales, ni tampoco el art 607.2 hace mención a discriminaciones ocasionales, ya que hablaba también de “*rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos*”, de lo que se podría haber deducido la exigencia de un elemento específico.

Hay que tener en cuenta que es un precepto penal y que interpretaciones extensivas no deben hacerse, pero haciendo esta interpretación sistemática realmente se hubiera restringido su sentido apreciando un elemento específico, además de que la interpretación literal no es suficiente con el añadido de que, interpretada de forma aislada, puede deducirse que habla de la negación en neutral, pero el precepto en relación con su ubicación en el texto normativo no parece referirse a una negación neutral sino que tiene relación con los llamados “delitos de discurso del odio”. Por lo tanto, podría haber realizado otra interpretación distinta a la literal, respecto la cual tampoco han ido más allá de esta en su juicio de constitucionalidad por lo que no se puede decir que hayan estudiado ni argumentado de forma suficiente la constitucionalidad de ese inciso de la norma, a diferencia del inciso de la justificación a la que parecen dedicar una mayor variedad de argumentación y no únicamente un argumento del lenguaje común (interpretación literal).

Esta interpretación escogida por el TC podría ser debida al principio de intervención mínima en normas penales, así como también por el hecho de que el Derecho penal sólo debe intervenir cuando sean insuficientes otros medios para resolver el conflicto, con el añadido de un posible miedo a que pueda dar lugar a la censura de opiniones, pero podría haberse al menos intentado otras interpretaciones del mismo modo que realizó en el inciso relativo a la justificación, lo que hace que parezca que se busca más la constitucionalidad de un inciso que del otro.

El TC parece “temer” interpretar una norma penal y ser quien le dé un significado en vez de un órgano jurisdiccional penal, es decir, no quiere realizar una interpretación de legalidad ordinaria, lo cual tiene sentido, pues realmente su labor es interpretar la constitucionalidad de las leyes, es decir, adecuar las normas a la Constitución, siendo la interpretación de la legalidad ordinaria más propio del Tribunal Supremo, aunque también protege frente a supuestos que vulneren derechos y libertades fundamentales, aunque esto último tiene su protección a través del recurso de amparo y en el que no nos vamos a detener por no ser este el caso. Por lo tanto, al plantearse una cuestión de constitucionalidad, el TC tiene que buscar una interpretación que aclare si es constitucional o no la norma por lo que no debería adherirse tanto a dicho miedo sino a su deber de realizar un juicio de

constitucionalidad, de igual modo que en el inciso sobre la justificación hizo yendo más allá de una interpretación literal añadiendo incluso requisitos no expresos en la norma (la incitación indirecta), sin plantearse tanto si realizaba una interpretación de legalidad ordinaria o si esa era la voluntad del legislador. No obstante, este juicio de constitucionalidad es difícil, ya que atendiendo a estas otras interpretaciones se puede obtener un resultado diferente. Por ejemplo, en relación con la negación, podría haber utilizado el *argumento de la disociación*<sup>55</sup> diferenciando, como algunos autores<sup>56</sup> hacen, el negacionismo revisionista del negacionismo cualificado y, en consecuencia, haber restringido el significado del término negación a una negación con incitación directa, como aludía al referirse a la jurisprudencia del TEDH que mantenía que para sancionar la negación del delito de genocidio era necesario que existiera tal incitación (FJ 8º).

En definitiva, respecto al inciso relativo a la negación parece no haber analizado lo suficiente la constitucionalidad y no consigue justificar que sea la interpretación más adecuada respecto a otras alternativas, no por el resultado ni por el tipo de argumentos, aunque la verdad es que termina acudiendo constantemente a un *argumento de "stare decisis"* y a una interpretación literal, sino por su aplicación y desarrollo en el razonamiento, ya que su interpretación del inciso relativo a la negación no busca tanto su posible constitucionalidad, al hacerlo de forma aislada, en contraposición con el razonamiento y esfuerzo argumentativo que dedica al inciso relativo a la justificación el cual sí relaciona con el art. 607.1 CP.

De todas maneras, en su argumentación el TC, a pesar de remitirse al TEDH se aleja de ella en la interpretación de negación y justificación, aunque tiene su sentido puesto que España no se define como democracia militante, mientras que otros países sí, con el añadido de que el interés en la creación del CEDH fue por y tras la Segunda Guerra Mundial. Aun así, está bien señalar esa diferencia, y es que la mayoría del Derecho europeo no distingue entre negación y justificación, sino que identifica ambos conceptos entre sí debido a que hay quienes entienden que quien niega lo hace para justificar y, al no establecer distinción,

---

<sup>55</sup>J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid/Barcelona, 2004, p. 168.

<sup>56</sup>ELÓSEGUI ITXASO, María, "La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación n.º 15 de la ECRI". *Revista Derecho Político*, núm 98, 2017, p. 15.

termina exigiéndose de ambas para su penalización una intención racista o xenófoba<sup>57</sup>. Por lo tanto, como se puede ver acudiendo al Derecho comparado, al final no dejan de ser los criterios lo que hacen que se llegue a un resultado o a otro, aunque en esta resolución el problema es que parece la argumentación jurídica insuficiente para un inciso y más incisivo en el otro, aunque uno de los votos particulares de la propia sentencia consideraba que, más que incisivo, realmente la justificación eran meras “*matizaciones dialécticas*” que “*se incardinan en la teórica y no empírica distinción entre incitación directa o indirecta*”.

En cuanto a la subsunción de hechos, simplemente es preciso hacer referencia a que, aunque de forma esquemática se trata de razonar la existencia de incitación indirecta para subsumirlo en el tipo de la justificación, sin embargo, no razona suficientemente por qué comportamientos que estaban comprendidos en el tipo de la negación ahora son tipificados como justificación, cuando el TC separaba los dos términos por ser semánticamente diferentes (a diferencia del Derecho europeo, que une ambos como antes se dijo, pareciendo hacer lo mismo la Audiencia Provincial). Puede ser que la negación posteriormente implicase una justificación, pero realmente no se llega a razonar esto.

Sin embargo, también es posible que la Audiencia Provincial hubiera valorado en base a los hechos que las conductas del acusado contuviesen cierta intencionalidad a su juicio pero, debido a la interpretación del TC a la que está vinculada, quedarían estos sin sancionar al ser declarado inconstitucional el inciso relativo a la negación al que estaban subsumidos en consecuencia de interpretar el TC como diferentes “negación” y “justificación”. Podría ser esta una posible razón detrás de la decisión del órgano jurisdiccional de subsumir los hechos en la justificación y es que, al subsumir los hechos a este tipo, actúa conforme a la cuestión de inconstitucionalidad pero también conforme a su valoración por apreciar incitación en los hechos. No obstante, esto es una mera observación que podría estar detrás de la decisión, aunque lo que sí es cierto es que realmente no se razona por qué comportamientos subsumidos en el inciso de la negación, la cual el TC distingue de la justificación, terminan siendo subsumidos en esta última, lo que supone un cambio en la calificación de los hechos (lo cual justamente dio lugar a que este caso fuera llevado ante el TEDH<sup>58</sup>, ya que, dicho cambio en la calificación de los hechos, se consideró que vulneraba el derecho de defensa, de modo que el TEDH condenó a España por vulnerar el art. 6

---

<sup>57</sup>ELÓSEGUI ITXASO, María, “La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación n.º 15 de la ECRP”. *Revista Derecho Político*, núm 98, 2017, pp. 16-20.

<sup>58</sup>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso Varela Geis c. España, de 5 de marzo de 2013

CEDH (derecho a un proceso equitativo) por no notificar dicha recalificación de los hechos realizada por la Audiencia Provincial).

Realmente podemos concluir con que la respuesta dada por el TC en la cuestión de constitucionalidad es definitiva no cabiendo otro órgano que pueda realizar tal interpretación de constitucionalidad por ser el TC intérprete supremo de la Constitución y ser único en su orden (art. 1 LOTC) aunque no deja de ser importante tener en cuenta que es definitiva por mayoría y no por unanimidad por lo que es un aspecto controvertido y más aún cuando se niegan delitos cuya veracidad está demostrada de forma universal pero se mezcla con la ideología y la opinión que constituyen derechos fundamentales protegidos.

No obstante, hay que señalar que con el resultado y la interpretación que realiza el TC, debido a la argumentación que utiliza con la que entiende que el precepto contiene una mera y neutral difusión de ideas, nos lleva a la conclusión de que no se puede tipificar la negación del delito de genocidio de forma neutral, sin exigir un elemento específico que nos permita comprenderlo dentro del discurso del odio. Sin embargo, esta conclusión, en consecuencia, nos lleva a que lo que sí se podría tipificar, por la interpretación que realiza el TC remitiéndose a la jurisprudencia del TEDH, es la negación del delito de genocidio siempre que la norma que lo contenga, de forma expresa, requiera del elemento específico de incitación directa. Aun así, el hecho de que no haya unanimidad en esta resolución, tiñe de cierta duda la decisión por depender de los criterios hermenéuticos y en este caso también de la composición del TC, ya que de haber sido mayoritario el pensamiento de los miembros que han emitido voto particular, el fallo hubiera sido distinto.

## **2.2. STC 177/2015, de 22 de julio.**

### **2.2.1. ANTECEDENTES DE HECHO**

El 13 de septiembre, en Gerona, tenía lugar una visita institucional del Rey sobre las 20h tras haber tenido lugar previamente una manifestación antimonárquica. En dicha visita institucional, dos personas con el rostro cubierto, y en lugar público y visible, quemaron una fotografía de tamaño grande de los Reyes, tras lo cual se retiraron confundidos entre la gente.

El Juzgado Central de lo penal de la Audiencia Nacional consideró que dicho comportamiento se realizaba “*con la intención evidente de menospreciar la figura de Sus Majestades en el transcurso de una manifestación en la que se tildaba a la dinastía borbónica como fuerza ocupante de la*

*C.A. catalana*”, siendo esto constitutivo de un delito de injurias a la Corona (art. 490.3 CP<sup>59</sup>) por entender que dicha colocación era de naturaleza injuriosa (vulneraba el derecho fundamental al honor (art. 18 CE)) precisando que, para manifestar rechazo a la Monarquía, no era necesario quemar boca abajo la fotografía, así como tampoco cubrirse el rostro si realmente, ambos sujetos, creían que ejercían de forma legítima el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE).

Contra esta resolución, se interpuso recurso de apelación conociendo de dicho recurso el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la cual desestimó debido a que, ponderando el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión entendía que, para ejercitar el derecho a la libertad de expresión, no era necesario añadir expresiones injuriosas por ser estas “innecesarias”, además de ser dudoso que los propios recurrentes consideraran que fuera un ejercicio legítimo, ya que ambos cubrieron su rostro y se retiraron de la concentración tratando de confundirse entre las personas que acudieron a la visita institucional. Por esta razón, la Audiencia Nacional apreciaba que existía una plena conciencia por parte de los recurrentes de que se excedían en el ejercicio de dicho derecho pareciendo, esa escenificación, un “juicio inquisitorial (...) prendiendo fuego como expresión simbólica del desprecio y destrucción de la Institución, pues el fuego, en el contexto en que se usa, tiene una carga negativa evidente”. Por ello, desestimó el recurso no considerando dicho comportamiento amparado por el derecho de la libertad de expresión.

Contra esta resolución se presentó recurso de amparo ante el TC en el que los demandantes denunciaban la vulneración de sus derechos fundamentales, en concreto, a la libertad ideológica (art. 16 CE), así como a expresar esta (art. 20 CE), alegando que entendían que las sentencias recurridas se habían apartado de la doctrina constitucional, la cual comprendía dentro de la libertad de expresión aquellas opiniones con las que otras personas puedan llegar a discrepar. Finalmente, la Sala Primera del TC, admitió el recurso de amparo a trámite.

Este supuesto es un *caso difícil*<sup>60</sup> debido a la necesaria aplicación de la técnica de la ponderación por verse afectados dos derechos fundamentales, es decir, dos derechos con igual posición e igual protección. Es por ello que el TC debe analizar las circunstancias

---

<sup>59</sup>Cfr. Art. 490.3 CP “El que calumniare o injuriare al Rey o Reina a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son”.

<sup>60</sup>VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar, La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional español: los casos fáciles, difíciles... trágicos, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 2006, pp. 213-215.

concurrentes en el caso para ver cuál de los derechos fundamentales debe “ceder” parte de su protección, resolviendo así de la forma más “correcta” posible. De hecho, estamos ante otra de las particularidades de la interpretación constitucional que es el *juicio de ponderación*<sup>61</sup>, el cual tiene aplicación cuando no hay una contradicción de normas, sino que ambas conductas están amparadas en diferentes normas válidas pero que se afectan mutuamente, siendo esta la razón que justifica la aplicación de esta técnica de ponderación, para evitar que una norma se imponga sobre la otra dando lugar a un resultado desproporcional. Esto es de lo que en este supuesto se trataría de ver, es decir, primeramente el examen de los comportamientos, si están amparados en dichos derechos fundamentales, y, de ser así, realizarse una ponderación atendiendo a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Sin embargo, a pesar de mencionar el TC que es necesario aplicar un juicio de ponderación, no obstante, no va a ser lo que llegue a realizar el TC, como a continuación se analizará.

### **2.2.2. ARGUMENTOS REFERIDOS A LA NORMA APLICABLE AL CASO.**

Primeramente, hay que proceder a analizar la atribución de significado que el TC hace a las normas aplicables al supuesto de hecho, aunque en este caso al tratarse de un recurso de amparo se trata de estudiar si existe vulneración de los derechos fundamentales alegados como vulnerados por los recurrentes (art. 16 y art. 20 CE). En definitiva, se trata de ver cómo el TC delimita el contenido y alcance de estos derechos para proceder, posteriormente, a estudiar la posible subsunción de los hechos en dichas normas.

La sentencia, para delimitar el significado de dichos derechos fundamentales (libertad ideológica (art. 16 CE) y libertad de expresión (art. 20 CE), utiliza los siguientes argumentos:

- 1.- La libertad de expresión comprende la libertad de crítica pero no comprende las expresiones injuriosas o innecesarias que supongan una exclusión o inciten al odio.
- 2.- La libertad de expresión no solo comprende la expresión verbal de ideas y opiniones, sino también su materialización a través de la actuación de la persona.
- 3.- La libertad ideológica tiene una dimensión interna pero también una dimensión externa.

---

<sup>61</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, ob. cit., pp. 300-313



4.- La Corona tiene una protección jurídica reforzada.

Ahora vamos a proceder a desarrollar y hacer un estudio más en profundidad de estos argumentos:

1.- Respecto al primer argumento, el TC procede a determinar el contenido del derecho a la libertad de expresión (FJ 2º) a través del *argumento de "stare decisis"*<sup>62</sup>, es decir, remitiéndose a sus autprecedentes. A través de estos, el TC señala que la libertad de expresión tiene importancia institucional por ser considerada esencia de una sociedad libre y democrática. Sin embargo, este derecho fundamental también comprende la libertad de crítica, es decir, expresar ideas y pensamientos aunque estos no sean compartidos por la mayoría, lo que incluye igualmente la expresión de ideas contrarias al sistema democrático. Hay que recordar que, aunque el TC apoye su argumentación en sus propias resoluciones, este argumento, como vimos en la anterior resolución objeto de estudio, no deja de fundarse en los *principios* (implícitos) democráticos de convivencia<sup>63</sup>. De hecho, el TC justifica esta interpretación en anteriores resoluciones en las que insistía en que España no tiene un modelo de democracia militante por considerarse que así se protege el valor del pluralismo con mayor efectividad (argumento a partir del *principio de pluralismo político*<sup>64</sup> del art. 1.1 CE). Aun así, junto a este argumento, también añade un *argumento ex auctoritate*<sup>65</sup>, remitiéndose a la jurisprudencia del TEDH, para completar este contenido de la libertad de expresión y reforzar lo antes dicho, puesto que, conforme a dicha jurisprudencia, también el derecho a la libertad de expresión protege las expresiones que tengan cierta dosis de exageración o de provocación aunque teniendo ciertos límites.

A continuación, el TC procede a delimitar los límites de la libertad de expresión que, en caso de no considerarse éstos excedidos, la conducta se vería amparada por el art. 20.1 CE. Para determinar estos límites, el TC procede a acudir nuevamente a su propia jurisprudencia (*argumento de "stare decisis"*) con redundantes resoluciones que establecían que el art. 20 CE no protege ni las expresiones injuriosas ni aquellas que sean innecesarias para

---

<sup>62</sup> GUASTINI, Riccardo, *Filosofía Del Derecho Positivo. Manual De Teoría Del Derecho En El Estado Constitucional*. Perú: Palestra, 2018, p. 31. Recuperado de: [books.google.es/books?isbn=6123250450](https://books.google.es/books?isbn=6123250450)

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2006, de 5 de junio, FJ 4º.

<sup>64</sup> EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, "El argumento a partir de los principios" *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 177-183.

<sup>65</sup> GUASTINI, Riccardo, *Filosofía Del Derecho Positivo. Manual De Teoría Del Derecho En El Estado Constitucional*. Perú: Palestra, 2018, p. 31. Recuperado de: [books.google.es/books?isbn=6123250450](https://books.google.es/books?isbn=6123250450)

expresar las ideas u opiniones, lo cual probablemente esté basado en un *argumento de la reducción al absurdo*<sup>66</sup> en cuanto que, de ser injuriosa, se afectaría al derecho al honor, lo que no sería coherente con el sistema jurídico. Sin embargo, el TC no define cuándo nos encontramos ante expresiones injuriosas o innecesarias. Aun así, lo que sí establece es que justamente esas expresiones injuriosas o innecesarias sí pueden ser objeto de sanción por el CP tal y como la jurisprudencia del TEDH (*argumento ex auctoritate* de nuevo) ha señalado, en concreto, en el caso Féret contra Bélgica en el que se indicaba que es necesario “*sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia*” (FJ 2º). A través de esta resolución, el TC justifica que el CP puede tipificar como delito este tipo de conductas, aunque no hay que perder de vista que en el fondo estas conductas que menciona el TEDH como sancionables parecen más bien conductas propias de un delito de odio. No obstante, aunque el TC señala la posibilidad de que estas expresiones puedan ser sancionadas, no define cuándo estamos ante estas, por lo que se deduce que hay que atender a las circunstancias del caso y realizar un juicio de ponderación, el cual menciona el TC haciendo referencia a su propia jurisprudencia, como técnica necesaria ante la existencia de una colisión entre el derecho al honor (art. 18 CE) y otros derechos fundamentales (en este caso, derecho a la libertad ideológica y derecho a la libertad de expresión). A esto dicho, el TC añade un límite a la tipificación de conductas en el Código Penal y es que, debido a la importancia preferente que tiene la libertad de expresión por ser característica de una democracia y necesaria para hacer efectivo el pluralismo político contenido en el art. 1 CE (*argumento de la sedes materiae*<sup>67</sup>), señala que es insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniurandi* propio del Derecho penal sino que, atendiendo además a un *argumento pragmático*<sup>68</sup>, este debe tener presente el contenido constitucional de la libertad de expresión ya que, de no tenerse en cuenta, se produciría una disuasión o desincentivo del ejercicio de la libertad de expresión estableciendo como referencia la sentencia que previamente realizamos su estudio argumentativo, es decir, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, entre otras.

En conclusión, el TC establece que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica pero siempre con el límite de que esta no contenga expresiones injuriosas o innecesarias para expresar dicho pensamiento.

---

<sup>66</sup> EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “El argumento por el absurdo”, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 163-165.

<sup>67</sup> EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Tipos de argumentos jurídicos”, en *Base de Conocimiento Jurídico (Iustel). Teoría y Filosofía del Derecho* (<https://www.iustel.com/v2/c.asp>), p. 10

<sup>68</sup> EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “El argumento pragmático”, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 161-162.

2.- El TC añade, como argumento unido al anterior, que la libertad de expresión comprende manifestaciones de ideas y opiniones por escrito u oralmente pero también esta se materializa a través de comportamientos no verbales (FJ 3º). La manifestación de ideas por escrito o de forma verbal es algo que se deduce de la literalidad del art. 20.1 CE (*argumento semántico*<sup>69</sup>) en su expresión “*mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*”, no obstante, a pesar de no contemplarse expresamente en el precepto, el TC también lo extiende a comportamientos no verbales a través de un *argumento a fortiori*<sup>70</sup> por considerar que son manifestaciones igualmente de la libertad de expresión. Esta interpretación la refuerza remitiéndose a la jurisprudencia del TEDH (*argumento de autoridad*<sup>71</sup>) que ha contemplado como libertad de expresión, en algunas resoluciones, la exhibición de símbolos o la realización de conductas que transmitan ideas así como también información, puesto que el TEDH no diferencia entre libertad de opinión e información, sino que las une en libertad de expresión (art. 10 CEDH).

En conclusión, el TC extiende el contenido de la libertad de expresión a lo que denomina como “lenguaje simbólico” y a “conductas expresivas” aunque termina matizando que, pese a ello, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso, puesto que no dejan de tratarse de términos indeterminados que no se concretan en la sentencia, lo que significa que el órgano jurisdiccional conocedor del caso debe atender a las circunstancias concurrentes.

3.- Aparte de la libertad de expresión, aunque no sea el derecho fundamental objeto de estudio, también matiza que la libertad ideológica tiene una dimensión externa que es expresar lo que se piensa de forma libre, lo que posibilita el art. 20.1 CE (FJ 5º). En definitiva, supone que la libertad ideológica necesita para su efectividad el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE), lo cual justifica atendiendo a un *argumento de “stare decisis”*, ya que el propio TC en anteriores sentencias (en concreto, la STC 20/1990 FJ 5º) hizo referencia a ello. Aun así, el TC en dicho autoprecedente matizaba que eso no significa que el art. 20.1.a) CE absorba el derecho del art. 16 CE basándose en un *argumento*

---

<sup>69</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “El argumento semántico”, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 93-96.

<sup>70</sup>J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 167-168.

<sup>71</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “El argumento de autoridad”, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 166-168.

*teleológico*<sup>72</sup> puesto que ambas normas tienen como fin proteger algo distinto y, de absorber un derecho el contenido del otro, entonces nos encontraríamos ante la repetición de una misma disposición, lo que lleva al TC a rechazar esta interpretación a través de un *argumento de la no redundancia*<sup>73</sup>. Por lo tanto, el TC considera que no absorbe un derecho al otro, sino que hay que tener en cuenta ambos para saber si existe una “faceta injuriosa” y, en caso de existir esta, graduarla. Asimismo, según el TC, volviendo a acudir a su propia jurisprudencia, señala que la posibilidad de actuación de los poderes públicos contra determinadas conductas, depende de la existencia o no de una relación de causalidad entre ambos derechos (entre pensamiento y actos) pero añade, con esta reincidente remisión a su jurisprudencia, un límite a lo dicho y es que solo cabe amparo, atendiendo a un *argumento pragmático*<sup>74</sup>, cuando aquella conducta no impida a otros tener o expresar otras ideologías distintas a las que esa persona expresa, pues, de ser así, carecería de efectividad la norma en cuanto que daría lugar a consecuencias absurdas protegiendo a unos pero no a otros.

4.- Finalmente, el último de los argumentos a los que alude el TC, siendo de importancia en el supuesto por afectar a la Corona, es que la institución de la Corona tiene una protección jurídica reforzada (FJ 3º). El TC llega a esta conclusión a través de un *argumento de la sedes materiae*<sup>75</sup> y un *argumento a rúbrica*<sup>76</sup> justificando así una interpretación sistemática. El Tribunal entiende que dicha protección jurídica reforzada tiene lugar debido a que el legislador penal ha incluido el Capítulo dedicado a los delitos contra la Corona, en el Título XXI relativo a los delitos contra la Constitución, por lo que de ello entiende que el legislador quería que dicha institución tuviese una protección jurídica más reforzada. Esto supone que, en virtud de un *argumento de la no redundancia*, cuando las injurias afectan a los miembros de la Corona, hay que acudir a un Título diferente al que contiene los delitos contra el honor en general, ya que estos últimos se encuentran, concretamente, en el Título XI del Código Penal. Sin embargo, añade que esto no significa que el Rey esté excluido de la crítica, sino que, en base a un *argumento ex auctoritate*, la propia jurisprudencia del TEDH (en concreto, al caso Otegui contra España § 56), ha precisado que la monarquía es objeto de debate político aunque tenga una posición de neutralidad pero, por su ubicación sistemática y para evitar repeticiones normativas, entiende que las injurias que recaigan sobre esta institución tienen

---

<sup>72</sup>J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, ob. cit., p. 170.

<sup>73</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, ob. cit., p. 8.

<sup>74</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “El argumento pragmático”, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 161-162.

<sup>75</sup>J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, ob. cit. p. 169.

<sup>76</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Tipos de argumentos jurídicos”, en Base de Conocimiento Jurídico (Iustel). Teoría y Filosofía del Derecho (<https://www.iustel.com/v2/c.asp>), p. 10

diferente protección que las injurias que recaigan sobre una persona que no pertenezca a la Corona.

Un aspecto que no añade el TC, pero podría haber añadido, es la interpretación, o al menos matización, que realizó la Sala Penal de la Audiencia Nacional y es que, también mediante una interpretación sistemática, estableció que “*a través de este tipo penal (art. 490.3 CP), sólo se protege el honor del Rey en tanto vaya asociado al ejercicio de su función constitucional, de modo que cualquier otro ataque a su honor fuera de ese ámbito no tendrá más protección que la general de las injurias [contra cualquier otro ciudadano] de los artículos 208 y ss. del Código Penal. Por lo tanto, la injuria contra el Rey o las personas mencionadas como sujetos pasivos en el artículo 490.3 CP, no protege bienes jurídicos individuales sino colectivos*”. Es un matiz importante al que el TC no alude y al que podría haber hecho alusión basándose en un *argumento a coherencia*<sup>77</sup>, en cuanto que al interpretarlo así sería la norma compatible con el art. 14 CE, junto con un *argumento de no redundancia*<sup>78</sup>, pues el art. 490 CP protege un bien jurídico colectivo y no individual como los arts. 208 y ss. CP.

Por lo tanto, atendiendo fundamentalmente a la ubicación, el TC interpreta que los delitos contra la Corona tienen una protección reforzada aunque esto no obsta a que pueda ser objeto de debate político, en definitiva, ser criticada.

Una vez interpretadas las normas aplicables, esta interpretación va a servir al TC para estudiar la subsunción de los hechos en el supuesto de hecho de la norma.

### **2.2.3. ARGUMENTOS PARA LA SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN EL SUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA.**

El TC en la resolución señala que, para la subsunción de los hechos en las normas antes delimitadas, es necesario dilucidar si la conducta queda incluida en el contenido de estos derechos fundamentales alegados como vulnerados, o bien si cabe su sanción penal por no haber vulneración, sino excederse de su contenido. Para ello es necesario analizar si existe en dicha conducta “*un contenido intrínsecamente injurioso y vejatorio que desborde los límites constitucionales*” (FJ 3º).

---

<sup>77</sup> J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, ob. cit. p. 171.

<sup>78</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, ob. cit., p. 259

Antes de proceder a dicha subsunción de los hechos, una vez más, hay que señalar que el estudio de la argumentación jurídica de la premisa fáctica comprende también tener en cuenta que los hechos objeto de subsunción sean verdaderos, es decir, probados. Para recordar un poco la situación y facilitar así el estudio de la argumentación, los hechos que quedaron probados, seguramente a través de una prueba testifical (prueba directa)<sup>79</sup> es el suceso en el que, tras una manifestación antimonárquica previa, autorizada y la cual había finalizado, tenía lugar una visita institucional del Rey. En dicha visita, dos personas con el rostro cubierto quemaron una fotografía de tamaño grande de los Reyes boca abajo, desapareciendo posteriormente tras confundirse entre la gente.

Una vez recordados los hechos que se consideran probados, vamos a analizar la subsunción de estos hechos atendiendo a la interpretación de las normas realizada por el TC, donde se trata de ver si existe protección o no de la conducta en los derechos fundamentales alegados como vulnerados. Hay que recordar que el comportamiento de los dos sujetos se sancionó por un delito de injurias a la Corona por lo que debería tratarse de subsumir los hechos ponderando si existe tal carácter injurioso.

El TC para la subsunción de los hechos utiliza los siguientes argumentos:

- 1.- La condena penal, impuesta a la conducta de los recurrentes por un delito de injurias a la Corona (art. 490.3 CP), es constitucional.
- 2.- El comportamiento de los recurrentes en amparo es incitador al odio y, por lo tanto, no protegidos por los arts. 16 y 20 CE.

Vamos a proceder a analizar con un poco de mayor profundidad estos argumentos.

1.- El TC considera que la condena penal impuesta a los sujetos por un delito de injurias a la Corona (art. 490.3 CP) es constitucional (FJ 4º), pues entiende como innecesaria la acción de quemar fotos de los Reyes en plena visita institucional para expresar una crítica hacia la Monarquía, y más teniendo en cuenta que previamente a la visita institucional había tenido lugar una manifestación antimonárquica. Junto a esto, el TC también pone en duda la actuación de los demandantes de amparo debido a su actuación de escapar tratando de confundirse con la gente. Por lo tanto, a través de este razonamiento inductivo en sentido

---

<sup>79</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La valoración de la prueba”. *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, pp. 386-389.

amplio<sup>80</sup>, el Tribunal califica la conducta como injuriosa apreciando que la pena impuesta no lesiona los derechos alegados como vulnerados por los recurrentes.

2.- Junto a este razonamiento, añade otro argumento y es que considera que la conducta consistente en destruir elementos con un valor simbólico puede contener un mensaje implícito, en este caso, el TC entiende que, mediante acción violenta, se está incitando a la exclusión, lo que afecta a la dignidad de las personas, haciéndole concluir que dicha conducta queda fuera de la protección de los derechos fundamentales. El TC a través de un razonamiento inductivo en sentido amplio<sup>81</sup> le lleva a entender esto por los hechos probados. En dichos hechos se probaba que los recurrentes habían quemado la foto boca abajo estando subidos a una estructura metálica acompañados de la aprobación de aplausos y gritos de otras personas. Esta escenificación, a través de la valoración que hace de los hechos el Tribunal, considera que de forma implícita contiene el mensaje de “ajusticiar a los monarcas” yendo esto contra el art. 15 CE. Por ello, concluye que existe incitación a la violencia excediéndose de la protección que otorga el art. 16 y 20 CE. Asimismo, el TC interpreta que su actuación fue premeditada por no hacerlo en la manifestación previa, la cual era legal, sino en plena visita real lo que para el TC significa que dicha conducta está fuera del contexto de manifestación habiendo, además, ausencia de espontaneidad, pues los recurrentes llevaban una foto de tamaño grande lo que parece planeado. Por lo tanto, el TC entiende que esta conducta no forma parte de la libertad de crítica propia del derecho a la libertad de expresión, sino que se excede de la mera expresión de opinión. Esta conclusión la refuerza el Tribunal acudiendo a la jurisprudencia del TEDH (*argumento ex auctoritate*), en concreto, al caso Otegui contra España, donde el TEDH establecía que la libertad de expresión (art. 10 CEDH) comprendía también expresiones aunque fueran provocativas o exageradas cuando se tratara de un asunto objeto de debate público. Sin embargo, el TC considera que esto no es aplicable al caso, puesto que entiende que el art. 10 CEDH ampara el discurso político cuando no haya incitación a la violencia, lo cual aprecia que existe en las conductas de los recurrentes.

En consecuencia, el TC concluye que las penas impuestas no vulneran el derecho fundamental ni del art. 20.1 CE ni del art. 16 CE puesto que la conducta excede del contenido y límites de estos derechos por incitar al odio.

---

<sup>80</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, *ob. cit.*, pp. 381-385.

<sup>81</sup>GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal ) (II). Universidad de Alicante. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/668797.pdf>

#### 2.2.4. CONCLUSIÓN.

Finalmente, la decisión del TC es que no existe vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el art. 16 y 20 CE, sino que se excede en sus límites por lo que se mantiene la sanción penal impuesta siendo el fallo desestimatorio.

Una vez realizado el estudio argumentativo de esta sentencia, hay que hacer una serie de observaciones. La primera de ellas, y la más importante, es que la resolución que resuelve el recurso de amparo no cumple con el principio de congruencia existiendo una incongruencia omisiva. Este problema, de hecho, es uno de los aspectos que señalan algunos Magistrados del TC en sus votos particulares y es que el TC cuando motiva sus argumentos, y en concreto cuando interpreta los derechos fundamentales señalados como vulnerados por los recurrentes, establece de forma muy lógica que es necesario ver el contenido injurioso o vejatorio de la conducta (FJ 3ª), puesto que dicho comportamiento, en la sentencia recurrida en amparo, había sido subsumido en el supuesto de hecho del art. 490.3 CP relativo a los delitos de injurias a la Corona. Aun así, a pesar de esto y aun previendo el propio TC que debe hacer una ponderación de los derechos fundamentales alegados como vulnerados y del derecho al honor, en cuanto que afecta a la Corona, no es lo que realiza en la sentencia.

El TC se comporta como una tercera instancia, es decir, termina actuando como un tribunal del orden de lo penal llevando la conducta no a las injurias, sino al delito de odio no mencionado en la sentencia recurrida en amparo en ningún momento. Teniendo en cuenta esto y que, además, el art. 490 CP no forma parte de los delitos de odio, esto no deja de suponer un cambio en la calificación. Por lo tanto, podemos decir que no se cumple con el principio de congruencia, es decir, la argumentación realizada por el TC no responde de forma adecuada a si se han vulnerado los derechos del art. 16 y 20 CE debido a que no realiza el pertinente juicio de ponderación con el derecho al honor, el cual la sentencia recurrida en amparo consideraba vulnerado por tratarse de una conducta constitutiva de un delito de injurias contra la Corona. Definitivamente nos encontramos con una argumentación vacía en relación con la petición de los recurrentes, pues no responde de forma adecuada a esta, pues era preciso realizar una ponderación. Hay quienes entienden que lo que hace aquí el TC es ampliar el contenido del discurso del odio, es decir, entender el delito de injurias a la Corona como manifestación del discurso del odio, lo cual es erróneo en cuanto que es característica de los discursos del odio “*la existencia de un grupo (...)*



*en una posición de especial vulnerabilidad*<sup>82</sup> además de que eso supondría que se está regulando dos veces lo mismo y de forma distinta, lo que no es congruente teniendo en cuenta la ubicación sistemática.

Teniendo en cuenta la vinculación que tiene el principio de congruencia con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), tal y como el TC señaló en la STC 166/1992, de 26 de octubre, en la que se remitía incluso a otras donde así también lo afirmaba, esta resolución vulneraría el derecho fundamental del art. 24 CE, es decir, se produce indefensión y se vulnera un derecho fundamental en el propio recurso de amparo cuyo fin es proteger de dichas vulneraciones, quedando dicha indefensión salvable gracias a la posibilidad, al verse afectados derechos humanos, de acudir al TEDH alegando vulneración del art. 10 CEDH.

Atendiendo a esto último, no está de más aludir a la interpretación que realizó de este supuesto el TEDH<sup>83</sup>, quien posteriormente llegó a conocer del asunto, siendo interesante examinar muy a grandes rasgos su interpretación. Teniendo en cuenta que el TC de forma asidua acude a través de *argumentos de autoridad*<sup>84</sup> a la jurisprudencia del TEDH, curiosamente la interpretación realizada por este último es opuesta a la realizada por el TC. El TC en su FJ 4º consideraba que el supuesto no podría acotarse al ámbito de la crítica porque se llevaba a cabo una exclusión siendo ésta calificada de violenta no estando estas conductas protegidas por el art. 20.1 CE por excederse de los límites, así como también el hecho de que las personas afectadas tienen una protección reforzada tal y como había interpretado el TC conforme a la posición normativa en la que el legislador penal había ubicado la protección de la Corona. No obstante, el TEDH considera que sí forma parte de dicho ámbito de la crítica, en este caso crítica política, puesto que es contrario al Convenio proteger mediante ley especial así como proteger de forma reforzada el insulto al Jefe de Estado fundamentando el TEDH esta argumentación en el propio caso en el que se había basado el TC (el caso Otegui c. España). También el TEDH añadía, basándose en el mismo caso, que este supuesto estaba afecto a la crítica política por expresarse el rechazo hacia la institución de la monarquía de forma general y no tratarse de una crítica personal que afecte a la dignidad de las personas por lo que no entiende que exista una exclusión hacia los miembros de la Corona sino que se expresa rechazo a la institución.

---

<sup>82</sup>TERUEL LOZANO, Germán, “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 2017, núm. 17, p. 9. Recuperado de: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/3713>

<sup>83</sup>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España, de 13 de marzo de 2018.

<sup>84</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Argumento de autoridad”, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 166-168.

Como podemos ver, la valoración de los hechos considerados probados es completamente distinta basándose como fundamentación en el mismo caso. Aun así, es cierto que la interpretación sistemática que hace el TC respecto a los delitos contra la Corona tiene su sentido por estar incluidos en el Título XXI relativo a los delitos contra la Constitución pero esto tiene sentido interpretando la Corona como institución de modo que cuanto la crítica recaiga sobre la persona de los miembros de dicha institución, éstos deberían regirse por los delitos de injurias previstos en el Título XI del Código Penal para que tenga coherencia con el art. 14 CE pero también con la propia función de la institución que tiene una función de neutralidad.

No está de más volver a incidir en que una interpretación que podría haber realizado el TC y la cual no hubiera supuesto una interpretación de la legalidad ordinaria sino de constitucionalidad es que podría haber discernido entre injurias a la monarquía como institución y crítica a las personas que lo forman tratando a estas últimas como cualquier ciudadano (es decir, desde una perspectiva personal) viéndose de esta manera la compatibilidad y congruencia con el art. 14 CE que podría tener esa protección penal. Pero esto es un matiz que el TC no incidió aunque es cierto que no había especial necesidad de ello pero ya que interpretaba la protección reforzada de la Corona podría haber delimitado la afectación de dicha protección reforzada. De hecho, esta interpretación sería posible teniendo en cuenta que el precepto alude a injurias de los miembros de la Corona “*en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas*” lo que le da ese carácter institucional y no personal.

Aun así, esto no deja de ser una labor ardua ya que la fijación de una interpretación, como la última mencionada, no deja de ser algo teórico, es decir, su aplicación en la práctica puede que no sea tan pura y universal como se pretende. La realidad es que muchas veces también puede suceder que al criticarse una institución no deje de identificarse esta con unas personas (los miembros de la Corona) lo que a veces también conseguir separar en el supuesto de hecho cuándo realmente se afecta a la institución de la Corona y cuándo a sus miembros como personas no es tan fácil ya que frecuentemente la manifestación de las opiniones de las personas une ambas (la institución y las personas que lo forman) porque así lo hacen las personas en su mente. Por lo tanto, una de las dificultades es que en casos como este no se puede acceder a los pensamientos y voluntades de las personas que realizan las conductas por lo que solo se puede atribuir significado a los comportamientos

apreciados en los hechos interpretándolos a través de razonamientos, en este caso, inductivos ya que de ser deductivos no existiría tal dificultad.

No obstante, el TEDH en el fondo termina actuando igual que el TC y es que finalmente se enfoca en el supuesto de hecho tratándolo como si hubiera constituido el tipo de delitos de discurso del odio pero no llega a enfocarse en si existía un carácter injurioso hacia la institución. El hecho de que no lo mencione puede hacer que entendamos que, o bien el TEDH considera no existe tales injurias por ampararse dicha conducta en el derecho a la libertad de expresión o bien considerar que nos volvemos a encontrar con una incongruencia omisiva la cual esta última probablemente es la que tiene lugar.

### 3. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.

#### 3.1. STC 25/2019, de 25 de febrero.

##### 3.1.1. ANTECEDENTES DE HECHO

Dos periodistas habían acudido en 2010 al despacho del director (Sr. Hertlein) de la entidad Homo Simplex S.L., donde ejercía como consultor personal. En dicho despacho, se hicieron pasar por clientes que tenían una enfermedad para así poder grabar dicha visita mediante cámara oculta, pese a garantizarles el propio director una grabación de esta visita para el propio uso del cliente, la cual recogieron al día siguiente.

Unos días después, fragmentos de las grabaciones fueron mezclados y emitidos sin distorsionar ni el rostro ni la voz del director en el programa “Espejo Público” de la cadena de televisión Antena 3, donde se debatía la actividad del director, señalándose que era una persona dedicaba a curar a pacientes pero, posiblemente, sin titulación alguna. En dicho programa, también comentaban que el “*sanador*”, en sus visitas, llevaba a cabo “*algo más allá que caricias*”, calificándole de “*mujeriego*”. Estos fragmentos, en otro programa diferente de Antena 3, y bajo el título “¿Un falso gurú de la felicidad?”, también fueron reproducidos mezclándose con otros materiales que pertenecían a la cadena. Sin embargo, no solo la grabación de la consulta había sido emitida, sino que incluso estaba disponible en la propia página web de Antena 3.

En fecha diferente, la entidad RedUne Prevención Sectaria publicaba un texto relativo al sectarismo con fragmentos de un periódico alemán y otro del Diario de Mallorca, a los cuales decidió acompañar de la fotografía del director (el Sr. Hertlein) por considerar que tenía relación con el contenido del texto. Además, el director de esta entidad envió dos correos electrónicos a sus colaboradores sobre el Sr. Hertlein con calificativos como “*extorsionador*” y acusándole de causar problemas mentales a clientes.

Por estos hechos, el Sr. Hertlein, de forma conjunta con la entidad Homo Simplex S.L., demandó a Antena 3, RedUne y al presidente de esta última. En dicha demanda solicitaba: por un lado, la condena a Antena 3 a la difusión completa del programa, ya que solo difundía fragmentos, así como a una indemnización por los daños causados por una intromisión ilegítima en los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen por tratarse de imágenes difamatorias que faltaban a la verdad; y por otro lado,

solicitaba también que se condenara a la asociación RedUne y a su presidente al pago de una indemnización por vulnerar su derecho al honor y a la propia imagen.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Manacor estimó parcialmente la demanda por entender que la vulneración a dichos derechos fundamentales no se produce respecto a la entidad (Homo Simplex S.L.), con quien demandaba de forma conjunta, pero sí respecto al director de ella (el Sr. Hertlein) por realizarse mediante cámara oculta en su consulta y sin su consentimiento por parte de la cadena de televisión. En el caso de RedUne y su presidente, también se consideró que se vulneraba el derecho al honor y a la propia imagen por incluir una fotografía del director, lo cual el Juez consideraba innecesario para el fin informativo que tenía el artículo.

Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Illes Balears por todas las partes, la cual fue estimada parcialmente modificando únicamente la responsabilidad de RedUne y su presidente por considerarse esta igual para ambos por vulnerar de forma ilegítima el derecho al honor.

Contra la resolución dictada por Audiencia Provincial, los demandados interpusieron recurso de casación ante el TS. El TS estimó el recurso revocando la anterior resolución por considerar que aquí primaba la libertad de información de la cadena Antena 3 por existir relevancia pública en un hecho que podía afectar a la salud pública, sobre todo, por existir sospechas de que no tuviera titulación el director de la entidad. Por lo tanto, a pesar de que dicha información había sido obtenida mediante cámara oculta, el TS consideraba que esto estaba justificado por ser proporcional al interés público. Respecto a la responsabilidad de RedUne, excluyó que existiera intromisión ilegítima en el derecho al honor, puesto que la finalidad de esta asociación es ayudar o evitar que personas sean víctimas de conductas que pudieran ser sectarias.

En consecuencia del fallo de la resolución del Tribunal Supremo, el Sr. Hertlein, junto con la entidad Homo Simplex S.L., interpuso recurso de amparo por considerar que el Tribunal Supremo se había separado de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al uso de las cámaras ocultas en el ámbito periodístico y a la vulneración de los derechos al honor, la intimidad personal y la propia imagen.

Este supuesto es un *caso difícil*<sup>85</sup> debido a que es necesario que el TC realice una interpretación no solo de la norma, sino también de los hechos, siendo lo más conflictivo en este supuesto el uso de cámara oculta como técnica periodística. Es decir, la controversia en este caso se encuentra en conocer si el uso de cámara oculta puede estar justificado, ya que, aunque se tipifiquen conductas de grabación y difusión, no hay unidad de criterio en los tribunales sobre la cámara oculta como técnica periodística. El Tribunal Supremo, por ejemplo, ha considerado legítimo el uso de la cámara oculta cuando la información sea sobre hechos veraces de relevancia pública, mientras que en el Tribunal Constitucional, en la STC 12/2012, de 30 de enero, consideró que su uso vulneraba los derechos al honor, la intimidad y a la propia imagen. En cambio, el TEDH no consideraba necesariamente ilegítimo el uso de cámara oculta<sup>86</sup>, sino que cabía su legitimidad de forma excepcional. En conclusión, se trata de una materia cuya interpretación no es unánime. Por esta razón, este caso es de especial trascendencia, puesto que en este supuesto se va a poder finalmente conocer la postura actual del TC, es decir, si mantiene la postura que adoptó en 2012, la modifica o si la matiza.

Otro de los aspectos que hace que el caso sea considerado como difícil es que, ante la colisión de la libertad de información con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, no deja de ser necesaria la realización de una ponderación por ser derechos fundamentales que tienen igual posición y, consecuentemente, igual protección. Por este motivo, es preciso analizar las circunstancias concurrentes en el caso viendo cuál de los derechos fundamentales debe “ceder” total o parcialmente su protección frente al otro. Realmente estamos ante una de las particularidades de la interpretación constitucional, el *juicio de ponderación*<sup>87</sup>, el cual tiene aplicación cuando no existe contradicción entre las normas, lo que significa que ambas son válidas pero no pueden prevalecer por afectarse entre ellas, de ahí la necesidad de la aplicación de los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que ha venido utilizando el TC para resolver este tipo de supuestos.

### **3.1.2. ARGUMENTOS REFERIDOS A LA NORMA APLICABLE AL CASO.**

A continuación, hay que proceder a analizar la atribución de significado que el TC hace a las normas aplicables.

---

<sup>85</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, ob. cit., pp. 300-313.

<sup>86</sup>LÓPEZ, J. ¿Se puede o no se puede usar la cámara oculta? 3 de Enero de 2020. <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/intimidad/se-puede-o-no-se-puede-usar-la-camara-oculta-1> (consultado el 15 de Abril de 2020).

<sup>87</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, ob. cit., pp. 300-313

El demandante de amparo alega, por un lado, que los fragmentos de grabación emitidos por la cadena de televisión ha vulnerado su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y, por otro lado, que la asociación RedUne y su presidente han vulnerado su derecho al honor y a la propia imagen por publicar en la página web su imagen y difundir, mediante correos electrónicos destinados a sus colaboradores, acusaciones y expresiones ultrajantes.

Sin más dilación, el TC admite el recurso de amparo por considerarlo un supuesto de especial trascendencia que puede permitir aclarar o modificar la doctrina constitucional relativa al uso de cámaras ocultas como técnica periodística. La sentencia utiliza los siguientes argumentos:

- 1.- La libertad de información tiene una posición preferente en el ordenamiento jurídico, pero siempre que se cumplan los límites internos y externos que tiene dicho derecho.
- 2.- La libertad de información prevalecerá frente al derecho a la intimidad personal y familiar cuando la información cumpla el requisito de relevancia pública.
- 3.- La libertad de información prevalecerá frente al derecho a la propia imagen cuando la información cumpla el requisito de relevancia pública.
- 4.- La libertad de información prevalecerá frente al derecho al honor cuando la información cumpla el requisito de veracidad.
- 5.- El uso de la cámara oculta supone una intromisión ilegítima grave en los derechos de la personalidad mencionados pero, excepcionalmente, puede ser legítima atendiendo a las circunstancias y criterios establecidos por el TEDH.

Vamos a proceder a analizar con una mayor profundidad estos argumentos sobre los que se fundamenta el TC:

- 1.- En el recurso de amparo se procede a señalar que la libertad de información, la cual una de las partes considera que le ampara en su actuación, atendiendo al modo en que hasta ahora ha estado entendiéndose por la doctrina constitucional (*argumento de "stare decisis"*<sup>88</sup>), dicho derecho protege no solo un interés individual, sino que también garantiza que exista una opinión libre pública que permite hacer efectivo el pluralismo político inherente a un Estado democrático. Con esta interpretación, el TC está afirmando que la libertad de

---

<sup>88</sup>GUASTINI, Riccardo, *Filosofía Del Derecho Positivo. Manual De Teoría Del Derecho En El Estado Constitucional*. Perú: Palestra, 2018, p. 31. Recuperado de: [books.google.es/books?isbn=6123250450](https://books.google.es/books?isbn=6123250450)

información es un derecho con posición preferente (aunque no de forma absoluta porque se somete a límites como veremos), siendo un elemento o presupuesto esencial de un sistema democrático al que se le otorga el valor propio de una garantía institucional<sup>89</sup>. Esta interpretación, pese a remitirse a sus propias resoluciones el TC, realmente se basa en un *argumento a partir de principios*<sup>90</sup>, concretamente, se funda en el principio de pluralismo político del art. 1.1 CE, el cual lo contiene como un valor superior del ordenamiento jurídico. Esto último significa que, atendiendo a esta argumentación, la libertad de información atiende a una teoría democrático-política, en cuanto que no se trata solo un derecho individual, sino que se extiende a una pluralidad, en concreto, a la opinión pública<sup>91</sup>, permitiendo así hacer efectivo el principio de pluralismo político.

No obstante, el TC señala que el derecho del art. 20.1.d) CE solo protege aquellas conductas que cumplan con los límites internos mencionados en anteriores resoluciones (*argumento de "stare decisis"*), es decir, que la información trate de hechos "notificables", que estos sean "veraces" y sean "de interés general o de relevancia pública" (FJ 3º).

Por lo tanto, para que realmente estemos ante una conducta protegida por este derecho fundamental, es preciso cumplir esos límites internos. Ahora bien, estos deben ser definidos por el TC, lo cual va a proceder a hacer pero de forma parcial, como más adelante se explicará.

En relación con el término "notificable", el TC, justificándose en un *argumento teleológico* y relacionándolo con el *argumento a partir de principios* anteriormente señalado que garantiza el pluralismo político, entiende por hechos "notificables" aquellos hechos con proyección pública en el marco de un sistema democrático que contribuyan a la formación de una opinión pública y, siempre que, de forma previa a la difusión de la información, el profesional de la información haya llevado a cabo una actuación de averiguación o constatación de las circunstancias que se transmiten en dicha información, remitiéndose respecto a este último matiz a uno de sus autprecedentes (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4). Todo esto, lo refuerza con un *argumento de autoridad*<sup>92</sup>, aludiendo a la doctrina del TEDH, y a anteriores sentencias dictadas sobre esta materia por la propia Sala (*argumento del*

---

<sup>89</sup>MARCIANI BURGOS, Betzabé, "La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos" *Revista Pensamiento Constitucional*, núm. 11, 2005, pp. 364-368.

<sup>90</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, "Tipos de argumentos jurídicos", en *Base de Conocimiento Jurídico (Iustel). Teoría y Filosofía del Derecho* (<https://www.iustel.com/v2/c.asp>), pp. 6-7

<sup>91</sup>MARCIANI BURGOS, Betzabé, ob. cit., pp. 356- 357.

<sup>92</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, "El argumento de autoridad", *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, p. 166.



“*stare decisis*”), añadiendo que se excluye de tener carácter “noticiable” aquello que el medio de comunicación considere como tal solamente porque dichos hechos alimenten la curiosidad del público. El TC aclara que para que un hecho sea noticiable, este debe ser de “interés público”, delimitando, posteriormente, qué se entiende por este. Hay que decir que, aunque el TC se fundamente en un argumento de autoridad para esta interpretación, realmente estamos ante un *argumento de la disociación*<sup>93</sup> que, a pesar de que sea éste el argumento que está detrás del *argumento ex auctoritate*, el hecho de que se remita el TC a la interpretación del TEDH implica que también se remita en el argumento que de forma originaria justificó esa interpretación. El TEDH realmente se basó en un argumento de la disociación para tratar de objetivar el término “interés público” y excluir de este significado otros que pudieran dar lugar a confusión (como es entender por noticioso, algo que simplemente alimenta una curiosidad). Por lo tanto, el hecho de que el TC se remita a esta interpretación del TEDH, implica que el TC trata de buscar una acepción de “interés público” objetivada<sup>94</sup>.

Aun así, el término “interés público” no deja de ser un concepto indeterminado ya que, aunque se excluye su contenido de determinados significados, la Sala no lo ha otorgado un contenido concreto. A continuación, el TC va a proceder a definir qué se entiende por “interés público”. Sin embargo, hay que señalar que el TC también debería haber definido cuándo estamos ante una información veraz porque, incluso si se conoce la doctrina constitucional sobre esta materia, no deja de ser una obligación, que de la motivación se deriva (art. 120.3 CE), el tener que otorgar de contenido dicho concepto, ya que es un límite interno que determina, junto con otros límites, la legitimidad de la conducta.

Comenzando con dicha delimitación, el TC define “interés público” a través de la remisión a la sentencia anteriormente mencionada (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4) apreciándose que se cumple tal requisito cuando los hechos versen “*sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada*” (FJ 3º). Sin embargo, aunque define este requisito, en la motivación de este recurso de amparo no define el otro requisito, es decir, qué se entiende por veracidad, a diferencia de en otros recursos de amparo como la STC 24/2019, de 25 de febrero. En esta

---

<sup>93</sup> J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid/Barcelona, 2004, p. 168.

<sup>94</sup> MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio. “EL USO DE LA CÁMARA OCULTA EN EL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN: UNA CERTEZA Y UNA INCÓGNITA” *Revista de Derecho Político*, núm. 104, Enero 2019, pp. 102-107.

última, de misma fecha que esta resolución objeto de análisis, sí definía la veracidad en el FJ 5º como hechos que no tienen que ser, de forma necesaria, completamente verdaderos, sino que lo único que se precisa es que se haya contrastado esa información con la diligencia exigible al profesional de la información. Esto último significa comprender incluso la noticia errónea aunque siempre que se hubiera llevado a cabo tal diligencia exigida de averiguación y que el error no afectase a la esencia de lo informado. Esto último, el TC no lo contiene en la motivación de esta resolución, a pesar de poderse haber remitido a alguna sentencia que lo hiciese. Aun así, en el presente caso hubiera sido acertado que hubiera tratado el contenido de este requisito no solo porque es un límite interno del derecho a la información, sino también porque el demandante en amparo niega que sea veraz la información emitida. No obstante, aunque el TC no lo defina ni tampoco remita su definición a anteriores resoluciones, no está de más señalarlo aquí no solo por ser un límite interno, lo cual ya lo hace esencial tener que mencionarlo, sino también porque parece, por los términos en los que se expresa, que el TC lo da por entendido.

Ahora bien, también es necesario, para el amparo del derecho del art. 20.1.d) CE, que se cumplan además unos límites externos a los cuales hace mención el TC en virtud de la literalidad del art. 20.4 CE (*argumento semántico*<sup>95</sup>) y de un *argumento de la "sedes materiae"*<sup>96</sup>, por la ubicación sistemática que tiene la norma como derecho fundamental con protección reforzada. Este límite externo existe en cuanto que se es consciente de que la libertad de información, pese a la posición preferente que se le otorga, puede afectar a otros con igual rango y protección. En la sentencia, el TC señala que estos límites externos son el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, aunque realmente, conforme al art. 20.4 CE, el límite externo son todos los derechos reconocidos en el Título I, pero la Sentencia hace referencia únicamente a los tres mencionados en cumplimiento del principio de congruencia, debiendo decidir sólo sobre lo pedido (vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen). En caso de afectar el derecho a la libertad de información a estos derechos, el TC establece la necesidad de llevar a cabo una ponderación (FJ 4º). No obstante, también, atendiendo a un *argumento de "stare decisis"*, el modo de captar la información puede producir una intromisión ilegítima en estos derechos por lo que, no solo va a tener que analizarse el contenido de la información (límites internos), sino también el modo en que se ha obtenido esta, es decir, se tiene que examinar si la forma en que se ha obtenido la información ha sido *proporcionada*, si era *necesaria* para un fin legítimo y

---

<sup>95</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, "El argumento semántico", *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 93-96.

<sup>96</sup>J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, ob. cit. p. 169.

si produce una mínima afectación (*adecuación*) en esos derechos que son considerados límites externos (FJ 5º). En definitiva, se trata de analizar si la obtención de la información cumple con los criterios<sup>97</sup> que se aplican en el juicio de ponderación.

Por lo tanto, la conducta estará amparada por el derecho a la libertad de información cuando se aprecie que cumple con los límites internos (hechos noticiables, veraces y de interés general o relevancia pública) y los límites externos (art. 20.4 CE).

2.- La libertad de información, a pesar de tener una posición preferente, no es un derecho ilimitado, ya que está sujeto a los límites internos antes mencionados, pero también a límites externos más difíciles de acotar, en cuanto que es necesario realizar un juicio de ponderación. Por lo tanto, ahora el problema interpretativo se sitúa en los límites externos, es decir, conocer no solamente el contenido de los derechos fundamentales que actúan como tales límites y con los que colisiona el derecho a la libertad de información, sino también conocer cuál es el punto límite de estos con el derecho la libertad de información, y analizar si este último se excede o no (FJ 4º). Los derechos fundamentales aquí afectados son el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen por lo que es necesario conocer el contenido de estos y su alcance para saber cuándo actúan como límite externo.

Vamos a comenzar analizando la delimitación del Tribunal en relación con el derecho a la *intimidad* (art. 18.1 CE). El TC primero establece el alcance de este derecho, el cual fija a través de su alusión a pluralidad de sentencias (un nada sorprendente *argumento de "stare decisis"*), definiendo este derecho como el comportamiento de resguardar de publicidad un ámbito reservado de su propia persona y de su familia. Esto realmente se desprende de la literalidad del art. 18.1 CE que contiene el derecho "*a la intimidad personal y familiar*", es decir, excluye a terceros de usar lo que pertenece al ámbito reservado de la persona y su familia. No obstante, de este argumento surge la cuestión de cuándo estamos ante ese ámbito reservado, puesto que no hay precepto que lo defina. El TC responde a esto remitiéndose a su doctrina sobre esta materia entendiendo por "ámbito reservado" aquellas "*expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de (...) no ser escuchado u observado por terceras personas*" (FJ 4º). Esto no deja de ser una interpretación basada en un elemento sociológico, puesto que se deja el significado de intimidad a la realidad social haciéndolo depender de lo que la persona, u otra en igual situación, entendiese que debe ser reservado.

---

<sup>97</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Particularidades de la interpretación constitucional". Argumentación jurídica, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, pp. 304-312.

También, el TC, teniendo en cuenta que el art. 20.4 CE establece como límite externo los derechos del Título I así como “*los preceptos de las leyes que lo desarrollen*”, podría haber acudido a esta Ley Orgánica que desarrolla estos derechos en el ámbito civil (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Es decir, en vez de haberse basado en un *argumento de “stare decisis”*, el TC podría haber utilizado simplemente un *argumento semántico* (interpretación literal) aplicando el art. 20.4 CE, el cual le hubiera remitido a la Ley Orgánica mencionada, ya que en dicho precepto establece como límite externo los derechos fundamentales del Título I de la Constitución pero también “*los preceptos de las leyes que lo desarrollen*”. Además, remitiéndose a la Ley Orgánica mencionada, tanto en su Preámbulo como en su art. 2, se establece la misma solución a la que llega el TC, es decir, que la intimidad, así como el honor y la propia imagen, “*quedarán delimitadas por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*”. Con esto lo que se quiere decir es que no era necesario acudir a sus autprecedentes, sino que podría haber acudido a la propia norma que, aunque contenga lo mismo y suponga el mismo resultado, aporta una mayor seguridad jurídica en cuanto que el Juez está sometido a la Ley (art. 117 CE), mientras que lo que no existe realmente es la vinculación del Juez “a sus propias palabras” porque existe la posibilidad de que pueda separarse de su propia doctrina, teniendo que justificarse mucho pero eso tampoco sería la primera vez que sucediese. No obstante, hay que decir que, al menos, la remisión a sus resoluciones, aunque sea por razones económicas, no se contradice con la norma.

Una vez expresada dicha observación y volviendo al estudio argumentativo, tras establecer el TC el contenido del derecho a la intimidad personal y familiar, ahora se trata de ver el alcance de este derecho fundamental en relación con la libertad de información. La interpretación que se haga de este alcance, realmente va a ser el criterio a tener en cuenta a la hora de realizar la ponderación de los derechos afectados. El Tribunal señala que el derecho a la intimidad, a través de un *argumento a coherencia*<sup>98</sup> que trata de evitar incompatibilidades entre ambos derechos, cuando se trate de una información difundida con relevancia pública, el derecho a la intimidad cederá frente al derecho a la libertad de información por el carácter prevalente que ya se ha señalado que este último tiene. No obstante, como se puede ver, la prevalencia no es absoluta, sino que solo cede el derecho a la intimidad cuando concurra en la información el límite interno de relevancia pública. Esto nos hace concluir que, en caso de que en la información no se apreciara tal relevancia

---

<sup>98</sup> J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, ob. cit. p. 171.

pública, el derecho a la intimidad prevalecería sobre el derecho a la libertad de información, ya que esta ni siquiera estaría amparada en el art. 20.1.d) CE por no cumplir con un de los límites internos que se exige para considerar legítimo el ejercicio de dicho derecho.

Por lo tanto, el derecho a la intimidad cederá cuando la información difundida tenga relevancia pública o sea de interés general, entendiendo este último en los términos definidos en la primera premisa.

3.- Una vez delimitado el derecho a la intimidad como límite externo a la libertad de información, ahora se trata de delimitar otro de los derechos que colisionan, en el supuesto, con la libertad de información que es el derecho a la propia imagen. El TC primeramente define el contenido de este derecho a través de un *argumento semántico*<sup>99</sup> reforzado con un *argumento de "stare decisis"*. Define "la propia imagen" como "*la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública*" por lo que, atendiendo a un *argumento teleológico*<sup>100</sup>, su protección consiste en "*impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen (es decir, la representación pública) por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde*" y siempre que "*no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental*" (FJ 4º). En el presente supuesto, el TC entiende por rasgos físicos la imagen y la voz de la persona que fue captada por la cámara oculta sin consentimiento. El TC, como antes hizo con el derecho a la intimidad, va a delimitar el alcance del derecho a la propia imagen en relación con la libertad de información. Este alcance va a ser exactamente el mismo que el del derecho a la intimidad, es decir, el derecho a la propia imagen cederá cuando la información cumpla el límite interno de relevancia pública, y esto es así a través de un *argumento a coherencia* para dar coherencia a la coexistencia de ambos derechos fundamentales. Por lo tanto, cuando se trate de una información con relevancia pública, el derecho a la propia imagen cederá frente al derecho a la libertad de información, debido al carácter prevalente de este, lo que implica que, de no cumplirse este requisito de relevancia pública, el derecho a la propia imagen no cedería frente a la libertad de información, sino que prevalecería.

Ahora bien, el TC utiliza la misma argumentación que con el derecho a la intimidad pero el TC no explica por qué aplica a ambos derechos la misma argumentación. Aun así, la razón de que se asemeje la argumentación es debido a que, atendiendo a un *argumento semántico* (el sentido vulgar de intimidad y propia imagen) y a un *argumento teleológico* (atiende a lo que se

---

<sup>99</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, "El argumento semántico", *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 94-96.

<sup>100</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, ob. cit., pp. 144-145.

quiere proteger con las normas), la veracidad no es lo que se cuestiona en ninguno de los dos derechos, sino que, justamente, la veracidad es presupuesto común para considerar lesionados ambos derechos porque significa que se ha utilizado, efectivamente, su imagen o entrado en su ámbito reservado de publicidad. En caso de que no se cumpliera el requisito de la veracidad, entonces a lo que se estaría afectando es al derecho al honor que es el derecho que protege la reputación de la persona. Esto es así, no solo en virtud de un *argumento teleológico*, en cuanto al fin con el que se creó la norma, sino también en virtud de un *argumento de la reducción al absurdo*<sup>101</sup> junto con un *argumento de la no redundancia*<sup>102</sup> ya que, si no, parecería protegerse lo mismo con el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, con el añadido de que daría lugar a consecuencias sin sentido. Seguramente esta es la explicación de por qué la relevancia pública es el límite interno que hace ceder tanto al derecho a la intimidad como al derecho a la propia imagen, a pesar de ser derechos con contenido distinto. Sin embargo, falta por delimitarse el contenido y alcance del derecho al honor el cual es otro de los derechos afectados.

4.- A continuación, se trata de analizar qué argumentos utiliza el TC respecto al último de los derechos fundamentales afectados por la libertad de información, el derecho al honor. El derecho al honor en el art. 18.1 CE simplemente es mencionado pero no definido. Por esta razón, el TC va a delimitar su contenido basándose en sus propias resoluciones. A pesar de ello, realmente la definición que da al derecho al honor se basa en un *argumento semántico* (el sentido vulgar de honor) siendo el derecho al honor “*la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes*” que la hagan “*desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas*” (FJ 4º). No obstante, además de definir el contenido del derecho al honor, esta acepción, a través de un *argumento a fortiori*<sup>103</sup>, la extiende también a la vida profesional del sujeto “con mayor razón” ya que, esto último, también supone un menosprecio y desmerecimiento de la persona afectando a su actividad. Además, añade que en el caso del uso de la cámara oculta, esta puede vulnerar este derecho en cuanto que puede captar una situación que menoscabe su reputación. El TC, respecto a esto último, se basa en otra resolución con supuesto de hecho que considera análogo al presente. En dicho supuesto de hecho análogo, tenía lugar la difusión de una fotografía en la que aparecía una persona detenida en dependencias

---

<sup>101</sup> EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “El argumento por el absurdo”, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 163-165.

<sup>102</sup> EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Tipos de argumentos jurídicos”, en *Base de Conocimiento Jurídico (Iustel). Teoría y Filosofía del Derecho* (<https://www.iustel.com/v2/c.asp>), p. 8

<sup>103</sup> J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 167-168.

policiales, y la cual no había consentido dicha difusión. El TC hace mención de que la interpretación aplicada en aquella sentencia es aplicable al supuesto presente por existir similitud entre ambos casos, ya que se produce la difusión pública de imágenes que pueden afectar a la reputación y, en consecuencia, dañar esta última aunque, en esta resolución con la que se equipara, la fotografía no se hizo mediante cámara oculta, sino que se trataba de fotografías policiales que la persona afectada conocía que existían, y lo que se cuestionaba era si su difusión pública por los periódicos afectaba al honor. Por lo tanto, esto más que un argumento analógico sería un *argumento a fortiori* que justifica que, si en aquel supuesto unas fotografías policiales, respecto de las cuales el detenido tenía conocimiento, su difusión producía una lesión al honor, entonces, con mayor razón, el uso de una cámara oculta produce esta lesión a su reputación, ya que desconoce que está siendo captado y luego se difunde dicha captación. También en dicha sentencia a la que se remite y dice haber similitud, se establecía que había lesión al honor cuando las imágenes muestren situaciones denigrantes o comentarios difamatorios por terceros, es por ello que también entiende que existe similitud con el presente caso, puesto que en este supuesto existen comentarios difamatorios por terceros. En definitiva, significa que el contenido del derecho al honor no solo protege de “*expresiones o mensajes*” que la hagan “*desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio*”, sino también de imágenes que muestren situaciones denigrantes o comentarios difamatorios por terceros.

Por lo tanto, de forma resumida se puede decir que el derecho al honor protege la buena reputación, extendiéndose también a la actividad profesional, protegiendo de expresiones, mensajes e imágenes que muestren situaciones denigrantes o comentarios ofensivos expresados por terceros.

Tras fijarse el contenido, ahora es necesario saber, al igual que en el derecho a la intimidad y a la propia imagen, el alcance del derecho al honor. El TC considera, remitiéndose a sus aut precedentes (*argumento de “stare decisis”*), que el derecho al honor, cuando en la información concurra el requisito de veracidad, deberá ceder frente a la libertad de información. Sin embargo, aunque el TC se base en sus propias resoluciones, estas no dejan de basarse en un *argumento semántico* (sentido vulgar de honor) que se puede relacionar con un *argumento a coherencia*<sup>104</sup> a través del cual se hace compatible el derecho al honor con el derecho a la libertad de información. También hay que añadir que, aunque el TC no lo mencione, incluso de ser verdad la información difundida, en sentencias relativas al derecho

---

<sup>104</sup>EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “El argumento a coherencia”, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006, pp. 126-128.

al honor, el TC ha indicado en alguna ocasión que *“el ordenamiento no puede proteger al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos”* (STC 50/1983, de 14 de junio, FJ 3º), lo cual hubiera sido interesante que el TC lo hubiese incluido por ser un matiz que delimita también el alcance del derecho al honor. Por lo tanto, si la información versa sobre hechos veraces, teniendo en cuenta el carácter preferente que se otorga al derecho a la libertad de información, el derecho al honor cederá frente al derecho a la libertad de expresión.

Sin embargo, esto no es tan absoluto, sino que todo lo señalado sobre el contenido y el alcance de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son criterios a tener en cuenta en el juicio de ponderación, el cual tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso. Esto último significa que la solución dado a este supuesto no va a ser universal, es decir, no se puede aplicar a todos los supuestos en los que exista colisión entre el derecho a la libertad de información y los derechos mencionados, sino que es preciso que el órgano judicial resuelva atendiendo a las circunstancias de cada supuesto.

5.- Después de analizarse el contenido de todos los derechos fundamentales, el TC va a tener que interpretar el uso de la cámara oculta, es decir, si cabe su legitimación en algunos casos o no, como técnica periodística (FJ 6º). El TC básicamente se va a remitir a los fundamentos de la STC 12/2012, en la que señaló que el uso de cámara oculta es especialmente intrusiva, aunque va a añadir alguna novedad apoyándose en la jurisprudencia del TEDH.

Primeramente, el TC procede a analizar el carácter “oculto” de la grabación. Este carácter oculto implica que la persona que está siendo grabada no sepa de ello lo que le impide que *“pueda ejercer su legítimo poder de exclusión, (...) oponiéndose tanto a la realización, publicación o difusión”* de las imágenes. Con esta interpretación, el TC realmente está señalando que el uso de la cámara oculta vulnera el derecho a la intimidad. El TC lo considera así debido a que, en la interpretación del derecho a la intimidad, señaló que forma parte de este el que esa persona pueda excluir a terceros de usar lo que pertenece al ámbito reservado de la persona y su familia, exclusión que no puede llevar a cabo ante el uso de una cámara oculta, pues esa persona no conoce que se le está grabando. Esto último, permite, a quien capta la imagen, poder difundirla sin consentimiento. Por lo tanto, en esta interpretación del carácter oculto de la utilización de la cámara, el TC realiza una interpretación atendiendo a la finalidad por la que el sujeto graba con cámara oculta. Además, el TC añade que, cuando esta difusión se hace por un medio televisivo, este es más incidente en los derechos fundamentales que la prensa escrita. También el TC indica que la ausencia de



consentimiento expreso, válido y eficaz que lleva consigo el uso de cámara oculta supone un presupuesto de injerencia a tener en cuenta en el enjuiciamiento, aunque no lo considera como un factor decisivo a la hora de resolver.

Hay que indicar que aunque esto pueda parecer una subsunción de los hechos, no lo es, sino que está delimitando el tipo de intromisión que supone la cámara oculta para luego proceder a tenerlo en cuenta en la ponderación. No obstante, hay que destacar que esta delimitación de la cámara oculta lo está haciendo como técnica periodística, es decir, no está analizando el uso de la cámara oculta en general, sino en el ámbito periodístico.

Volviendo al estudio de esta premisa, a continuación, y también atendiendo al fin por el que se utiliza una cámara oculta como técnica periodística, analiza lo que implica el uso de esa cámara. El uso de la cámara, en general, tiene como fin la captación de voz e imagen pero, el carácter oculto de la cámara también implica que existe engaño, puesto que se lleva a cabo una simulación de la identidad para poder acceder a la intimidad de esa persona provocando determinados comentarios y reacciones de la persona a la que se graba. El TC entiende que existe una simulación de la identidad porque la persona que graba es consciente de que, si revelara su identidad real, no conseguiría su objetivo.

Todos estos aspectos desarrollados respecto al uso de la cámara oculta como técnica periodística, son los criterios que va a tener en cuenta el TC en el momento de realizar el juicio de ponderación. Ahora bien, esta interpretación la refuerza acudiendo a la jurisprudencia del TEDH (*argumento de autoridad*), la cual ha venido reconociendo que los profesionales tienen libertad a la hora de elegir los métodos para transmitir la información, sin embargo, esa libertad de elección tiene límites. Alguno de estos límites a los que se refiere el TEDH es que el método elegido no debe invadir otros derechos protegidos ni tampoco ir en contra de la ética periodística. No obstante, el TEDH también se ha referido al uso de la cámara oculta, el cual no prohíbe pero sí restringe y, en concreto, lo limita a la elaboración de determinados reportajes en los que la información no se pueda obtener por otros medios (en definitiva, cuando no haya otros medios menos intrusivos para obtener la información). Ahora bien, el TEDH ha establecido unos criterios de ponderación cuando la libertad de información afecte a derechos de la personalidad y sea mediante el uso de cámara oculta, y es que en dicho juicio de ponderación hay que tener en cuenta: *“el interés general, el grado de conocimiento público de la persona afectada, la conducta previa de dicha persona, el método de obtención de la información y su veracidad, el contenido, forma y consecuencias de la publicación,*

*la forma en que se presenta a la persona afectada y la gravedad de la sanción impuesta al periodista”* (FJ 8º).

El Tribunal Constitucional, en la su argumentación sobre la cámara oculta como técnica periodística, también incluye varios casos del TEDH en los que este aplicaba estos criterios (por ejemplo, cuando se trata de información sobre actividades encubiertas de proselitismo emitida por un programa de televisión), concluyéndose que solo se apreciaba que el uso de cámara oculta era de menor entidad cuando, en el caso de grabarse a una persona no considerada personaje público, se difuminase su cara y distorsionase su voz pero también siempre que el reportaje no se centrara en su persona, sino en dar una información de interés general (p. ej. un reportaje sobre prácticas comerciales, aunque contenga la grabación de una persona no notoria, si su rostro ha sido difuminado y no se centra la información solo en su persona, sino las prácticas comerciales en general, se considera excepcionalmente legítima).

Finalmente, en base a este argumento de autoridad, el uso de la cámara oculta, como técnica periodística, supone una grave intromisión ilegítima pero puede ser excepcionalmente legítima cuando: no haya otros medios menos intrusivos, se trate de una información de relevancia pública, sea distorsionada la voz y el rostro de la persona grabada si no tiene carácter público, y siempre que las imágenes que se emitan no contengan situaciones que menoscaben la reputación de las personas. No obstante, esto no excluye de tener que realizar el juicio de ponderación<sup>105</sup>, el cual tendrá en cuenta dichos criterios pero también los criterios de proporcionalidad, necesidad y adecuación, propios de dicho método.

Por lo tanto, la libertad de información puede tener una posición preferente en el ordenamiento jurídico si esta información es veraz y de interés general (límites internos) pero siendo preciso realizar el juicio de ponderación para analizar su incidencia en otros derechos fundamentales con los que colisiona (límites externos). No obstante, en este supuesto, en el juicio de ponderación, también deberá tenerse en cuenta los criterios establecidos sobre el uso de la cámara oculta para conocer si dicha utilización puede estar excepcionalmente legitimada o no.

---

<sup>105</sup>GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Particularidades de la interpretación constitucional” *Argumentación jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, pp. 304-312.

Una vez fijados estas premisas y sus argumentos, ahora es preciso proceder al estudio de los hechos siendo en dicho estudio donde tendrá lugar el juicio de ponderación teniendo en cuenta la concurrencia de los criterios de proporcionalidad, necesidad y adecuación.

### **3.1.3. ARGUMENTOS PARA LA SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN EL SUPUESTO DE HECHO DE LA NORMA.**

Hasta ahora hemos visto el análisis argumentativo de la premisa normativa, por lo que ahora es necesario analizar la argumentación para la subsunción de los hechos en el supuesto de hecho de la norma. No obstante, en este supuesto se alega por el recurrente que la vulneración es producida por dos sujetos, primeramente por la cadena de televisión y, posteriormente, por la asociación RedUne y su presidente. Por lo tanto, primero vamos a analizar la subsunción de los hechos que se atribuyen a la cadena de televisión y, ulteriormente, analizar los hechos que se atribuyen a la asociación RedUne y su presidente.

1) Empezando primeramente por los hechos relativos a la *cadena de televisión*, es necesario recordar un poco los hechos. En los hechos probados constaba que dos periodistas de Antena 3 se hicieron pasar por clientes y acudieron al despacho del director de la entidad Homo Simplex S.L., donde ejercía como consultor personal. En dicha consulta fue grabado mediante cámara oculta por los periodistas, aunque el propio director a sus clientes les garantizaba grabación de la visita y a por la que volvieron los periodistas, simulando ser clientes, al día siguiente. Esas grabaciones se mezclaron y se emitieron en un programa, donde se debatía dicha actividad, pero en la grabación emitida no distorsionaron ni el rostro ni la voz del director además de expresarse algunos calificativos como “mujeriego”. Estos mismos fragmentos fueron reproducidos en otro reportaje de la misma cadena de televisión y también estaba disponible en la página web de Antena 3 para su visualización.

En este caso, aunque en las anteriores resoluciones hemos indicado que hay que motivar que los hechos son verdaderos, no hay tal necesidad en este supuesto teniendo en cuenta su emisión pública y la existencia de las grabaciones, por lo tanto vamos a ver los argumentos que utiliza el TC para la subsunción de los hechos:

- 1.- El derecho a la libertad de información es desproporcionada e innecesaria vulnerando el derecho a la intimidad por no tratarse de una información de interés general.
- 2.- El derecho a la propia imagen se ve vulnerado por grabar su imagen de forma clandestina y no distorsionarse la voz y rostro de una persona que no tiene carácter público.

3.- El derecho al honor es vulnerado por considerarse las expresiones innecesarias en la información divulgada.

Ahora vamos a profundizar en la argumentación que hace el TC sobre estas tres premisas (FJ 9º):

1.- En relación con la vulneración del derecho a la intimidad, el TC repite que este derecho solo podría ceder en caso de que la información tuviera relevancia pública y no tanto respecto a su veracidad, en cuanto que este es el presupuesto para entender lesionado este derecho. Sin embargo, a la hora de apreciar si existe “interés general”, el TC, a través del *argumento de la disociación*<sup>106</sup>, diferencia tres tipos de interés que se pueden confundir: el interés general de un debate en abstracto, la relevancia pública de la propia información difundida y la curiosidad que busca alimentar el medio de comunicación. El interés general al que se refiere el TC como límite interno de la libertad de información es el segundo, que la propia información contenga dicha relevancia pública. Sin embargo, el presente caso no responde a esta concepción de interés general, sino a un interés general que se encuentra en el debate en abstracto, no en la propia información que se da. Además, se trata de una información que se centra en una persona que no tiene carácter público, lo que implica dirigir la atención de los espectadores a esa persona no notoria con el pretexto de que se trata de un tema objeto de debate general. El TC entiende que solo hubiera tenido tal relevancia general si en las imágenes se hubieran emitido comportamientos concluyentes de dichas actividades ilícitas y no simplemente una grabación, sin consentimiento, en una consulta privada donde no se demuestran dichas actividades ilícitas. Por lo tanto, el TC considera *desproporcionada* la libertad de información en cuanto que, en virtud de los criterios fijados por el TEDH en su jurisprudencia, estos no se cumplen, ya que la información se centra en una persona sin notoriedad, sin distorsionarse su voz y rostro, además de no mostrar actuaciones concluyentes de ilicitud.

Asimismo, también considera *innecesario* el uso de la cámara oculta, ya que no existe consentimiento de la persona que está siendo grabada en su consulta privada, la cual se ve protegida por el derecho a la intimidad extendiéndolo a la vertiente profesional a través de un *argumento a fortiori*, aunque también se considera innecesaria la grabación mediante cámara oculta porque de por sí se les proporcionaba una grabación por el propio sujeto.

---

<sup>106</sup>J. J. MORESO / J. M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid/Barcelona, 2004, p. 168.

Ahora bien, el TC aclara que esto último el TC no supone que exista consentimiento expreso ni válido, sino que sirve para concluir el innecesario uso de la cámara oculta.

En consecuencia, al ser innecesario el uso de la cámara oculta esta no es legítima y, al no ser la información en sí misma de interés general, sino centrarse en una persona no pública, se produce vulneración del derecho a la intimidad.

2.- También, respecto al derecho a la propia imagen, el TC considera que se ha vulnerado no solo por captarse su imagen y voz de forma clandestina mediante cámara oculta, la cual se ha calificado de innecesaria, sino también porque se trata de una persona que no tiene el carácter público lo cual, atendiendo a la doctrina del TEDH, cuando una persona no tiene dicho carácter, su voz e imagen deben ser distorsionados y la cadena de televisión no lo hizo. Asimismo, el TC aclara que, de haberse tratado de una persona notoria, esta exigencia de distorsión no hubiera sido necesaria pero este no es el caso. Por lo tanto, se considera vulnerado el derecho a la propia imagen.

3.- Una vez realizada la ponderación en relación con los anteriores derechos de la personalidad, el TC procede a ponderar el derecho al honor, el cual, para que este cediese, era preciso que se tratara de hechos veraces. El TC considera, atendiendo a los hechos, que existe una manipulación en las grabaciones por incluirse una voz en off que hablaba del enfado del director si no se seguían sus recomendaciones, así como los calificativos innecesarios sobre si era mujeriego, entre otros, demostrando esto último que el reportaje lo único que hacía era centrarse en su persona y no en un asunto de interés general. En consecuencia, el TC lo califica como una excusa y no como un asunto de interés general real. Además, atendiendo a las afirmaciones que hacían los periodistas sobre el recurrente, el TC entiende que estas son vejatorias y afectan a la reputación del sujeto sin ser necesarias en la información, por lo que considera vulnerado el derecho al honor.

2) Tras ver la subsunción de los hechos sobre la cadena de televisión, ahora es necesario proceder a hacer lo mismo con los hechos relativos a la *asociación RedUne*, a la cual se atribuye una lesión al derecho al honor y a la propia imagen (no del derecho a la intimidad). Para visualizar mejor al subsunción de los hechos, vamos a recordar cuáles son los hechos que se atribuyen a dicha asociación. La asociación sin ánimo de lucro RedUne Prevención Sectaria publicó un texto relativo al sectarismo, el cual acompañó de la fotografía del director (el Sr. Hertlein). También, el presidente de RedUne envió dos correos electrónicos

a sus colaboradores sobre el Sr. Hertlein con calificativos como “extorsionador”, acusándole de causar problemas mentales a clientes.

Una vez recordados estos hechos, los argumentos que utiliza el TC para la subsunción de los hechos son los siguientes:

1.- No se ve vulnerado el derecho a la propia imagen por no ser la fotografía de carácter privado.

2.- No se ve vulnerado el derecho al honor atendiendo al contexto y finalidad de la asociación.

Ahora vamos a profundizar en la argumentación que hace el TC sobre estas tres premisas (FJ 10º):

1.- El TC considera que la asociación RedUne no vulnera el derecho a la propia imagen del demandante de amparo ya que, aunque la imagen se publique acompañando al artículo y sin ser distorsionado el rostro, la fotografía no pertenece estrictamente al ámbito privado ni consta que fuera obtenido de forma clandestina. Además, atendiendo a la finalidad de la asociación, esta tiene como fin informar a reales o potenciales víctimas de sectarismo de este tipo de actividades, lo cual considera lógico teniendo en cuenta que el demandante de amparo no deja de ser una persona sospechosa de realizar dichas prácticas, lo cual provoca que tenga que tenerse en cuenta este hecho. También, el acompañamiento de la imagen al artículo, el TC considera que es necesario y proporcionado al fin que tiene la asociación de alertar a las personas que puedan ser víctimas. Además, el TC señala que tampoco existen pruebas de que produjera ninguna consecuencia negativa en el derecho a la propia imagen la publicación de dicha fotografía, lo que le hace concluir al TC que realmente la publicación de la fotografía no supone una injerencia desproporcionada en el derecho a la propia imagen. Hay que recordar que en la interpretación de la norma se decía, sobre el derecho a la propia imagen, que este derecho impide, entre otras conductas, la publicación de dicha imagen por un tercero sin consentimiento, “*sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde*” pero siempre que “*no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental*” (FJ 4º). En este supuesto, se produce lo último, es decir, quien lo capta tiene amparo en otro derecho fundamental, en el derecho a la libertad de información.

2.- En relación con el derecho al honor, el TC señala que debe analizarse este teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto. El hecho que afecta a este derecho fundamental, es

el envío de correos electrónicos a colaboradores. El TC en la motivación aclara que estos colaboradores son “*generalmente víctimas de prácticas sectarias o sus familiares*” (FJ 10º). Por ello, considera que no se vulnera el derecho al honor de forma desproporcional porque, atendiendo a la finalidad de la entidad, esta busca prevenir de prácticas sectarias y, a quienes envía los mensajes, son víctimas o familiares de estas lo que no supone una publicidad masiva aunque el Tribunal sí considera los calificativos expresados en los correos como hirientes. Aun así, estos los considera protegidos por el derecho a la libertad de expresión en sentido estricto (art. 20.1.a) CE) por tratarse de la expresión de opiniones. Consecuentemente, considera proporcional la injerencia por parte de los correos electrónicos, prevaleciendo aquí la libertad de expresión en sentido estricto.

Realmente esta subsunción de los hechos como se puede ver no es tan abstracta como en las anteriores resoluciones relativas a la libertad de expresión en sentido estricto, pero no deja de ser necesaria una ponderación, lo que hace que no se puedan llevar razonamientos lógico-deductivos, sino tener en cuenta las circunstancias.

#### **3.1.4. CONCLUSIÓN.**

El TC, tras la subsunción de los hechos y la ponderación realizada atendiendo a las circunstancias y contexto, concluye en la declaración de la nulidad parcial de la sentencia recurrida debido a que prevalece el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información de la entidad RedUne por ajustarse a los criterios antes analizados, mientras que la información difundida por la cadena de televisión de Antena 3 es considerada como desproporcionada e innecesaria, además de ser ilegítimo el uso de cámara oculta. Por lo tanto, respecto a esta última, el TC señala que deberá pagar una indemnización por los daños causados pero sin producirse retroacción de las actuaciones ya que no había sido solicitada por el demandante y tampoco el TC la consideraba procedente en el caso, seguramente porque, en los términos en que realiza la subsunción y ponderación de los hechos, no deja de presentar dudas sobre la licitud de la actividad que el recurrente realiza.

Es una sentencia que podríamos denominar “de argumentación repleta” pues no parece existir lagunas a pesar de que no se desarrolle el contenido de la libertad de expresión en sentido estricto y, sin embargo, tenga subsunción en este derecho alguno de los hechos. Realmente en esta resolución el TC trata de dar respuesta a todo y, pese a ser la interpretación de la premisa normativa extensa, su argumentación es ordenada, congruente y muy completa determinando, tanto el contenido de los derechos fundamentales

afectados, como sus límites y la realización de su ponderación. Además, también en esta resolución establece la interpretación sobre el aspecto que convierte en significativo este supuesto, el uso de la cámara oculta como técnica periodística. Respecto a esto último, no solo fija su doctrina, sino que también trae a la motivación los criterios establecidos por el TEDH en dicha materia e incluso, a modo de ejemplo de cómo se aplican esos criterios, contiene en la motivación tres casos resumidos del TEDH.

Uno de los aspectos que seguramente han permitido esta motivación tan completa y abundante es el hecho de la existencia de criterios (hecho noticiable, veracidad e interés general o relevancia pública) así como la existencia de una mayor objetividad cuando se trata de una información, a diferencia de en los casos de libertad de expresión en sentido estricto (opiniones). Eso no obsta a que pueda existir cierta subjetividad en la información pero, aunque aquí no se señala, cuando sucede que ambos derechos (art. 20.1.a) y 20.1.d) CE) se mezclan, por ejemplo, en un artículo periodístico, la doctrina constitucional ha señalado que hay que diferenciar la libertad de opinión y la libertad de información justamente por tener un diferente régimen. En aquellos casos en los que se produzca una mezcla de una opinión con hechos noticiables, a la hora de estudiar el caso, habría que considerar cuál prevalece de los dos en el supuesto. Esto es algo que en esta resolución el TC no señala pero que hubiera estado bien hacerlo ya que, no solo se informaba de hechos, sino que también se expresaban opiniones. Aun así, la sentencia se centra básicamente en la libertad de información seguramente porque es lo que prevalece en el caso a pesar de que hubiera estado bien incluir dicha diferenciación respecto a la libertad de opinión y de información que en algunas sentencias sí menciona (p. ej. STC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3º o STC 24/2019, de 25 de febrero, FJ 4º). Ahora bien, hay que mencionar algo importante y que puede producir confusión y es que hemos repetido a lo largo de la argumentación la prevalencia de la libertad de información pero esto no hay que confundirlo con superioridad jerárquica. Todos los derechos fundamentales tienen igual rango, de no ser así entonces no tendría sentido la ponderación de estos, de modo que la libertad de expresión (art. 20 CE) no es superior simplemente preferente en cuanto que es considerado esencia de un sistema democrático lo que implica, atendiendo a las circunstancias, que otros derechos deban ceder pero también puede que no sea legítimo el ejercicio del primero.

También hay que destacar lo significativo de la sentencia, el uso de la cámara oculta. Hay que decir que se habla del uso oculto de la cámara pero como medio periodístico, es decir,



aquí no refiere a un uso de la cámara oculta con carácter general, sino delimitado a este ámbito periodístico. Como se puede decidir en la sentencia, la regla general es considerar ilegítimo el uso de la cámara oculta pero, atendiendo a los criterios establecidos por el TEDH (no haya otro medio menos intrusivo), cabe excepcionalmente su legitimidad aunque siempre que se cumplan los límites internos establecidos jurisprudencialmente sobre el derecho a la libertad de información (art. 20.1.d) CE). En definitiva, esto no deja de significar que es necesaria la ponderación, no solo en caso de existir colisión entre derechos fundamentales, sino también, en caso de hacerse uso de cámara oculta como técnica periodística, aplicar los criterios del TEDH. Con esto lo que se quiere decir es que la respuesta que se da en esta sentencia aporta seguridad jurídica y universalidad en cuanto a método (cómo realizar la ponderación) pero no en cuanto a resultado. No obstante, esta resolución supone un cambio respecto a lo que el TC estableció en la STC 12/2012, de 30 de enero, en la cual excluía de forma absoluta el uso de cámara oculta como técnica periodística. Sin embargo, en este caso cambia su interpretación admitiendo excepciones para hacerla conforme a los pronunciamientos posteriores a la sentencia de 2012 que realizó el TEDH, aunque no dejan de ser estos criterios meros parámetros para la ponderación y básicamente tener que estar al caso concreto.

## 4. CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El objetivo de este trabajo ha sido estudiar la argumentación que realiza el TC respecto al derecho a la libertad de expresión pero teniendo en cuenta que, en el presente trabajo, sólo se han estudiado las facetas que en la realidad suelen suponer un mayor conflicto, es decir, la libertad de expresión en sentido estricto (art. 20.1.a) CE) y la libertad de información (art. 20.1.d) CE). En el modo en que interpreta y argumenta el TC, se puede observar que la libertad de expresión en sentido estricto implica un mayor uso de la discrecionalidad por parte del Juez que la libertad de información. Esto es así en cuanto que, como dice el TC, la información recae sobre hechos noticiables, siendo esto más objetivo, mientras que la libertad de opinión tiene un carácter subjetivo, ya que el pensamiento es más abstracto y no cabe prueba respecto a éste, por ello, es más lógico que la discrecionalidad –que no arbitrariedad– tenga un mayor papel en la libertad de opinión que en la libertad de información. Sin embargo, la discrecionalidad no deja de estar también presente en el derecho a la libertad de información, puesto que este puede colisionar con otros derechos fundamentales debiéndose acudir a la técnica de la ponderación. Igualmente hay que decir que la libertad de información, al ser considerada más objetiva, el TC tiene unos criterios más delimitados a los que seguir, mientras que para la libertad de opinión no existen tales o, de existir, como en los delitos de odio, son mucho más amplios e indeterminados (p. ej. que exista exclusión o violencia), lo que implica un modo de argumentación distinto, pues para la libertad de opinión esto implica llevar a cabo una argumentación con un objeto más disperso y complejo que para el supuesto del art. 20.1.d) CE, cuyo mayor problema suele encontrarse en el método de obtención de la información.

**SEGUNDA:** Otro aspecto a señalar en este estudio argumentativo sobre la libertad de expresión (art. 20 CE) es el excesivo uso por parte del TC del *argumento de “stare decisis”*, es decir, la mera remisión a sus propias sentencias. La utilización de este argumento tiene lugar en todas las resoluciones analizadas siendo el argumento “fácil” del Tribunal. El problema de su uso es que, aunque su utilización se base en razones de economía procesal, así como también por considerarse un modo de otorgar mayor seguridad jurídica, ya que, de forma tácita, en la motivación se está indicando que se sigue la misma interpretación o criterios, este modo de argumentar dificulta la motivación, puesto que para entender la interpretación realizada por la Sala, hay ocasiones en las que el intérprete tiene que acudir a aquellas resoluciones en las que se fundamenta para conocer el argumento original que está detrás de aquel. Es verdad que remitirse a lo ya establecido en otras sentencias otorga

seguridad jurídica, siendo esta la razón por la que el Tribunal reproduce de forma literal lo que en esas resoluciones a las que se remite señalaron en su día, pero la conclusión tendría una justificación más clara si en los fundamentos jurídicos se hiciera alusión, con mayor profundidad, a la razón original que permite dicha conclusión, facilitando la comprensión y pudiendo así convencer de que esa interpretación (de la norma y de los hechos) es la más adecuada.

**TERCERA:** El TC también hace un uso excesivo del *argumento de autoridad*, lo cual tiene fundamento en el art. 10.2 CE que contiene la vinculación con los tratados internacionales, entre ellos, el CEDH y, en consecuencia, a la doctrina del TEDH. Sin embargo, a través del estudio argumentativo realizado, se puede observar que, a pesar de remitirse a la doctrina y a determinados casos del TEDH, dos de las sentencias analizadas llegaron al TEDH y, en base a lo mismo en que se había fundamentado el TC, sin embargo, concluía el TEDH con un resultado distinto, siendo esto algo bastante curioso. También hay que decir que, este argumento de autoridad, es utilizado en muchas de estas resoluciones como un *argumento de apoyo* pero también se ha llegado a utilizar como un *argumento fundamental*, es decir, como un argumento que por sí mismo ya justifica la interpretación. Así sucede en la resolución relativa a la utilización de la cámara oculta como técnica periodística, ya que los criterios que se utilizan para determinar que excepcionalmente puede ser legítimo su uso se fundamentan en criterios ya fijados por el TEDH. No obstante, aunque puede verse lógico utilizar el argumento de autoridad como *argumento fundamental*, por basarse en el art. 10.2 CE, este argumento no deja de ser un tanto débil, mientras que, de utilizarse como un *argumento de apoyo*, esto significaría reforzar, es decir, dotar de mayor fuerza argumentativa a una interpretación. No obstante, en los casos analizados, el TC, la mayoría de las veces, lo ha utilizado como argumento de apoyo y no como un argumento fundamental pero, aun así, no ha dejado de haber premisas cuya argumentación se ha basado en un argumento de autoridad como argumento fundamental, sobre todo, en cuanto a criterios a apreciar en un supuesto para resolver.

**CUARTA:** Sin embargo, a pesar de que los argumentos mencionados son los más utilizados por el TC, también tienen un gran peso en su labor interpretativa los *argumentos semánticos*, en cuanto que el TC suele atender a la interpretación literal de la norma. Aun así, el TC, normalmente, no suele utilizar únicamente este argumento, sino que, como se ha visto en alguna de las resoluciones analizadas, también existe una tendencia a realizar una interpretación sistemática justificada en *argumentos de la sedes materiae* o, uno de los más

frecuentes, el *argumento a coherencia* siendo, este último, uno de los cuales ha permitido al Tribunal rechazar determinados significados que se cuestionaban que pudiera tener la norma, así como permitir la coexistencia de varios derechos fundamentales que se pueden llegar a afectar entre sí. No obstante, el argumento más predominante en la argumentación del TC ha sido el argumento a partir de *principios*, el cual es fundamental en el derecho a la libertad de expresión por ser el argumento que le otorga una posición preferente en virtud del art. 1.1 CE, pero también porque ha permitido al TC rechazar significados y, en consecuencia, otorgar otro diferente más adecuado, pues los principios, al impregnar el ordenamiento jurídico, implican interpretar las normas de una determinada manera que, de no hacerse así, produciría no solo una falta de cohesión, sino también una falta de coherencia en el sistema jurídico y, en consecuencia, en su aplicación.

**QUINTA:** Respecto a la subsunción de los hechos en el supuesto de hecho de la norma, el TC tiende a hacer uso de razonamientos inductivos, lo cual es razonable debido a que las opiniones son subjetivas y la información debe cumplir con unos requisitos, que de concurrir, podría prevalecer. Es difícil en esta materia llevar a cabo razonamientos deductivos porque el derecho a la libertad de expresión es una materia un tanto abstracta y dependiente del juicio de ponderación. Es cierto que estos razonamientos inductivos significan que el resultado puede que no garantice la verdad, pero son los razonamientos más comprensibles en esta materia por la abstracción que supone esta materia.

**SEXTA:** Finalmente, podemos concluir que en el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE) tiene un gran peso la jurisprudencia, puesto que el contenido y alcance de este derecho los podemos considerar básicamente de carácter jurisprudencial, pese a tener algunos límites también en leyes (p. ej. Código Penal o la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Aun así, justamente por tener la jurisprudencia tal trascendencia en esta materia, tiene una gran importancia estudiar la interpretación y la argumentación sostenida por el Tribunal, ya que este análisis nos permite no solo observar los argumentos predominantes en esta materia, sino también conocer si la interpretación realizada por los jueces sobre este derecho fundamental es la interpretación más comprensible y adecuada de todas las demás interpretaciones y argumentaciones alternativas posibles, respecto a lo cual hay que reconocer que es difícil, sobre todo, cuando se trata del derecho a la libertad de opinión, debido a que su abstracción dificulta la existencia de criterios que otorguen seguridad jurídica y que faciliten la actividad interpretativa.

## 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTA

ALCÁZER GUIRAO, Rafael. «Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH.» *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, p. 18.

ATIENZA, Manuel. «El Derecho como argumentación.» *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 21, 1999, p. 43.

ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

ATIENZA, Manuel. «Las razones del Derecho» *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, núm. 134, 2005, p. 26-28.

ATIENZA, Manuel. «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágico.» *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1997, p. 19.

BIGLINO, Paloma. BILBAO, Juan María. REY, Fernando. MATIA, Javier. VIDAL, José Miguel. (Coordinadores). ALLUÉ, Alfredo. DURÁN ALBA, Juan Fernando. MATIA, Edmundo. MORETÓN, Arancha. ORTEGA, Carlos. REDONDO, Ana. DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. LEGAZPI RUIZ, Ana. SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. VIDAL, Camino. (Autores). *Lecciones de Derecho Constitucional II*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

BILBAO UBILLOS, Juan María. «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007) » *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, p. 332.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos fundamentales*. Madrid: THOMSON CIVITAS, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

ELÓSEGUI ITXASO, María. «La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación n.º 15 de la ECRI.» *Revista Derecho Político*, núm 98, 2017, pp. 15-20.

- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La argumentación en la justicia constitucional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Tipos de argumentos jurídicos”, en *Base de Conocimiento Jurídico (Iustel). Teoría y Filosofía del Derecho* (<https://www.iustel.com/v2/c.asp>)
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 2006.
- FRANCISKOVIC INGUNZA, Beatriz Angélica. «La Sentencia Arbitraria por falta de motivación en los hechos y el Derecho» *Universidad de San Martín de Porres*. 2009. ([https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/LA\\_SENTENCIA\\_ARBITRARIA\\_POR\\_FALTA\\_DE\\_MOTIVACION\\_EN\\_LOS\\_HECHOS\\_Y\\_EL\\_DERECHO.pdf](https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/LA_SENTENCIA_ARBITRARIA_POR_FALTA_DE_MOTIVACION_EN_LOS_HECHOS_Y_EL_DERECHO.pdf)).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. MARCILLA CÓRDOBA, Gema. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Argumentación Jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. «Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II).» *Universidad de Alicante*, 2003, pp. 37-39. (<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/668797.pdf>).
- GUASTINI, Riccardo. *Filosofía Del Derecho Positivo. Manual de Teoría del Derecho En El Estado Constitucional*. Perú: Palestra, 2018.
- ITURRALDE, Victoria. «Precedente Judicial.» *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2013, pp. 196-200.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. «Tres ámbitos de la argumentación judicial.» *Aequitas*, 2013, pp. 14-31.
- LÓPEZ, Javier. *¿Se puede o no se puede usar la cámara oculta?* 3 de Enero de 2020. <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/intimidacion/se-puede-o-no-se-puede-usar-la-camara-oculta-1> (consultado el 15 de Abril de 2020).

- MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio. «El uso de la cámara oculta en el periodismo de investigación: una certeza y una incógnita» *Revista de Derecho Político*, Enero, 2019, pp. 102-107.
- MARCIANI BURGOS, Betzabé. «La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos.» *Pensamiento Constitucional*, núm. 11, 2005, pp. 364-368.
- MEZA FONSECA, Emma. «Argumentación e interpretación jurídica.» *Revista Del Instituto De La Judicatura Federal*, núm. 22, 2006, pp. 94-95.
- MORESO, J. J, y J. M. VILAJOSANA. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid/Barcelona, 2004.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, Antonio José. «Casos difíciles y Derecho como intergración. (Estudio sobre la Teoría Jurídico Filosófica de Ronald Dworkin).» *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 2000, pp. 59-61.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. «Los Usos del Canon Europeo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales.» *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 448-452.
- SASTRE ARIZA, Santiago. «Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos.» *Revista de Derecho y opinión*, núm. 1, 1993, pp. 299-302.
- TERUEL LOZANO, Germán. «Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial.» *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 17, 2017, p. 9.
- VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar. «La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional español: los casos fáciles, difíciles... trágicos» *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 2006, pp. 213-215.
- ZULUAGA JARAMILLO, Andrés Felipe. «La Justificación Interna en la Argumentación Jurídica de la Corte Constitucional en la Acción De Tutela contra Sentencia Judicial por Defecto Fáctico.» *Revista Ratio Juris*, Vol. 7, núm. 14, 2012, pp. 93-97.

## **JURISPRUDENCIA:**

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**

- STEDH (Sección 3ª), Caso Refah Partisi (Partido del Bienestar) y otros c. Turquía, de 13 de febrero de 2003.
- STEDH (Sección 3ª), Caso Varela Geis c. España, de 5 de marzo de 2013.
- STEDH (Sección 3ª), Caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018.

### **Tribunal Constitucional:**

- STC 50/1983, de 14 de junio
- STC 166/1992, de 26 de octubre.
- STC 235/2007, de 7 de noviembre.
- STC 12/2012, de 30 de enero.
- STC 177/2015, de 22 de julio.
- STC 24/2019, de 25 de febrero.
- STC 25/2019, de 25 de febrero.