

PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y SANCIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO EN LAS DEMOCRACIAS OCCIDENTALES

Ana Aba Catoira

Economic Development and Social Sustainability Research Group (EDaSS)
Universidade da Coruña

Recepción: 30 de junio de 2015

Aprobado por el Consejo de redacción: 1 de septiembre de 2015

RESUMEN: En los últimos tiempos han aumentado los crímenes de odio que son proyección de un discurso que se escuda tras las libertades de expresión lo que permite afirmar que estas expresiones son un crimen de odio si bien hay otras conductas que responden a este tipo delictivo. La necesaria regulación de este discurso no se ha abordado de forma adecuada y esta ausencia de previsiones normativas favorece su proliferación ante la dificultad de determinar cuándo las libertades de expresión mal usadas o abusadas se convierten en una manifestación del mismo. La cuestión jurídica será determinar si este discurso goza de protección jurídica en cuanto ejercicio de las libertades de expresión; si este tipo de manifestaciones suponen un ejercicio abusivo de éstas quedando fuera de toda protección dispensada por el ordenamiento jurídico; o si constituyen una conducta delictiva merecedora de sanción penal.

PALABRAS CLAVE: Libertades de expresión; discurso o lenguaje del odio; crímenes de odio; derechos fundamentales; xenofobia; discriminación; protección jurídica.

ABSTRACT: Hate crimes that are projection of a discourse that castles after the freedoms of expression have increased in recent times. The necessary regulation of speech or language of hatred has not been addressed adequately and this absence of regulatory provisions favors its proliferation given the difficulty of determining when improperly used or abused freedom of expression become a manifestation of the same. The legal question will determine if this speech enjoys legal protection in the exercise of freedom of expression; If such displays pose an abusive exercise of these being out of all protection provided by law; or if they are a criminal conduct deserving of criminal sanction.

KEYWORDS: Freedoms of expression; speech or language of hatred; xenophobia; discrimination; hate crimes; fundamental rights; legal protection.

SUMARIO: I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS. II. APROXIMACIÓN A LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN LAS NORMAS EUROPEAS. LAS DIFERENCIAS SUSTANCIALES CON EL SISTEMA NORTEAMERICANO. III. EL LENGUAJE O DISCURSO DEL ODIO NO ES LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. IV. LA ARTICULACIÓN DE DISTINTOS NIVELES DE PROTECCIÓN: LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. UNA REFLEXIÓN SOBRE UN NUEVO MARCO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD: EL MIEDO AL TERRORISMO COMO JUSTIFICACIÓN DE NUEVOS LÍMITES

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

El discurso del odio ha adquirido protagonismo en el ámbito académico y su prevención y sanción ocupa un lugar destacado en las agendas de los Estados. A nadie se le oculta la proliferación de ideologías radicales favorecidas por el desarrollo tecnológico que facilita su difusión a través de comunidades virtuales a la vez que dificulta su persecución y castigo. Ahora bien, no estamos ante un tema fácil, pues afecta al ejercicio de libertades democráticas que disfrutan de una posición preferente en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales que les confiere un alto nivel de protección lo que nos sitúa ante el dilema entre la libertad de expresión o la lucha contra el lenguaje del odio.

Por otra parte y en consonancia con lo anterior hemos de afirmar que la garantía de la libertad supone apostar por la tolerancia pues la libertad de todos implica respetar a los demás en su pluralidad y diversidad. Ello conlleva el establecimiento de límites necesarios para posibilitar la armonización de bienes protegidos como la dignidad humana.

No obstante lo anterior, el respeto de la pluralidad no implica que todo sea respetable o tolerable pues determinadas ideas o contenidos ideológicos no se adecúan en absoluto a nuestros parámetros democráticos siendo solo protegible dentro de la libertad de expresión aquellos que no vulneren la dignidad en cuanto que no constituyan un ataque a individuos o colectivos o fomenten la violación de sus derechos.

En la determinación del alcance de estas libertades se ha de tener en cuenta, en un primer orden de cosas, su configuración como elemento esencial de un sistema democrático que implica la afirmación de su preferencia, ya que en palabras del Tribunal Constitucional, "sin garantía de estas libertades no hay democracia"¹. Esta posición preferente obedece a su carácter de derechos subjetivos y a que constituyen elementos objetivos de nuestro orden social y democrático, un extremo que determina su prevalencia en caso de colisión con otros derechos, bienes o valores constitucionalmente protegidos² una doble condición presente en todos los derechos fundamentales pero que adquiere en estas libertades. Así se puso de manifiesto por el Tribunal Constitucional al reconocerlas como derechos de libertad frente al poder y, de otro, como "garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático"³.

1 STC 105/1990, de 6 de junio.

2 STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3º.

3 STC 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2º.

Sin embargo, al igual que sucede con todos los derechos y libertades fundamentales, no cabe predicar un carácter absoluto o ilimitado de las mismas, pues tal afirmación supondría la imposibilidad de garantizar esos otros derechos o bienes jurídicos con los que pueden colisionar. Por tanto, resulta necesario establecer una solución para cada caso concreto tras la pertinente ponderación jurídica. En este orden de cosas, cobra relevancia la configuración que de estas libertades realiza cada sistema jurídico, pues, las diferencias sustanciales entre los sistemas norteamericano y europeo implican consecuencias jurídicas dispares. No obstante lo anterior, consideramos que ante las amenazas del terrorismo global y las duras consecuencias de sus actos sangrientos se va produciendo una aproximación entre ambas concepciones.

Determinadas manifestaciones a través de las que se difunden opiniones, valoraciones o discursos, ilícitos de reciente tipificación tras las reformas legales realizadas tanto a nivel nacional como internacional en la lucha contra la discriminación y la xenofobia, merecen un análisis específico. Se trata de supuestos que no encajan en el ejercicio de libertades democráticas ampliamente protegidas que ampara discursos antidemocráticos e hirientes sino que son expresión de ideologías radicales y discriminatorias que pretenden fomentar e incitar acciones atentatorias contra determinados individuos o colectivos por razones de raza, religión, ideas políticas, orientación sexual o cualquier otra razón o condición personal o social.

Precisamente la proliferación de estos discursos y las acciones violentas derivadas de los mismos ha sido la razón por la que en distintos textos internacionales se exhorta a los Estados a que adopten medidas en este sentido. Así, en el art. 4 de la Convención Internacional de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 se solicita sanción penal para "toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial cualquiera que sea su forma"⁴. Lo cierto es, sin embargo, que las legislaciones nacionales aún no han dado una respuesta adecuada ni homogénea a este fenómeno en auge y que los tribunales no adoptan resoluciones homogéneas, lo que nos impide contar con suficientes pronunciamientos sobre este tipo de manifestaciones.

En la regulación de este tipo de discurso pesa demasiado la posición de las libertades

4 Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 21 de diciembre de 1965. En concreto el art. 4 dispone que "Los Estados partes condenan toda propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella".

de expresión en el sistema democrático que favorece su configuración amplia contraria a su ejercicio limitado. Esta consideración conlleva una escasez de previsiones normativas que aborden definitivamente este problema amparando a su vez la proliferación de estas manifestaciones. La dificultad de determinar en los conflictos planteados cuando el abuso de las libertades de expresión se convierten en discurso del odio se pone de manifiesto en la jurisprudencia que a día de hoy sigue siendo demasiado oscilante y que en demasiadas ocasiones realiza una interpretación de la libertad que no ayuda a frenar el odio verbal.

Así pues nos encontramos ante la necesidad de precisar si este discurso puede gozar de algún nivel de protección jurídica al amparo de las libertades de expresión o si en todo caso queda fuera del mismo por superar con creces los límites de lo permitido pudiendo constituir conductas merecedoras de sanción penal.

II. APROXIMACIÓN A LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN LAS NORMAS EUROPEAS. LAS DIFERENCIAS SUSTANCIALES CON EL SISTEMA NORTEAMERICANO

La libertad de expresión es un derecho fundamental que disfruta de una indiscutible posición preferente por su especial relevancia en una sociedad democrática al ser garantía de una opinión pública libre⁵. Esta posición preferente también se reconoce en el art. 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁶ y es desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5 Art. 20 C.E.: 1. "Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 2; 104/1986, de 17 de julio; 20/1990, de 15 de febrero; 336/1993, de 15 de noviembre; 101/2003, de 2 de junio o 9/2007, de 15 de enero. En la doctrina REBOLLO DELGADO, L. (2008): *Límites a la libertad de comunicación pública*, Dykinson, Madrid.

6 Art. 10 CEDH: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, o imparcialidad del poder judicial.

Ya en nuestro sistema esta libertad ha sido definida por el Tribunal Constitucional como "la libre manifestación de creencias, juicios o valoraciones subjetivas, esto es, como libre difusión de ideas u opiniones"⁷. Por tanto, resultan protegidas tanto "la mera difusión de juicios de valor" como "la crítica de la conducta de otro" incluso cuando ésta "sea desabrida o puede molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige"⁸, por lo que "al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan. En consecuencia, no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria" y así tiene que ser para garantizar el "pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura"⁹ que evidentemente representan valores básicos en una sociedad democrática.

En el art.20 de la C.E. se garantizan, como contenidos de la genérica libertad de expresión, tanto la libertad de expresión u opinión en sentido estricto como la libertad de información más concreta que la primera al estar delimitada constitucionalmente por el límite interno de la veracidad. Un límite intrínseco "la demostración o justificación de su exactitud" que no opera respecto a la libertad de expresión¹⁰. Por tanto, la libertad de dar y recibir información veraz o libertad de comunicación se encuentra delimitada constitucionalmente a través de límites establecidos expresamente o que han de inferirse del conjunto de la misma, pero que, en todo caso, constituyen elementos o requisitos cuya concurrencia o cumplimiento determina el ejercicio constitucionalmente protegido de dicha libertad.

Dentro de la categoría de límites expresos situamos la veracidad de la información y el interés general o relevancia pública de los asuntos, así como la condición de las personas afectadas por los mismos que van a determinar cuando los hechos comunicados por ser noticiables o noticiosos gozan de máxima protección. La exigencia de que la información sea veraz es consecuencia directa de la posición de esta libertad como fundamento del sistema democrático garante del pluralismo, se trata de garantizar que la ciudadanía sea informada para formar una opinión pública libre sin amparar la difusión o transmisión de "rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como las noticias gratuitas o infundadas"¹¹. Sin embargo, no cabe equiparar veracidad a verdad, siendo viable la difusión de informaciones erróneas aun cuando hayan sido cotejadas o contrastadas, pues, de lo contrario se establecería una exigencia que podría dificultar en demasía su ejercicio. Por lo anterior, se ha estimado

7 STC 230/2007, de 7 de noviembre.

8 STC 6/2000, de 17 de enero.

9 STC 108/2008, de 22 de septiembre.

10 STC 51/1989, de 22 de febrero.

11 SSTS 204/1997, de 25 de noviembre; 199/1999, de 8 de noviembre; 49/2001, de 26 de febrero; 160/2003, de 15 de septiembre.

cumplido este requisito cuando el informador acredita que ha contrastado las informaciones antes de su difusión cumpliendo así con la diligencia debida de un buen profesional¹².

Por lo que se refiere al segundo de los requisitos "relevancia de la información" este determina que sean hechos noticiosos o noticiables los que tienen interés para la sociedad bien por el carácter público de la persona o personas a las que se refiere bien por el hecho comunicado en sí mismo, lo que afecta directamente al grado de protección de los derechos de la personalidad cuando estas expresiones o informaciones afectan a quienes revisten condición pública.

Así, cabe concluir que su carácter prevalente no implica que sean derechos absolutos, limitándose su ejercicio en determinados supuestos y bajo determinadas condiciones¹³. En este orden de cosas, el Tribunal Constitucional en la resolución de casos conflictivos habrá de proceder a delimitar qué libertad está en juego, si se trata de libertad de expresión en sentido estricto o de libertad de comunicación, una labor que no resulta sencilla tal como se ha manifestado. Se trata de una cuestión relevante, pues de dicha delimitación resultará que límites son de aplicación, ya que el contenido de la libertad de expresión en cuanto que meramente subjetivo no está supeditado al límite de la veracidad siendo suficiente la corrección del lenguaje mientras que el contenido informativo sí que puede ser objeto de prueba o verificación¹⁴. Una operación jurídica no exenta de dificultades ya que ambas libertades suelen presentarse entremezcladas por introducirse valoraciones en las informaciones y alusiones a hechos o acontecimientos cuando opinamos. Por tanto, una y otra mantienen una estrecha relación que obliga a estar a la libertad que se ejercita mayoritariamente¹⁵.

12 STC 29/2009, de 26 de enero.

13 Sobre la limitación de los derechos, me permito citar mis libros ABA CATOIRA, A. (1999): *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia; (2001). *La limitación de los derechos por razón del sujeto*, Tecnos (Temas Clave), Madrid.

14 El TEDH en la Sentencia caso *Lingens* diferencia entre hechos y juicios de valor estableciendo que "la realidad de los primeros puede probarse y que los segundos no son susceptibles de prueba". Asimismo el Tribunal Europeo estableció años más tarde en STEDH caso *De Haes y Gijels*, de 24 de febrero de 1997, que, aun cuando las opiniones no están sujetas al requisito de la veracidad si han de tener cierta base fáctica.

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

Según hemos visto, determinadas expresiones, hirientes, molestas y absolutamente reprobables, gozan de protección jurídica como resultado del ejercicio de una libertad fundamental básica para un sistema presidido por los principios de tolerancia y respeto al pluralismo. Esta naturaleza justifica su protección en detrimento de otros derechos fundamentales en juego, resultando esta prevalencia casi incuestionable tanto a nivel interno, en los ordenamientos nacionales, como a nivel internacional, europeo (CEDH y CDFUE) o interamericano, gozando de un carácter absoluto en el sistema norteamericano tras su consagración en la Primera Enmienda.

A nivel internacional estas libertades se garantizan ampliamente en los arts. 18 y 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 19 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos sin que dicha protección ampare un ejercicio ilimitado. En idéntico sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la vez que garantiza su ejercicio afirma su carácter limitado¹⁶.

En Europa el citado art. 10 del Convenio reconoce conjuntamente ambas libertades dentro de la libertad de expresión, con una amplitud de contenidos y de protección jurídica que permite la expresión de casi todo tipo de ideas y así junto a las de carácter inofensivo o favorables gozan de amparo aquellas que resultan ofensivas o molestas tanto para otras personas como incluso para el Estado o sus instituciones, ya que otra interpretación no sería conforme al pluralismo como valor y principio de la democracia¹⁷.

16 Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en su art. 13 garantiza la libertad de pensamiento y de expresión en los siguientes términos: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Está prohibida por ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

Entiendo que resulta conveniente destacar que el art. 13 de la Convención Americana establece una lista de posibles restricciones de las libertades de expresión más reducida que la que se establece en el Convenio Europeo.

Ver la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la CIDH. Asimismo, AZURMENDI, A. (2007): "La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la influencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre", Porrúa, México.

17 ATIENZA, M. (2007): "Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión", en *Revista Internacional de Filosofía política*, núm. 30, pp. 65-72.

Sobran los ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁸ y en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que "La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres". Su reconocimiento se produce en el art. 10 del Convenio como un único derecho que engloba tanto la libre opinión como la libre comunicación y que es "fundamento de la democracia". La prevalencia requiere el cumplimiento de determinados requisitos, así, cuando se expresan opiniones, juicios de valor o críticas se exige un lenguaje adecuado que no veje o impute delitos a terceros y cuando se publican informaciones se exige que sean veraces y revistan interés público, todo lo cual no empece para que su garantía se extienda no solo a las informaciones u opiniones favorables, amables o indiferentes sino "también a las que ofenden, hieren o molestan"²⁰.

No obstante, en el mismo CEDH se prevé expresamente que el ejercicio de estas libertades quede sometido a regulaciones restrictivas siguiendo lo establecido en el art. 10.2º, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado poco favorable a legitimar estas limitaciones ejerciendo un papel garantista sobre todo cuando se trata de confirmar penas privativas de libertades dando efectividad al art. 17 de este texto que prohíbe el abuso del derecho por parte de los Estados. El Convenio establece expresamente que el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a límites y que, en todo caso, "toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue" y han de constituir medidas necesarias en una sociedad democrática.

En consonancia con lo anterior, cuando conoce de las demandas interpuestas contra decisiones de las autoridades nacionales por presuntas vulneraciones de las libertades de expresión, primero comprobará si dicha decisión nacional supera el test de Estrasburgo ya que determina que pueda ser declarada conforme a las normas del Convenio Europeo. Este test está integrado por los siguientes elementos: que la medida esté prevista en la ley, que esté justificada en los fines enumerados en el párrafo 2º del art. 10 y que resulte necesaria en una sociedad democrática. En cuanto a los dos primeros cabe destacar su concreción y coincidencia con los requisitos exigidos en los respectivos ordenamientos constitucionales

18 S TEDH de 23 de septiembre de 1988 *caso Ledihoux*, de 23 de abril de 1992, *caso Castells*, de 24 de febrero de 1997, *caso Haes y Gijssels*, de 8 de julio de 1999, *caso Surek Baskaya y Okcuoglu* y 29 de septiembre de 1999, *caso Oztürk*.

19 Caso *Ivher Bronstein vs. Perú*, 2001, Corte I.D.H. No 74; Caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, 2001, Corte I.D.H. No 73; Caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, 2003, Corte I.D.H. No 103; Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, 2008, Corte I.D.H. No.184; Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, 2009, Corte I.D.H. No.195; Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, 2009, Corte I.D.H. No 207.

20 STEDH *asunto Handyside contra el Reino Unido* de 7 de septiembre de 1976. Sobre el concepto constitucional de "opinión pública libre" y los requisitos de "veracidad" e "interés público" existe numerosa jurisprudencia y obras doctrinales. SSTC 178/1993, de 13 de octubre; 54/2004, de 15 de abril, STEDH de 1 de junio de 2010, caso Gutiérrez contra España. Sobre libertades de expresión en el ATC 213/2006, de 3 de julio, dice el Tribunal Constitucional en su FJ 7º que "la Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas" y que "de la protección constitucional están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate".

si bien el tercero de ellos relativo a la "necesidad de la medida" se presenta con mayor carga de indeterminación aunque podría concluirse que alude a la necesidad, proporcionalidad y adecuación de la medida limitadora al fin que se pretende conseguir²¹.

El Tribunal Europeo considera que se cumple con la previsión legal cuando el límite se recoge en una norma nacional, sea de derecho escrito o no escrito²², concluyéndose a raíz de su jurisprudencia que reúnen dicha condición: el Código Penal, un Código deontológico, leyes penales escritas, derecho no escrito y principios del Derecho.

Es competencia de los estados miembros determinar la necesidad de la medida de limitación si bien el Tribunal Europeo realiza un control posterior sobre dicha decisión en cuanto si se adecúa a las previsiones del Convenio y a su propia jurisprudencia. En esta operación se aplica el "margen de apreciación nacional" o presunción de la mejor posición de los estados para establecer en cada supuesto el equilibrio entre los intereses en juego. Por tanto, el Convenio no regula el establecimiento de medidas restrictivas de derechos, "no impone una uniformidad absoluta sino mínima, y, en consecuencia, en líneas generales las medidas restrictivas de los derechos admisibles en un país pueden no serlo en otros. El sistema del Convenio responde a la diversidad europea".

En este orden de cosas, sucede que las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo por conculcación de las libertades de expresión originan situaciones complicadas, ya que las condenas de los estados suscitan polémicas sobre la limitación de la soberanía estatal a través de la ejecución de las sentencias europeas que suponen el carácter revisable de cuestiones internas dilucidadas por órganos jurisdiccionales nacionales pareciendo que pierden significado el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación nacional. En el Protocolo 15 al Convenio Europeo se añadió un Considerando al Preámbulo en atención a las demandas de los estados de respeto del margen de apreciación por el Tribunal Europeo y que en su consecuencia las autoridades nacionales decidan libremente sobre esta materia atendiendo a las peculiaridades de cada Estado siempre que se dé efectivo cumplimiento de los requisitos previstos en el Convenio²³. Dicho Considerando establece que "incumbe en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, conforme al principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus protocolos, y que, al hacerlo, gozan de un margen de apreciación".

El sistema norteamericano mantiene una configuración muy diferente de las libertades de expresión propia de un país con una afianzada cultura democrática y con una enorme diversidad cultural. Así sucede que las ofensas verbales contra las personas o contra los colectivos o grupos sociales por motivo de raza o religión están protegidos por la Primera Enmienda aun siendo manifestaciones del lenguaje del odio, así, por ejemplo, están despenalizadas las *fighting words*. La postura norteamericana aboga por la libertad

21 Sentencia TEDH *asunto Handyside contra el Reino Unido*.

22 Sentencia TEDH *asunto Sunday Times*, de 26 de abril de 1979.

23 GARCIA ROCA, J. (2007): "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...", op cit., p. 121. GARCÍA ROCA, J. (2010) El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración, Aranzadi.

prácticamente ilimitada evitando toda limitación que pueda actuar como un tipo de censura incluso no considerando este discurso del odio como restricción de la libertad.

III. EL LENGUAJE O DISCURSO DEL ODIO NO ES LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha proporcionado una definición que ha sido la acogida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁴. Así, esta denominación de origen anglosajón *hatespeech* es definida como "cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia manifestada mediante un nacionalismo y etnocentrismo agresivos, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante". Como se observa se circunscribe a formas de discriminación racial o étnica aunque abre el concepto a "otras formas de odio basadas en la intolerancia" siendo objetivo de los Estados luchar contra este lenguaje en el ámbito de la orientación sexual, creencias religiosas o identidad de género²⁵.

Se trata de un tipo de lenguaje que utiliza un vocabulario discriminatorio para degradar, intimidar o incitar a la violencia contra un grupo de personas o un colectivo "diferentes" ya sea por razón de raza, sexo, religión, o cualquier otra circunstancia personal o social. Con este discurso del odio se pretende legitimar o justificar de forma sistemática esa percepción negativa de todas esas personas²⁶.

Resulta constatable el aumento de los instrumentos internacionales que prohíben el lenguaje del odio como reacción ante la creciente preocupación europea causada por los múltiples episodios de crímenes de odio amparados en un contexto global que tanto les favorece. Así, la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Convenio Internacional de 1965 sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración de 1981 sobre Todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación basadas en la Religión o las Convicciones, la Declaración de Viena, adoptada el 9 de octubre de 1993, la Resolución núm. 52/122 sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1997, la ya citada Recomendación núm. R (97) 20 aprobada el 30 de octubre de 1997 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y la Recomendación del 13 de diciembre de 2002 de política general núm. 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación

24 Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa 97, de 30 de octubre de 1997.

25 WEBER, A. (2009): *Manual on hate speech*, Conseil de l'Europe.

26 Ver JIMENEZ MOLINER, A. (2005): "Medios de comunicación social y *hatespeech* en las sociedades post-totalitarias: el paradigma de Kosovo", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique-FurióCeriali*, núm. 50-51.

racial. El Consejo de Europa aprobó una Resolución sobre libertad de expresión y respeto de las creencias religiosas tras la publicación de las viñetas de Mahoma²⁷ y la Recomendación sobre blasfemia, insultos religiosos y lenguaje del odio contra las personas por motivos religioso²⁸. En este continuo de disposiciones jurídicas la Decisión Marco 2008/913/JAI relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal va a establecer elementos que han de ser comunes para todos los Estados, estableciendo como objetivo "garantizar que determinadas manifestaciones graves del racismo y la xenofobia sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias en toda la Unión Europea (UE). Asimismo, pretende mejorar y fomentar la cooperación judicial en este campo"²⁹.

En un primer orden de cosas, la primera cuestión, hartamente complicada, es determinar cuándo se traspasa el límite que permite afirmar que unas declaraciones dejan de estar protegidas jurídicamente, no ya por constituir reprobables excesos verbales carentes de protección, sino porque a través del discurso del odio cometen delitos de odio ya que pretenden provocar a través del discurso un odio profundo e irracional y por ello "incitan o exhortan a la violencia contra una persona o grupo de personas"³⁰. Estas conductas, aún buscando amparo en la libertad ideológica de quien las realiza, que, como es sabido, permite mantener o proferir una ideología incluso contraria a los valores consagrados constitucionalmente, no cuenta con protección jurídica dada la configuración positiva de las libertades de expresión. Esto lo anterior hemos de conectarlo con el criterio jurisprudencial mantenido respecto al contenido de lo que se expresa o comunica pues no cabe restringir la expresión de manifestaciones de carácter molesto o hiriente fruto de una crítica extrema que es posible para garantizar el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática³¹.

En la operación jurídica de delimitación de supuestos resulta fundamental la concepción sostenida respecto a las libertades de expresión, si son libertades negativas cuya garantía requiere intervención mínima por parte del Estado o si son libertades positivas sujetas a la intervención pública tanto en sentido positivo como negativo para garantizar la dignidad humana fundamento de los derechos fundamentales y el orden social. Cada una de estas concepciones está vigente en el sistema norteamericano y continental europeo, donde el referente es el Tribunal Constitucional alemán³² y en los que es común el reconocimiento

27 Resolución 1510 (2006) sobre libertad de expresión y respeto de las creencias religiosas, 28 de junio de 2006.

28 Recomendación 1805 (2007) sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio contra las personas por motivos religiosos, 29 de junio de 2007.

29 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uris>

30 En SSTEDH *asunto Féret c. Bélgica* de 16 de julio de 2009, *asunto Le Pen contra Francia* en 2010 o *asunto Vejdeland contra Suecia* de 9 de febrero de 2012, se afirma que el discurso del odio se incluye entre los fines legítimos que justifican la intervención de los Estados para limitar las libertades de expresión; discursos sobre discriminación racial, religiosa y por orientación sexual respectivamente.

31 SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5º; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4º. En el ámbito europeo SSTEDH de 23 de abril de 1992, *caso Castells contra España* entre otras.

32 Sobre esta doble concepción de las libertades de expresión en cuanto libertades negativas o libertades positivas

del valor preferente de las libertades de expresión en los sistemas democráticos si bien la defensa de los valores consustanciales al mismo determina el establecimiento de límites en determinadas ocasiones. Más allá de lo anterior en las normas penales se castigan conductas que constituyen extralimitaciones o manifestaciones en ningún caso amparables por el ordenamiento, por atentar contra la base misma de la democracia, por lo que se proscriben todas aquéllas que sean producto del lenguaje o discurso del odio.

En el sistema norteamericano la concepción jurídica no es la misma, ya que la jurisprudencia norteamericana defiende que la Primera Enmienda ampara todo discurso con independencia de su contenido, blindando el "mercado de las ideas" a través de una total protección de todas las opiniones o juicios de valor que se puedan sostener. Por tanto, esta protección incondicionada proporciona cobertura jurídica al discurso extremo. Así, si la ratificación de la Convención Internacional sobre eliminación de la discriminación racial ha supuesto que todos los países europeos persigan y castiguen penalmente este tipo de actividades, en otros como los Estados Unidos o Australia, con otra concepción y regulación de las libertades de expresión, resulta factible la publicación de todo tipo de contenidos bajo la protección de dichas libertades³³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos muestra firmeza frente al discurso del odio como se demuestra en las sentencias relacionadas a continuación. En el caso *Jersild contra Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994 y en el caso *Lehideux e Isorne contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998, se excluyen de la protección del Convenio "los discursos de corte racista y xenófobos" o "la justificación de una política pronazi" quedando por tanto fuera del ámbito del art. 10 en virtud de lo dispuesto en el art. 17 la negación o revisión del Holocausto³⁴.

El primer pronunciamiento expreso sobre este tipo de discurso se produce en la Sentencia dictada en fecha 10 de octubre de 2000, caso *Ibrahim Oksey contra Turquía*, en la que se condenan unas declaraciones separatistas efectuadas por un líder turco de ascendencia kurda por "incitación al odio y a la discriminación" confirmándose que la negación del Holocausto en cuanto que hecho histórico probado resulta abiertamente contraria a los fines del Convenio. En la jurisprudencia elaborada a partir de estas fechas se deslindan supuestos que son ejercicio del lenguaje del odio carente de protección de otros que quedan cobijados por el art. 10 del Convenio³⁵.

Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 21, 2010, p. 92. Como bien indica el autor esta terminología recuerda a la adoptada por Constante *De la Libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*.

33 Esta realidad se constata con el uso de Internet para propagar estas ideas no amparadas en Europa, ver FERNÁNDEZ ESTEBAN, M^o. L. (2010–2011): "Internet y los Derechos Fundamentales" en *Anuario Jurídico de la Rioja*, p.344 y ss.

34 STEDH de 23 de septiembre de 1998, caso *Lehideux e Isorne contra Francia*.

35 En fechas más recientes nos encontramos con la Sentencia de 15 de marzo de 2011, caso *Otegui Mondragón contra España*, en la que el TEDH se pronuncia nuevamente sobre el discurso del odio y en la que condenó a España por vulneración de las libertades de expresión del demandante que había sido condenado por el Tribunal Supremo a pena de prisión por delito de injurias contra el Jefe del Estado al que llamó "jefe de los torturadores". Tanto en la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco Después de admitir la intromisión por las autoridades públicas españolas en la libertad de expresión del demandante pasa a analizar si se cumplen las exigencias previstas en el art. 10.2º del Convenio reiterando en este asunto

En nuestro ámbito constitucional la jurisprudencia ha experimentado una clara evolución si bien hay que tener en cuenta que los casos enjuiciados están referidos a la protección del derecho al honor colectivo como límite a la libertad pero no encontramos sentencias que limiten esta libertad en protección de las creencias religiosas. Los primeros pronunciamientos declararon la licitud de los discursos revisionistas o negacionistas del holocausto siempre que no fomentasen el odio contra el pueblo judío, fundamentando su licitud en las libertades de expresión tal como quedan configuradas en la STC 20/1990. Recordamos como el Tribunal Constitucional configura la libertad de opinión en "su máxima extensión", por ser fundamento de otros derechos y necesaria para garantizar el pluralismo, declarando que su ámbito constitucionalmente protegido se extiende no solo a las opiniones que sean conformes con la Constitución "sino también en lo que resulta contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada"³⁶. Así las cosas, el amparo jurídico de las opiniones queda condicionado a "la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas".

La sentencia precursora se dictó en el conocido caso de Violeta Friedman, constituyendo la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el discurso del odio, si bien es cierto que sin contener ni una sola referencia expresa al mismo³⁷. Esta sentencia, la primera dictada en un caso de negación del holocausto, se produjo cuando estas manifestaciones no estaban todavía tipificadas y el amparo se concede por una lesión del honor de la demandante como integrante de un colectivo. Los hechos encausados parten de la publicación en 1985 por la revista "Tiempo" de las declaraciones negacionistas del Sr. Degrelle ex jefe de las Waffen SS quien no solo expresaba su opinión sobre este hecho histórico sino que además se refería de forma despectiva a la demandante, a su familia asesinada en un campo de exterminio nazi y al pueblo judío en su conjunto, lo que será el hecho determinante de su condena.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado por la demandante a la que se reconoce legitimación activa para entablar acciones en representación de todo un colectivo como era en este caso "el pueblo judío" por intromisión en su honor. La libertad de expresión del demandado, que le permite expresar su opinión sobre los campos de concentración y el holocausto ("afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean –y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia–", queda limitada por el derecho al honor de la señora Friedman que resulta lesionado por las expresiones vertidas consistentes en acusar de mentirosas a todas las personas que como ella y su familia habían sufrido el

su disconformidad con una protección más intensa para determinadas personas que recortan las libertades de expresión.

36 STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5º.

37 STC 214/1991, de 11 de noviembre, caso *Violeta Friedman*

horror de los campos³⁸ que "poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. Esta incitación racista constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internadas en los campos nazis de concentración"³⁹.

Con posterioridad se dictó la STC 176/1995 en la que el Tribunal Constitucional se refiere expresamente al "lenguaje del odio" manteniendo la línea abierta en la sentencia anterior pero confirmando una sentencia condenatoria dictada en la jurisdicción penal consistiendo los hechos penados en la publicación de un comic con contenidos racistas donde se hacía burlas sobre la barbarie nazi. El Tribunal Constitucional declarará que, desde perspectiva constitucional, los hechos enjuiciados constituyen una conducta racista que atenta contra los valores constitucionales que reviste gran trascendencia dado que se difunden a través de un medio de publicación dirigido a personas de escasa edad. Efectivamente se relatan "una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de conductas inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales" [...] "El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas (animales o carroña, entre otras). Así lo dice la sentencia impugnada. Gráficamente se acentúa la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos. Y así hasta la náusea. La lectura pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo, pero muy principalmente los judíos". [...] En tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente. Ahora bien, en este caso convergen además dos circunstancias que le hacen cobrar trascendencia, una de ellas el medio utilizado, una publicación unitaria –un tebeo–, con un tratamiento predominantemente gráfico servido por un texto literario, cuyos destinatarios habrán de ser en su mayoría niños y adolescentes. Por esta condición del público lector al cual se dirige el mensaje, hay que ponderar su influencia sobre personalidades aun no formadas por completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles (Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside)".

El Tribunal Constitucional afirma que es un claro ejemplo de discurso del odio porque a toda la hostilidad que destilan las páginas se suma la intención de incitar a la violencia contra un grupo de personas expresándolo del siguiente modo "[...] A lo largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa

38 Recordemos que ella misma estuvo internada en Auschwitz donde llegó deportada junto a toda su familia que fue enviada directamente a las cámaras de gas por Mengele excepto ella y su hermana.

39 STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8º.

y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros. Es evidente que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado (artículo 27.2). Lo dicho hace que entren en juego los límites que para protegerlos marca la Constitución y, por lo mismo, el respeto a la moral que contiene el Convenio de Roma (artículo 10.2; Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside y STC 62/1982). En tal sentido incide también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, cuyo artículo 20.2 establece que se prohíba por Ley «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia».

La reforma del Código Penal de 1995 tipifica en su art. 607.2º las expresiones negacionistas⁴⁰, un precepto que fue recurrido ante el Tribunal Constitucional por presunta vulneración de las libertades del art. 20 C.E.⁴¹. En su STC 235/2007 introdujo cambios sustanciales en los argumentos que venía sosteniendo en pronunciamientos anteriores y en su fundamentación, frente a algunos de los cuales mostramos nuestra discrepancia por considerarlos permisivos con conductas que atentan contra la dignidad al establecer diferencias donde consideramos que no existen.

Los hechos traen causa de la condena impuesta al Sr. Varela Geiss por la comisión de un delito continuado de genocidio tipificado en el art. 607.2º del Código Penal en los siguientes términos "la *difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen* (cursiva es nuestra) 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 o dos años"; y por un delito tipificado en el art. 510.1º de este cuerpo legal como "provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas".

Desde la Audiencia Provincial de Barcelona se interpuso cuestión de inconstitucionalidad por entender que no era conforme con el art. 20 C.E. y conculcar las libertades de expresión. El

40 SAAVEDRA, M. (2006): "El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", en *Persona y Derecho*, Nº 55, p. 560, señala que "En el Código Penal de 1995 el legislador español optó por introducir en el art. 607.2 "la negación o justificación del delito de genocidio", sumándose así a otros países europeos como Alemania, Francia, Bélgica o Austria, en los que, debido a la especial sensibilidad derivada de los acontecimientos ocurridos en sus propios territorios contra una parte de su propia población, y a las experiencias de sufrimiento ocasionado por el régimen de Hitler, se pretende abortar de raíz cualquier intento de reivindicación de los verdugos y de echar tierra sobre la memoria de las víctimas".

41 Respecto a las normas españolas relativas al "lenguaje del odio" destacar su carácter reciente y su falta de adecuación a las normas internacionales y a la realidad. Nos interesa destacar en el ámbito penal el art. 510: tipifica la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia y difusión de informaciones injuriosas respecto de determinados grupos; art 515.5º: tipifica las asociaciones ilícitas que promueven la discriminación; art. 607.2º: tipifica la difusión de ideas o doctrinas que nieguen (declarado inconstitucional) o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas. En todos ellos y en algunos más el Estado castiga conductas y actitudes discriminatorias siendo los más concretos respecto al lenguaje del odio los arts. 510, 515.5º y 607.2º siendo este objeto de la STC 235/2007.

Tribunal Constitucional resolvió dicha duda declarando en su sentencia que el párrafo 2º del art. 607 constituye una vulneración de la libertad de expresión porque la conducta tipificada no exige la existencia de dolo, es decir, intención o propósito de causar daño, ofender o vilipendiar, pues el tipo penal se refiere a la mera difusión de determinados contenidos (repulsivos y reprobables) pero que responden al ejercicio de la libertad de expresión a través de la que se realiza la libertad de opinión del demandado que profesa una ideología contraria a los valores constitucionales. Por tanto, concluye que con la tipificación de la conducta consistente en ostentar determinadas ideas y difundirlas como "la mera negación de un delito de genocidio" "que a simple vista [...] puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio" constituye una vulneración de las libertades constitucionalmente protegidas (FJ 7º).

En definitiva, para el Tribunal Constitucional no cabe entender que esta conducta sea una manifestación del discurso del odio tal como se configuró por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que lo define como "incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias" sino que se trata de "una mera negación" que "frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo" "resulta en principio inane" (FJ 8º)⁴².

En cuanto que negar es manifestar una opinión si con el negacionismo, expresar una opinión sobre unos hechos históricos concretos, no se incluyen juicios de valor que justifiquen o fomenten la comisión de estos actos, no se podrá sancionar penalmente. Se establece la diferencia entre la conducta que niega y aquella otra que justifica entendiendo que justificar Así, negar es una cosa y justificar es otra y por eso tipificar conductas que justifican el genocidio superan el juicio de constitucionalidad siendo en definitiva la concurrencia o ausencia del elemento tendencial el criterio del que se sirve para resolver la duda de constitucionalidad planteada.

En su argumentación el Tribunal Constitucional va más allá cuando declara que el párrafo 2º puede ser declarado conforme si existe esa "voluntad" en la justificación mientras que la negación no supone una voluntad de instigar o provocar de forma indirecta crímenes de odio. Por tanto, entiende que "de este modo resulta constitucionalmente

42 Por el contrario, en el Voto Particular disidente, el Magistrado Rodríguez Arribas sostiene que el negacionismo es en sí mismo "un claro menosprecio" hacia las víctimas que lo sufrieron y así se comprueba cuando quienes lo sostienen manifiestan que "el holocausto no existió y que solo es propaganda sionista" por eso entiende que "pretender amparar semejantes actitudes en la libertad de expresión es degradarla; por el contrario, y como sostiene el Ministerio Fiscal, dichas actitudes van encaminadas a hacer surgir estados de opinión tergiversados sobre este hecho histórico, ciertamente contrarios a lo que realmente aconteció, tratando así de fomentar el olvido del mismo, por lo que el precepto no trata de castigar la libre difusión de ideas u opiniones, por muy reprobables y rechazables moralmente que fueran, sino de proteger a la sociedad de aquellos comportamientos que una sistemática preparación psicológica de la población, a través de medios propagandísticos, generaría un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, pudiera concretarse en actos específicos de discriminación racial, étnica o religiosa; ciertamente éste es un peligro que una sociedad democrática no puede permitirse correr en las actuales circunstancias en las que no puede negarse el rebrote de esas actitudes".

legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidas, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución".

Así pues, tal como se ha recogido en la doctrina, esta sentencia se distancia de la férrea postura del TEDH contrario a todo tipo de manifestaciones negacionistas y antisemitas, al entender que son sancionables todas aquéllas que contengan un mensaje racista o xenófobo pero también violento en el sentido de que a través de ellas se está instigando o incitando de forma mediata a la comisión de actos de odio. En sentido contrario, no cabe controlar de ningún modo la expresión de ideas que, aún siendo manifiestamente contrarias a los valores democráticos como aquellas que niegan el holocausto. A través de esta argumentación el Tribunal Constitucional se muestra contrario al modelo de "democracia militante" establecido en sistemas de nuestro entorno como Alemania, en los que el Estado se adhiere a un modelo de democracia prohibiendo y sancionando toda conducta contraria a los valores sobre los que se fundamenta. Así tal como manifiesta en esta STC 235/2007 "El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas" (FJ 4) y ello porque "no es la transmisión de ideas y doctrinas lo que vulnera la Constitución y sus principios sino los actos que no respetan sus principios y valores, en tanto estén vigentes".

IV. LA ARTICULACIÓN DE DISTINTOS NIVELES DE PROTECCIÓN: LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La cláusula contenida en el art. 10.2º C.E establece que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución proclama se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España"⁴³. Un principio en materia de

43 Sobre interpretación ABA CATORRA, A.: "Interpretación Constitucional e Interpretación de la Constitución" en ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. y NARVAEZ HERNANDEZ, J.R. (coord.), (2011): *Interpretación Jurídica: Modelos históricos y realidades*, UNAM, México; GAY FUENTES, C. (1989): "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

interpretación que adquiere mayor relevancia, si cabe, en el ámbito de las libertades de expresión dada su posición relevante en los sistemas democráticos y por el volumen de la jurisprudencia dictada⁴⁴. Así lo manifestaba de forma incontestable el Tribunal Constitucional en su sentencia 5/1985, de 21 de enero, "es también de importancia capital traer a colación, por lo que tiene de ilustrativo, y aun de criterios interpretativos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al artículo 6 de la Convención Europea ratificada por España. Y es así, en cuanto a la doctrina constitucional propia, por el valor de precedente (una muestra de ese valor, artículo 13 de la LOTC), y por lo que se refiere a la doctrina del TEDH, por mandato constitucional (artículo 10.2 de la CE)"⁴⁵.

La influencia de la jurisprudencia del TEDH en nuestro derecho nacional es a todas luces evidente pues en base estos pronunciamientos se han realizado reformas legislativas (Código Penal, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y los órganos jurisdiccionales españoles aplican sus criterios para interpretar y precisar los preceptos normativos sobre todo en materia procesal penal.

Así se constata, respecto a las libertades de expresión, ya desde las primeras Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional cuando declaraba que "hay que tener en cuenta –como ha señalado el TEDH en sentencia de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside*– que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática", que su "libre ejercicio garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre" al ser "condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre"⁴⁶ o cuando en materia de limitaciones declara que resultan justificados cuando "resulten necesarios para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el art. 10.2º del Convenio Europeo de Derechos Humanos"⁴⁷. Así, la limitación de estas libertades solo cabe en la medida en que constituyan medidas necesarias para garantizar una opinión pública libre, pues "el art. 10.2º CEDH ha previsto la posibilidad de establecer límites legales [...] cuando lo exija una necesidad imperiosa –límites interpretado muy restrictivamente por la jurisprudencia del TEDH (*casos Handyside; The Sunday Times o Lingens*)"⁴⁸.

Esta relación entre jurisdicciones presenta una cara menos agradable para los Estados Parte condenados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras conocer de aquellas demandas presentadas contra el Estado en cuestión. Así, en el caso de España dos sentencias,

del Hombre en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional español" en *Revista de Administración Pública*, núm. 120, Madrid; CATALÁ I BALAS, A. (2001): "Libertad de expresión y poderes públicos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su recepción por el Tribunal Constitucional", en *Revista de Administración pública*, núm. 156, pp. 356–398, Madrid.

44 SUAREZ ESPINO, M.L. (2007): "Los derechos de comunicación social en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su influencia en el Tribunal Constitucional español" en *Revista de Derecho Constitucional Europeo de la Universidad de Granada*, nº 7.

45 STC 5/1985, de 21 de enero, FJ 3º.

46 STC 159/1986, de 12 de noviembre, FJ 6º.

47 STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5º.

48 STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 9º.

la primera de 1 de junio de 2010 *caso José Luis Gutiérrez contra España*, por vulneración de la libertad de información, y la segunda, de 15 de marzo de 2011 *caso Arnaldo Otegui contra España*, sobre lenguaje del odio y en la que se condena a España por vulneración de la libertad de expresión⁴⁹. Ciertamente existen otros muchos pronunciamientos como las dictadas en el asunto Del Río Prada o en el *asunto Eusko Abertzale Ekintza–Acción Nacionalista Vasca contra España*.

En relación con la articulación de jurisdicciones o recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos quisiéramos cerrar este epígrafe planteando algunas cuestiones suscitadas tras las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español en relación con las libertades de expresión y el lenguaje o discurso del odio. Lo cierto es que consideramos que el Alto Tribunal español se ha apartado de la doctrina establecida en la jurisprudencia europea que no ampara este tipo de manifestaciones ni siquiera como ejercicio de libertad ideológica.

Una vez dada cuenta de las sentencias que ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en especial, la controvertida STC 235/2007, creemos que la cuestión no se presenta demasiado clarificada. Son varias las conclusiones que cabe extraer de estas sentencias:

- Bajo la libertad de expresión cabe manifestar todo tipo de opiniones incluso las más repugnantes y execrables, ya que la Constitución garantiza la libertad de opinión y en correlación su manifestación a través de la difusión de expresiones en libertad.
- Las limitaciones de las libertades se fundamentan en el respeto a los derechos y libertades de los demás que tienen su basamento en la dignidad humana
- Cuando las opiniones manifestadas versan sobre hechos históricos se encuentran limitadas por la dignidad de las personas, que no se vulnera por la mera difusión de ideas contrarias a los valores constitucionales sino cuando esa ideología va acompañada de la intención o voluntad de dañar la dignidad.
- En base a lo anterior se puede negar bajo el amparo de la libertad de expresión pero no cabe justificar tales atrocidades, pues el discurso deriva en un delito de odio tal como se tipifica en el Código Penal.
- Ahora bien, ¿cuándo esas ideas u opiniones deleznable, repugnantes o execrables vulneran derechos y bienes constitucionalmente protegidos perdiendo toda protección jurídica y constituyendo un ilícito?. Cuándo se niega, cuándo se mofa, cuándo se justifica ¿Cuándo?
- Vistas las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión, se colige que la humillación, la denigración, la injuria o el insulto, no gozan de protección jurídica. Asimismo, el Código Penal tipifica aquellas expresiones que justificando actos de odio incitan a cometer conductas sancionadas en el art. 607.1 como delito de genocidio "la incitación indirecta

49 El TEDH consideró que «aún cuando ciertos términos del discurso del demandante pintan una imagen de los más negativa del Rey en cuanto institución dando así al discurso una connotación hostil, sin embargo, no por ello exhortan al uso de la violencia, y no se trata de un discurso del odio».

a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art. 607.1 CP como delito de genocidio—entre las que se incluyen entre otras el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzosos de población— cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano, afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal⁵⁰.

- Es en este punto donde entendemos que el Tribunal Constitucional se aparta de la jurisprudencia europea, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se viene sosteniendo de forma inquebrantable que el negacionismo conlleva intrínsecamente una incitación o provocación al odio, por lo que las personas que difunden ese tipo de opiniones persiguen de una u otra forma alguno de los objetivos prohibidos en el art. 17 del CEDH que establece que "ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo"⁵¹.
- En otro orden de cosas, consideramos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no siempre aplica correctamente la categoría del margen de apreciación nacional cuando declara la desconformidad de una limitación con el Convenio. En este sentido SERRANO MAILLO escribe en relación con la sentencia que condena al Estado español en el caso Otegui que "Con esta reflexión el TEDH ha dado muestras de su desconocimiento de la situación que se vive en el País Vasco y en el resto de España en relación con el problema del terrorismo. Por esta razón, creemos que erró al no respetar un mayor margen de apreciación de los Tribunales españoles, quienes, indiscutiblemente, tienen un conocimiento mayor y mejor del tema"⁵².
- Dicho lo cual hemos de distinguir entre distinguir entre el llamado discurso del odio o *hate speech* que no es ejercicio de la libertad de expresión y el discurso ofensivo que si está protegido⁵³.

50 STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 9º.

51 STEDH *caso Chauvy y otros contra Francia*, 2004.

52 SERRANO MAILLO, I. (2011): "El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles" en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, p. 593.

53 Ya se ha visto como bajo la Primera Enmienda gozan de protección todos los tipos de discursos. Desde la Sentencia dictada en el Caso Roth de 1957 el Tribunal Supremo declara que todas las ideas (no ortodoxas, controvertidas, odiosas para el clima social dominante) tienen la completa protección de la Primera Enmienda.

- Dudamos de que de la libertad de expresión haya de proteger la difusión de cualquier idea, entendiendo que aquellas que resultan "repulsivas" para la dignidad humana no pueden estar garantizadas en un Estado democrático que se paz y orden social. No es posible proporcionar cobertura jurídica a expresiones que con su sola formulación proyectan odio hacia determinadas personas o un colectivo de personas aunque no justifiquen expresamente las prácticas genocidas. Y en este sentido creemos que se pronuncia el Magistrado Rodríguez Zapata en su Voto Particular cuando manifiesta la contradicción del propio Tribunal Constitucional "La Sentencia de la mayoría considera que las ideas u opiniones que han dado origen a esta cuestión de inconstitucionalidad «resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada» (sic en FJ 4) pero ello no impide concluir que, al menos en parte, deben encontrar cobijo en una visión de la libertad de expresión del art. 20 CE de la que discrepo".
- En la línea señalada consideramos que al margen de la voluntad o intención, que puede ser el criterio para determinar cuando estamos ante el tipo penal, que subyace tras la emisión de estas expresiones u opiniones, la sola difusión de estos contenidos causa un daño demoledor para quien o quienes las sufren en su persona y para la sociedad en general por su contribución a crear un campo de cultivo propicio para la proliferación de conductas discriminatorias principalmente por razón de raza o religión.
La última pregunta podría ser la siguiente ¿en qué puede contribuir el lenguaje del odio a generar valor en la sociedad?
- Por último hemos de dejar constancia de la modificación del Código Penal para acoger la STC de 2007 que presenta una nueva redacción del negacionismo que, como se ha visto, para ser sancionado penalmente debe crear un clima de violencia. Se opta por una solución intermedia en el contexto europeo, pues si bien en algunos países de nuestro entorno como Alemania o Francia la negación en si misma ya es delito en otros como Reino Unido o Suecia la libertad de expresión ampara estas teorías.
- Asimismo, la aprobación de la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, se dirige a lograr la aproximación de legislaciones de los estados miembros para que en el ámbito de la Unión Europea haya uniformidad en la regulación penal de delitos de esta naturaleza. En este sentido, el art. 510 C.P queda modificado con una ampliación de su contenido y con un agravamiento de las penas⁵⁴.

54 En su párrafo 1º se tipifican con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas donde se ubica el derogado art. 607.2º: 1.- Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia

V. UNA REFLEXIÓN SOBRE UN NUEVO MARCO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD: EL MIEDO AL TERRORISMO COMO JUSTIFICACIÓN DE NUEVOS LÍMITES

En estas páginas no se ha abordado el lenguaje del odio por motivos religiosos, pero si consideramos que hemos de incluir alguna reflexión al respecto. Estas páginas se redactan cuando acaban de producirse los terribles atentados del 13 de noviembre en París.

Por un lado, reafirmar el convencimiento de que en un sistema democrático hay que proteger las libertades y ello supone en sí mismo no ceder ante nuevos temores o amenazas que pretenden debilitar los baluartes que sustentan nuestra sociedad. Esto lo anterior supone que tenemos que vivir en libertad y ejercitar nuestras libertades garantizadas en su máxima amplitud pero dentro de los límites que emanan del orden constitucional.

No son pocos los sucesos que responden a ideas extremistas o radicales que persiguen causar dolor y muerte a quienes consideran que los atacan sobre todo en lo que se refiere al credo religioso. Los sistemas occidentales compartimos tradiciones comunes como una configuración de las libertades de expresión como garantía de la democracia básica para

contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad.

c) Nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2.- Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

mantener una opinión pública libre. Es por ello precisamente por lo que casi todo cabe bajo el contenido amplísimo de estas libertades únicamente limitadas por el respeto a los derechos de los demás que en cualquier caso ceden poco o mucho para no restringir estas libertades y porque la tolerancia es un principio de la democracia. Es en este punto donde hemos de tener muy presente el carácter multicultural de las sociedades plurales ya que, siguiendo las palabras de TENORIO "se plantea como discernir en la libertad de expresión los elementos universales y los condicionados por un país concreto" si bien entiendo que no hay que limitar la libertad de crítica, la expresión de ideas contrarias o hirientes por no herir sensibilidades religiosas o de otro tipo. La existencia de grupos extremistas o radicales en nuestras sociedades que no toleran críticas verbales, sátiras o caricaturas sobre sus costumbres, cultura, credo o símbolos religiosos, no justifica en ningún caso la imposición de nuevos límites al ejercicio de nuestras libertades. Todos los sujetos públicos e incluso los colectivos o grupos que profesan una religión están sometidos a la crítica de la opinión pública democrática sin olvidar que dicha libertad no está garantizada como derecho absoluto o ilimitado.

Dicho lo anterior recordamos lo afirmado anteriormente en el sentido de que la difusión de expresiones que persigan fomentar el odio y la violencia contra determinadas personas o grupos en que se integran por profesar determinadas creencias religiosas constituye un tipo delictivo. Por tanto, no cabe ceder ante ciertas sensibilidades religiosas en el sentido manifestado por el Consejo de Europa en la precitada Recomendación 1805, pues la crítica que puede llegar incluso al insulto es tolerable cuando se persigue el debate público siempre que no se incite al odio o a la violencia.