

# LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RELIGIÓN: MODELOS DE DERECHO COMPARADO

## FREEDOM OF EXPRESSION AND RELIGION: MODELS IN COMPARATIVE LAW

---

---

*Zoila Combalía<sup>a</sup>*

Fechas de recepción y aceptación: 29 de noviembre de 2016, 30 de agosto de 2017

*Resumen:* Estudio sobre los modelos de derecho comparado, en torno al conflicto entre libertad de expresión y religión.

*Palabras clave:* libertad de expresión, libertad religiosa, derecho comparado, sentimientos religiosos, discurso del odio.

*Abstract:* A study of the models in comparative law on the subject of the conflict between freedom of expression and religion.

*Keywords:* freedom of expression, religious freedom, comparative law, religious feelings, hate speech.

<sup>a</sup> Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Zaragoza. Vocal experta de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa del Ministerio de Justicia.

Correspondencia: Colegio Mayor Pedro Cerbuna. Calle Pedro Cerbuna, 12. 50009 Zaragoza. España.

e-mail: [combalia@unizar.es](mailto:combalia@unizar.es)



SUMARIO<sup>1</sup>

1. Los supuestos de conflicto entre libertad de expresión y religión. 2. El contexto social actual en el que se producen los conflictos. 3. La postura islámica y la occidental ante el conflicto entre libertad de expresión y religión. 4. ¿Distinción entre incitación al odio racial y al religioso? 5. El derecho penal europeo y español ante el conflicto. El contrapunto islámico. 6. La postura estadounidense en contraste con la europea: dos modos distintos de proteger los postulados democráticos. 7. Síntesis conclusiva.

## 1. LOS SUPUESTOS DE CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RELIGIÓN

El tema que se me confió para que abordara en esta ponencia es el de los distintos modos en los que el derecho comparado afronta los conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa.

A lo largo de la mañana se ha puesto de manifiesto el incremento en Europa de hechos ofensivos hacia los sentimientos religiosos con una intención provocadora que quedaría reflejada en la máxima “*se puede decir todo, no hay nada sagrado*”.

Algunos de estos casos han alcanzado un alto impacto social y mediático, bien por haber terminado en una horrible tragedia —el caso del semanario francés *Charlie Hebdo*—, bien por la relevancia que adquiriría quien protagonizó la provocación —el supuesto de Rita Maestre, concejala del Ayuntamiento de Madrid condenada en primera instancia por un delito contra los sentimientos religiosos—

<sup>1</sup> Se reproduce el texto de la intervención oral pronunciada en el curso de verano “Libertad de expresión y libertad religiosa: ¿Libertades reconciliables?”, celebrado en la Universidad Católica de Valencia del 11 al 14 de julio de 2016. Sobre la relación entre libertad de expresión y religión la ponente ha publicado varios trabajos, entre otros: «Los conflictos entre libertad de expresión y religión: Tratamiento jurídico del discurso del odio», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 31, 2015, pp. 355-379; «Libertad de expresión y difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 19, 2009; «El derecho de libertad de expresión en el Islam: perspectiva comparada», en *Derecho islámico e interculturalidad*, VV. AA. (coord. por Z. Combalía, M.P. Diago, A. González-Varas, 2011, pp. 217-260.



o el más reciente del cartel de una asociación valenciana por servirse de imágenes particularmente queridas en la ciudad.

Es necesario diferenciar estos supuestos de ofensa a los sentimientos religiosos de otro tipo de conflictos derivados de mensajes que no suponen una mera provocación o insulto, sino que incitan al odio, a la discriminación o a la violencia. Son los casos del denominado *hate speech*, que también han proliferado en los últimos años difundiendo mensajes de carácter islamóforo, cristianóforo o antisemita y que resultan particularmente preocupantes cuando provienen de plataformas políticamente legitimadas.

Como se puede ver en el gráfico de la diapositiva, una de las notas más destacadas de las últimas elecciones europeas fue el ascenso de los partidos de corte xenóforo, que incluían en sus programas contenidos no solo de odio racial, sino también religioso<sup>2</sup>. Más adelante me detendré en la distinción entre ambas categorías –discurso de odio racial y religioso– desde la perspectiva jurídica.

<sup>2</sup> Así, en las últimas elecciones europeas de 2014, el ascenso de los partidos de corte xenóforo fue una de las notas más destacadas. En cuanto a los resultados obtenidos por partidos con propuestas xenofobas, populistas o nacionalistas (<http://www.europarl.europa.eu/portal/es>):

- Partido de la Independencia (UKIP), Reino Unido: 26,77 %
- Partido Popular Danés (O. DF): Dinamarca: 26,60 %
- Frente Nacional (FN) de Francia: 24,95 %
- Partido de la Libertad (FPO) de Austria: 19,70 %
- Movimiento por una Hungría Mejor (JOBBIK) de Hungría: 14,67 %
- Partido por la Libertad (PVV) de Holanda: 13,32 %
- Partido de los Finlandeses (PS) de Finlandia: 12,90 %
- Amanecer Dorado (XA) de Grecia: 9,36 %
- Liga Norte (LN) de Italia: 6,15 %
- Vlaams Belang (VB) de Bélgica: 4,14 %
- Unión Nacional Ataque (ATAKA) de Bulgaria: 2,96 %
- Partido Nacional Democrático (NPD) de Alemania: 1 %

Sobre la islamofobia: ver los informes del Observatorio para la islamofobia de la OCI en: [http://www.oic-oci.org/oicv2/page/?p\\_id=182&p\\_ref=61&lan=en](http://www.oic-oci.org/oicv2/page/?p_id=182&p_ref=61&lan=en). Sobre la islamofobia en España ver el Informe del Observatorio Andaluz (dependiente de UCIDE) en: <http://observatorio.hispanomuslim.es/ia2014.pdf> y el Informe de la Plataforma Ciudadana contra la Islamofobia en: <https://plataformaciudadanacontralislamofobia.wordpress.com/informes/>. Sobre el antisemitismo en España ver los informes del Observatorio de Antisemitismo en España en <http://observatorioantisemitismo.fcje.org/>). Sobre los atentados a la libertad religiosa en España, especialmente de cristianofobia ver: <http://libertadreligiosa.es/category/informes/>.



Afortunadamente, España no figura entre los países europeos donde estos movimientos tienen mayor presencia en el escenario político, pero tampoco se trata de un fenómeno inexistente. En la diapositiva se pueden ver algunos puntos del programa oficial de partidos políticos que han alcanzado cierta representación, aunque mínima, en elecciones locales<sup>3</sup>. Véanse, asimismo, los carteles que estos partidos han utilizado para su propaganda electoral.

Antes de avanzar en mi intervención quiero destacar que, así como los supuestos de ofensa a los sentimientos religiosos pronunciados con intención provocadora, si bien incluyen a todas las religiones, se dirigen en nuestro país muy principalmente hacia la religión mayoritaria (la católica), los mensajes de incitación al odio y la discriminación por razón de religión, aunque también alcanzan a todas, suelen ir vinculados a plataformas xenófobas y dirigirse contra las religiones minoritarias (mensajes islamófobos y antisemitas, fundamentalmente). Por ejemplo, el programa político de España 2000 concluye afirmando en referencia al islam:

<sup>3</sup> Cfr. por ejemplo la Declaración programática de Plataforma per Catalunya sobre “Inmigración e Islam” (en: <http://www.plataforma.cat/es/paginas/declaracion-programatica6.html>): sosteniendo que: 1-las olas de inmigración aumentan la delincuencia, el paro y el gasto social, plantean conflictos lingüísticos, religiosos y culturales, así como bolsas de pobreza y marginación, constituyendo una seria amenaza para la identidad y la cohesión social de Catalunya. 2- PxC se opone a la instalación de inmigrantes musulmanes en nuestro país, fenómeno que puede ser una clara amenaza para nuestra cultura, ya que entendemos que el Islam y la Sharia, comporta elementos de rechazo a los derechos humanos y, por tanto, no podemos tolerar que esta forma reaccionaria de religión y política adquiera preponderancia en nuestra tierra. 3- PxC propone una política de inmigración que fije cuotas de procedencia y reduzca a cero el contingente islámico. PxC no permitirá en ningún caso una afluencia de extranjeros mientras tengamos la posibilidad de cubrir las necesidades con ciudadanos autóctonos, comunitarios europeos y de los países del este, o de aquellos de América Latina con los cuales hemos tenido relaciones históricas y a los que hemos aportado nuestra cultura, tradiciones y principios morales cristianos. 7- PxC fomentará la repatriación de la población islámica y a tal efecto propondrá reformas legales y constitucionales para retirar la nacionalidad y reducir la presencia islámica en nuestra tierra... 14- Se proponen, además, las siguientes medidas concretas: (...) 14.5. Expulsión de todos los inmigrantes violadores. Las violaciones en grupo perpetradas por jóvenes inmigrantes se están extendiendo y el patrón se repite; los violadores son musulmanes marroquíes, africanos o paquistaníes y la víctima una joven europea y blanca. 14. 32.- PxC frenará la construcción de mezquitas, puesto que no fomentan la integración, sino que son centros de adoctrinamiento islamista vinculados con el terrorismo internacional. La ley prohibiría que se construyeran a menos de un kilómetro de cualquier iglesia, y sin minaretes, obligaría a los imanes a celebrar en catalán y prohibiría a los muecines utilizar altavoces para convocar a los fieles al rezo.



*“esto genera suficientes incertidumbres como para que las sociedades europeas se preserven del conflicto. El cierre de fronteras a una inmigración que llega con estos modelos de comportamientos en las maletas, el cerebro y el corazón, es una obligación, y la disminución de excedentes laborales llegados con la inmigración procedente de países islámicos, es una necesidad. Por eso España2000 dice: ¡No a la difusión de la religión islámica en nuestro país! ¡No a la presencia del Islam en el continente europeo!”<sup>4</sup>*

Se trata de una clara incitación a la discriminación en virtud de las creencias o la procedencia de las personas.

## 2. EL CONTEXTO SOCIAL ACTUAL EN EL QUE SE PRODUCEN LOS CONFLICTOS

Una vez que he descrito los conflictos, la pregunta que quería abordar es la siguiente: ¿cuál ha de ser la actitud del ordenamiento jurídico ante ellos?, ¿es misión del derecho limitar las expresiones que hieren sentimientos religiosos o que incitan al odio? En caso afirmativo, ¿en qué medida? Y, centrándome en la perspectiva de mi ponencia, y para evitar reiteraciones con lo que ya se ha expuesto elocuentemente en otras intervenciones, me voy a referir a las distintas respuestas que, en el ámbito del derecho comparado, se dan a estos interrogantes.

Ya ha salido en este foro lo delicado de este tema, y lo es sin duda. Lo es no solo desde un punto de vista humano, sino también jurídico. La libertad de expresión es pilar fundamental de una sociedad democrática, tal y como exponía el anterior ponente. A la vez, si ustedes leen los convenios internacionales de derechos humanos, la única libertad para la que se incluye una referencia expresa a que su ejercicio conlleva especiales responsabilidades es la de expresión<sup>5</sup>. Esta

<sup>4</sup> En la página web del partido, en la sección “El Islam es incompatible con Europa”: [http://espana2000.org/?page\\_id=26](http://espana2000.org/?page_id=26).

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, señala el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 19, 3 que “el ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo (libertad de expresión) entraña deberes y responsabilidades especiales”. En el mismo sentido, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, después de reconocer en el párrafo 1 que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”, así como a la libertad de opinión y de comunicar informaciones o ideas, establece en el párrafo 2 que el ejercicio de estas libertades, entrañan deberes y responsabilidades.



precisión no aparece, por lo menos que a mí me conste, respecto a la libertad de asociación, de reunión, ni siquiera a la libertad religiosa, y sin embargo sí acompaña a la libertad de expresión. Es manifiesto el daño que ha producido en la historia, y el que produce actualmente, la agitación xenófoba o de odio religioso. No voy a insistir en este punto.

Tenemos definido el interrogante qué debe hacer el derecho para salvaguardar los pilares de la convivencia, los derechos y las libertades en una sociedad democrática ante una expresión que ofende sentimientos religiosos o que incita al odio. A este respecto conviene hacer la siguiente apreciación:

Salvaguardar, proteger, no es una tarea pasiva, de mera conservación y ello porque la sociedad evoluciona y, por tanto, se requiere una tarea creativa. Nuestra realidad social no es la misma hoy que hace cincuenta años. Ilustro esa afirmación obvia con algún ejemplo.

Las imágenes que se ven en la diapositiva son de ciudades españolas. Elementos hace años extraños como el hiyab, las mezquitas, los minaretes, las tiendas de alimentación *halal*, etc., forman parte ya, en una medida no despreciable, de nuestro paisaje social. Fíjense en los datos. Si a comienzos de la década de los noventa la población islámica en España rondaba los 200.000 habitantes, actualmente se cifra en torno a 1.887.906 (lo que representa un 4,1 % de la población total)<sup>6</sup>.

Es decir, las sociedades de Europa occidental, y en concreto la española, han evolucionado en pocos años de una cierta uniformidad cultural-religiosa a una sociedad de cada vez mayor diversidad. Y el derecho no puede desarrollarse cerrando los ojos a la realidad. Por tanto, es necesario que dé respuestas adaptadas a esa creciente diversidad<sup>7</sup> a la que estamos abocados, no solo porque en nuestros

<sup>6</sup> Según los datos del *Informe Anual sobre la Situación de la Libertad Religiosa en España 2015*, en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/libertad-religiosa/informe-anual-sobre-situacion>.

<sup>7</sup> Un ejemplo de nuevos problemas que la diversidad cultural-religiosa plantea al derecho es el del reconocimiento de instituciones extrañas a nuestra tradición que llegan ante los órganos judiciales con el consiguiente desconcierto del juez pues no tienen un paralelo en el ordenamiento español. Es el caso, entre otros, de la *kafala* islámica, una institución que a veces erróneamente se considera como una adopción cuando no lo es porque no crea un vínculo de filiación (tampoco es equiparable al acogimiento). ¿Qué pasa con los cónyuges españoles que traen de Marruecos a un niño en *kafala* (tras haber fingido, en ocasiones en fraude de ley, una conversión al islam en aquel país) y al cabo del tiem-



países cada vez exista mayor pluralismo, sino porque ya no convivimos únicamente con nuestros vecinos físicos, sino que nuestra convivencia, a efectos jurídicos, económicos, sociales, culturales, etc., es una convivencia global.

Así, las nuevas tecnologías hacen posible que actualmente una persona desde Siria, a través de las redes sociales, pueda captar a jóvenes españoles, franceses, ingleses, etc., para combatir en el autodenominado Estado islámico, o que una página web racista incitando al odio pueda alojarse impunemente en Estados Unidos, donde este tipo de conductas, como veremos, no están tipificadas penalmente.

La adaptación a la diversidad no responde, como a veces se afirma, a una especie de bienintencionado “buenismo”. Con independencia de lo que cada uno pueda opinar sobre el nuevo panorama, el derecho es una disciplina pragmática, llamada a dar respuesta a los problemas que existen en la sociedad en la que vivimos y la sociedad en la que vivimos es la que hemos descrito.

Mantener los ojos cerrados a los nuevos paisajes sociales, no buscar la integración, tiene el peligro de la radicalización. De la radicalización de la religión, pero también de la radicalización de la exclusión de las minorías, y de la radicalización que procede de la “ridiculización” de la religión o del afán de forzar su reclusión en una burbuja artificial de modo que permanezca invisible en la sociedad. No me resulta posible detenerme a analizar estas posturas<sup>8</sup>, paso, por tanto, a lo que constituye el núcleo de mi intervención: las distintas respuestas que el derecho ha dado a los conflictos entre libertad de expresión y religión.

po acuden a un juez pidiendo que se reconozca un vínculo de adopción?, ¿o ante la mujer musulmana que acude solicitando que su marido le pague la dote islámica –el *mahr*– que le debe? Esto es, están entrando, también en el mundo del derecho, realidades nuevas, instituciones nuevas, y eso requiere un proceso de adaptación. Ver, por todos: M.P. Diago, «El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar», en: VV. AA. (Z. Combalá, M.P. Diago y A. González-Varas coords.), *Derecho e islam en una sociedad globalizada*, Valencia 2016, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 45-85; M.P. Diago, «La kafala islámica en España», en: VV. AA. (Z. Combalá, M.P. Diago y A. González-Varas coords.), *Derecho islámico e interculturalidad*, Madrid 2011, Ed. Iustel, pp. 111-161.

<sup>8</sup> Ver en: Z. Combalá, «Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del s. XXI», en: VV. AA. (Coord. Z. Combalá, P. Diago y A. González-Varas), *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 17-45.



### 3. LA POSTURA ISLÁMICA Y LA OCCIDENTAL ANTE EL CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RELIGIÓN

Hubo un caso que marcó un punto de inflexión; no sé si los más jóvenes lo recordarán. Se trata del conflicto suscitado en 2005 a raíz de la publicación de unas caricaturas de Mahoma en el periódico danés *Jyllands Posten* que, en general, identificaban al islam con el terrorismo, o con la sumisión y opresión de la mujer. No se hizo una buena gestión política y diplomática del conflicto y ello motivó que este se internacionalizara, lo que se tradujo en protestas violentas, ataques a embajadas occidentales de países del mundo islámico, etc. ¿Por qué este caso marcó un punto de inflexión? Porque a partir de ahí Naciones Unidas abordó más a fondo el tema de la “difamación de la religión”, aprobando una serie de resoluciones, en algunos casos promovidas por la Organización para la Cooperación Islámica (OCI, el organismo internacional más representativo del mundo islámico, con 57 Estados miembros), y en otros casos promovidas desde la Unión Europea. Las que venían impulsadas desde el mundo islámico se aprobaron con la abstención o el voto en contra de la Unión Europea, y viceversa, las que se promovieron desde la Unión Europea se aprobaron con el voto en contra o la abstención de la OCI. ¿En qué se asemejaban y diferenciaban ambas posturas? Ambas coincidían en afirmar la necesidad de proteger jurídicamente tanto la libertad de expresión como el respeto a los sentimientos religiosos. Ahora bien, cuando entran en conflicto entre sí, es decir, cuando la libertad de expresión se utiliza para ofender los sentimientos religiosos, la postura occidental se inclinaba hacia la tutela de la libertad de expresión, una libertad que tanto ha costado conseguir. El mundo islámico se inclinaba –apuntaremos por qué– hacia el ejercicio “responsable” de la libertad. Es decir, en Occidente nos duele especialmente la censura o la restricción de la libertad de expresión –la norma sería: “*máxima libertad posible, mínima restricción necesaria*”–; el mundo islámico es más sensible hacia la ofensa a unas creencias que considera la esencia de su identidad, ofensa amparada en lo que para ellos sería un ejercicio frívolo de la libertad.

Esta constatación está muy relacionada con el distinto modo de entender los derechos humanos en ambos mundos. Obviamente todo lo que estoy diciendo requeriría hacer muchas matizaciones en las que, por el tiempo disponible, no voy a poder entrar; simplemente quiero aportar una pincelada.



Si comparamos los documentos occidentales de derechos humanos y los procedentes de organismos del mundo islámico, la principal diferencia que constatamos es el distinto fundamento sobre el que los derechos se sostienen: en el mundo occidental, la dignidad humana –es, por tanto, un fundamento laico–; mientras que en los documentos procedentes del mundo islámico se apunta un fundamento confesional. Veamos como ejemplo la diapositiva con el texto del coloquio de Kuwait, que sostiene: “*los derechos y libertades en el régimen islámico no son derechos naturales, son más bien dones divinos, sustentados en las disposiciones de la Sharia*”<sup>9</sup>.

Resulta ajena a la cultura islámica la idea de los derechos y libertades como ámbitos de autonomía individual a los que el individuo puede dar el contenido que desee siempre que no invada el espacio ajeno. En la perspectiva de los documentos islámicos los derechos son más bien dones divinos, que el ser humano recibe para cumplir su misión en la tierra, para recorrer su camino, que es el que indica la *Sharia*, y por lo tanto son derechos con un contenido determinado.

Consecuencia lógica es, que mientras que en Occidente el límite de los derechos humanos, de la libertad de expresión, de la libertad religiosa, etc., es el orden público –fundamentalmente los derechos de terceros, como indicaba esta mañana el profesor Landete–, en el islam, puesto que la *Sharia* es la fuente de la que brotan los derechos, es también ella la que establece el límite. La declaración islámica más significativa, la de la OCI, en los artículos 24 y 25, tras reconocer el elenco de derechos y libertades, establece que “*todos los derechos y deberes estipulados en esta declaración están sujetos a los preceptos de la Sharia islámica*”; “*la Sharia islámica es la única fuente de referencia para la aclaración e interpretación de cualquiera de los artículos del presente documento*”.

<sup>9</sup> En el mismo sentido se pronuncia la Declaración de derechos de la OCI: “...en la fe de que los derechos fundamentales y las libertades generales en el Islam son una parte de la religión de los musulmanes. Nadie, categóricamente, puede abolirlos total ni parcialmente, ni tampoco violarlos o ignorarlos en tanto que decretos divinos revelados por Allah en sus Libros, enviados y restablecidos por medio del Sello de sus Profetas, culminando así cuanto habían legado las sagradas escrituras. Observarlos es signo de devoción, así como descuidarlos o transgredirlos es una abominación de la religión. Todo ser humano es responsable de ellos individualmente, y la Comunidad de los Creyentes es responsable de ellos colectivamente” (preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam, también conocida como Declaración de El Cairo, 1990).



Es ilustrativa de la proyección de esta concepción sobre el derecho a la libertad de expresión la redacción con la que algunos documentos islámicos de derechos humanos la reconocen, concretamente el artículo 12 de la Declaración del Consejo Islámico de Europa<sup>10</sup>, que establece que

*“toda persona tiene derecho a expresar sus pensamientos y creencias mientras permanezca dentro de los límites prescritos por la Ley<sup>11</sup>. Nadie, sin embargo, tiene derecho a difundir falsedades o a circular informaciones que puedan atentar contra la decencia pública, o ser indulgentes con la calumnia, las insinuaciones o las injurias difamatorias contra otras personas (...). Nadie debe despreciar o ridiculizar las creencias religiosas de otros o incitar a la hostilidad pública contra ellos; el respeto a los sentimientos religiosos de los demás es obligatorio para todos los musulmanes”.*

Partiendo de la información referida ya se puede intuir el debate que se suscitó, y al que antes aludía, ante Naciones Unidas sobre cómo afrontar la difamación de la religión. Sin entrar en detalles, los principales puntos de discrepancia son que, en las resoluciones promovidas desde el mundo islámico, se hacía hincapié en la incidencia de la islamofobia, mientras que en las promovidas por la Unión Europea, se sostenía que debía abordarse o tratarse a todas las religiones por igual. Pero la principal diferencia, la que quería resaltar, es que en Occidente se entendía que únicamente la incitación al odio, la violencia o la discriminación debía restringirse desde el derecho, no la mera ofensa o la difamación; en la postura islámica se sostenía que también la difamación debía limitarse porque es la difamación lo que conduce a la discriminación, a la violencia, etc. Este punto de divergencia tiene relación con que, mientras que en Occidente no se busca proteger las creencias en sí mismas, sino a las personas que las profesan, en el mundo islámico también las creencias son acreedoras en sí mismas de protección.

<sup>10</sup> Creado en 1973, el Consejo Islámico de Europa reúne a estudiosos musulmanes para discutir cuestiones actuales que deben afrontar los musulmanes que viven en Occidente. En los años ochenta, se publicaron dos de los documentos más famosos del consejo. En 1981, la Declaración Universal Islámica de Derechos Humanos, que enfaiza los derechos humanos en la Sharia, y un modelo de Constitución islámica en 1983 que buscó fundamentar los principios democráticos en los islámicos.

<sup>11</sup> Algunas traducciones hablan genéricamente de la Ley, otras se refieren expresamente a la Ley islámica (Sharia).



Tienen en la diapositiva el ejemplo de una de las declaraciones de Naciones Unidas contra la islamofobia promovida por la OCI que refleja muy claramente la postura de que la difamación u ofensa a la religión debe perseguirse jurídicamente porque es lo que conduce a la discriminación, al odio o a la violencia. Así, se afirma que

*“la intensificación de la campaña de difamación contra el Islam, menoscaba el disfrute de los musulmanes del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y limita sus posibilidades para observar, practicar y manifestar su religión libremente y sin temor a sufrir coerción, violencia o represalias”.*

#### 4. ¿DISTINCIÓN ENTRE INCITACIÓN AL ODIOS RACIAL Y RELIGIOSO?

Quiero apuntar, brevemente, una cuestión interesante, y a mi modo de ver discutible, y es que, a juicio de la que entonces era relatora especial de Naciones Unidas sobre la libertad de religión o de creencias, Asma Jahangir, debería diferenciarse entre la punición de una declaración de odio racista y otra de odio religioso.

Es una postura que entronca con una opinión de la doctrina estadounidense que entiende que debe castigarse más el odio racista que el odio religioso, por varias razones. En primer lugar –sostienen esos autores–, la raza no se elige y la religión sí. En mi opinión, este argumento es discutible; no creo que las creencias, la religión, sea algo que se “elija”, sino que, aunque pueden modificarse, mientras las creencias se mantengan uno no puede abandonarlas sin traicionarse a sí mismo. Señalan también estos autores que la religión comporta una visión del mundo, un modo de concebir la realidad, y la raza no; por lo tanto, afirman, el ámbito de la libertad de expresión tiene que ser mayor cuando nos referimos a cuestiones religiosas que cuando nos referimos a cuestiones de raza, donde no hay detrás una ideología o un planteamiento de la realidad. A mi modo de ver este argumento también es discutible porque lo que nos estamos cuestionando no es la libertad de expresión para criticar o rebatir ideas: la crítica respetuosa es siempre admisible, sino que estamos tratando ya no tanto de la libertad de discutir cosmovisiones, creencias, etc., que claramente está amparada por la libertad de expresión, como de la libertad para ofender o para incitar al odio a la violencia



o a la discriminación. Además, la raza y la religión no siempre son fácilmente deslindables. Un discurso antisemita o islamófobo ¿es de odio racial o religioso? Muchas veces la frontera no está clara<sup>12</sup>.

## 5. EL DERECHO PENAL EUROPEO Y ESPAÑOL ANTE EL CONFLICTO. EL CONTRAPUNTO ISLÁMICO

A continuación, apuntaremos cómo en Europa hay dos tipos de conductas penalizadas: las que tutelan los sentimientos religiosos y las que se refieren a la incitación al odio religioso. Aunque sin duda guardan relación, se trata de diferentes conductas punibles. Voy a poner el ejemplo de España aunque la regulación no difiere mucho entre los distintos países europeos.

Por una parte, en los artículos 524 y 525 del Código Penal español se tipifican como delitos de ofensa a los sentimientos religiosos los de profanación y escarnio. Ya se ha hablado en otras ponencias de cómo estas conductas tienden a sustraerse cada vez más del ámbito penal y se van reconduciendo en Europa hacia el ámbito de la sanción civil o administrativa. Sin embargo, respecto a la incitación al odio, a la violencia o a la discriminación, sí que hay un claro interés en que se penalicen estas conductas, y de hecho hay normativa de la Unión Europea al respecto<sup>13</sup>. El problema del derecho español hasta la última reforma del Código Penal de 2015, era que el artículo 510 resultaba ambiguo y el Tribunal Supremo interpretaba que para poder condenar a alguien por incitación al odio tenía que tratarse de una incitación directa y relacionada con hechos concretos; esto es, era necesario

<sup>12</sup> En el informe de delitos de odio que el Ministerio de Interior publica anualmente, aparecen como categorías separadas los delitos antisemitas, los de odio racial y los de odio religioso. No especifica si los de carácter islamófobo se recogen en la segunda o en la tercera categoría. Cfr. en: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas>.

<sup>13</sup> Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 28 de noviembre de 2008 (2008/913/JAI), artículo 1. 1. “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”. Artículo 3. 1. “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en los artículos 1 y 2 se castiguen con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias”.



probar que, como consecuencia de ese discurso, alguien había cometido actos de violencia, de discriminación, etc. Evidentemente lo que esto hacía era condenar al ostracismo el artículo 510 del Código Penal. De hecho, hubo absoluciones de casos muy clamorosos. Tal situación condujo a la reforma del artículo 510 que, para ajustarse más claramente a las resoluciones europeas<sup>14</sup>, pasó a redactarse castigando penalmente a quienes “*públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, parte del mismo o contra una persona determinada*” por razón, entre otras, de religión o de creencias. Esto es, expresamente se afirma en la nueva redacción que la incitación puede ser indirecta<sup>15</sup>.

Mientras que los países europeos sancionan en todo caso las expresiones que incitan al odio, la discriminación o la violencia y, en algunos casos, las ofensas a los sentimientos religiosos, la situación es distinta en los países del mundo islámico. Ahí, como he afirmado, existe una mayor sensibilidad hacia el respeto a las creencias, el problema es que en ocasiones se limitan no sólo los atentados a los sentimientos religiosos, sino también las críticas respetuosas hacia el islam. Traía algunos casos de abusos en esta materia pero no dispongo de tiempo para exponerlos (piensen, por ejemplo, en la aplicación de las leyes antiblasfemia en Paquistán<sup>16</sup>).

## 6. LA POSTURA ESTADOUNIDENSE EN CONTRASTE CON LA EUROPEA: DOS MODOS DISTINTOS DE PROTEGER LOS POSTULADOS DEMOCRÁTICOS

En la última parte de mi intervención quería, también brevemente, hacer una matización. Aunque me he referido a la postura occidental, en el mundo occidental conviven dos posturas diferentes. Y no me gustaría terminar sin decir algo sobre la postura estadounidense que, en este punto, se aparta no solo del mode-

<sup>14</sup> Concretamente a la Decisión Marco citada en la anterior nota.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión ver Z. Combalá, «Los conflictos entre libertad de expresión y religión: Tratamiento jurídico del discurso del odio», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 31, 2015, pp. 355-379.

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, en el Informe de Amnistía Internacional Pakistan: *As Good as Dead: The Impact of the Blasphemy Laws in Pakistan*, en: <https://www.amnesty.org/en/documents/asa33/5136/2016/en/>.



lo europeo sino también del derecho internacional. Estados Unidos introduce reservas a los preceptos de los convenios internacionales que restringen el *hate speech*; por ejemplo, al artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La comparación entre Estados Unidos y la Unión Europea tiene gran interés porque son dos aproximaciones distintas a este conflicto que parten de dos concepciones de la democracia. Aunque no disponemos de tiempo para matizar, podría señalarse que el mayor peligro para la democracia en casos de *hate speech* viene, en Estados Unidos, de limitar la libertad de expresión que es cuasi sagrada. En Europa, como hemos visto, el discurso que incita a la violencia, el odio o la discriminación merece restricción por atentar contra la convivencia democrática.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró inconstitucional la prohibición que se hizo de una manifestación en el caso *Skokie*<sup>17</sup>. *Skokie* era una población estadounidense de 70.000 habitantes, donde más del 50 % de sus habitantes eran judíos, muchos de ellos supervivientes de campos de exterminio. Un grupo de inspiración neonazi solicitó autorización para hacer una manifestación en esa población, portando esvásticas y otros signos nazis. Se prohibió la manifestación y el Tribunal Supremo consideró que esa prohibición vulneraba la Primera Enmienda de la Constitución americana que reconoce la libertad de expresión.

Detrás de la tutela privilegiada que se hace en Estados Unidos a la libertad de expresión se encuentra, en parte, una visión distinta de la neutralidad. Podría afirmarse que el derecho de Estados Unidos es “más neutral” que el europeo, en el sentido de que la neutralidad le impide entrar a hacer cualquier juicio de valor y le lleva a considerar que todos los discursos merecen la misma protección jurídica. Esto se refleja, por ejemplo, en el siguiente texto de un constitucionalista de la Universidad de Harvard, que sostiene: “*Si la Constitución obliga al gobierno a permitir que la gente se manifieste, hable, o escriba a favor de la paz, la hermandad y la justicia, entonces debe también exigir al gobierno permitirles expresarse para defender el odio, el racismo e incluso al genocidio*”. Los dos discursos están al mismo nivel, es decir, la neutralidad impide valorar contenidos, sobre todo si son contenidos que tratan sobre cuestiones de interés público, como la religión, la

<sup>17</sup> *Skokie v. National Socialist Party of America*, 373, N.E. 2nd 21 (III, 1978).



raza, el matrimonio entre personas del mismo sexo, etc. Cuando el debate es de cuestiones de interés público, ahí la libertad de expresión es prácticamente ilimitada. Reproduzco dos citas del Tribunal Supremo de Estados Unidos; la primera sostiene que “*todas las ideas referentes a cuestiones de interés público, no importa cuán ofensivas o nocivas sean, disfrutan del mismo estatus ante la Constitución*”<sup>18</sup>. La segunda afirma que “*no existen ideas falsas*”<sup>19</sup>.

Esto es, Estados Unidos sostiene una idea de democracia mucho más formal que la europea, donde sí hay ciertos valores sustantivos: la idea de la dignidad de la persona, la defensa de los derechos humanos (no meras libertades), etc. No podemos en este foro abordar a fondo la cuestión, pero quiero al menos apuntar que el planteamiento americano tiene una impronta liberal individualista, marcado por la defensa del libre mercado, también de las ideas; es decir, las ideas se discuten y refutan en el libre mercado, no cabe una censura previa desde el derecho. No sé si, con una visión algo ingenua, se entiende que las ideas nocivas quedarán derrotadas, y las buenas vencerán. Se sostiene, además, que los resultados de censurar ese tipo de discursos serían peor, pues contribuirían a incrementar el odio.

## 7. SÍNTESIS CONCLUSIVA

La última diapositiva que proyecto es la síntesis de las tres posturas que he descrito y que creo que tiene mucho que ver con los tres modos distintos de entender los derechos humanos.

En primer lugar, la postura de Estados Unidos que, como ya hemos dicho, es una postura liberal-individualista: los derechos como esferas de autonomía, de libertad individual. En segundo lugar, la postura europea que es más conceptual: los derechos humanos no son pura autonomía sino una autonomía sustentada sobre la dignidad humana. La neutralidad no impide en Europa reconocer unos valores sustantivos –a diferencia de la postura de Estados Unidos–, pero no son valores religiosos o confesionales, y eso marcaría la diferencia con la tercera postura, que sería la postura procedente fundamentalmente del mundo islámico,

<sup>18</sup> Ver un comentario en: Donald A. Downs, Skokie Revisited: «Hate Group Speech and the First Amendment», en *Notre Dame Law Review*, vol. 60, 1-1-1985, p. 633.

<sup>19</sup> *Gertz v. Robert Welch* (1974), 418 U.S. 323.



o promovida en los foros internacionales por la OCI, en la que la *Sharia*, la ley islámica religiosa, sería la que define los valores que sustentan los derechos.

La idea de un derecho natural –usando la terminología clásica– es propia de la tradición jurídica occidental y está menos presente en el islam; si no tenemos unos valores éticos naturales, si los únicos valores son los religiosos, entonces si “quitamos la religión” –si “quitamos la *Sharia*”–, nos quedamos sin valores. Es de algún modo lo que desde el mundo islámico se achaca a las sociedades occidentales, que a su juicio son sociedades que se están quedando sin valores. Muchas gracias.

#### TURNO DE PREGUNTAS

##### 1.ª pregunta:

Mi pregunta se la formulo como experta en derecho islámico. Me gustaría que profundizara un poco en la *Sharia*. Si no recuerdo mal, hay cuatro escuelas jurídicas dentro del islam, cada una con una forma de interpretar el Corán más o menos estricta, y a su vez cada una de ellas tiene infinidad de perspectivas diferentes dependiendo de cada una de las grandes familias musulmanas. Usted ha estado hablando de cómo adaptarnos a estas comunidades islámicas, pero ¿cómo hacerlo en el caso concreto de España, donde mayoritariamente las comunidades musulmanas son marroquíes y argelinas y, en alguna región, paquistanís?, ¿cómo adaptarnos a comunidades totalmente diferentes en España y en el resto de Europa?

##### Ponente:

Contesto a dos cuestiones importantes e interesantísimas, y trataré de hacerlo brevemente. Respecto a la ley islámica, la palabra árabe *Sharia* significa ‘camino’, la vía que han de recorrer los seres humanos para llegar a Dios. Está integrado fundamentalmente por dos fuentes originarias: el Corán, que, como ustedes saben, es para los musulmanes ley revelada por Dios –recoge las revelaciones que Dios hace a la humanidad a través del profeta–, y la *Sunna* o tradición formada por los *hadices*, dichos y hechos del profeta. Esta ley, que para los musulmanes tiene origen divino, sin embargo, además de referirse a asuntos estrictamente religiosos como la oración, el ayuno, etc., también trata sobre cuestiones de organi-



zación de la comunidad islámica –la *umma*–. Así, por ejemplo, existe en el Corán una regulación muy detallada del derecho sucesorio en la que se establece la porción de herencia que corresponde a cada uno en función del grado de parentesco y el sexo. Aborda también cuestiones comerciales como el cobro de intereses, etc. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que las comunidades islámicas, al igual que las judías, no tienen, como la Iglesia católica, una estructura jerárquica o sacramental. Resulta ajena al islam la idea de sacerdocio, de mediación entre Dios y los hombres.

Eso nos lleva al tema de la interpretación en el mundo islámico. A veces se pone el acento en los problemas de los derechos de la mujer o de la libertad religiosa en el islam, pero la raíz del problema, las dificultades de índole jurídica, están en la interpretación de la ley islámica. En la Iglesia católica, el magisterio tiene una autoridad sacramental y puede hacer una interpretación auténtica. En el islam hay una autoridad pero es una autoridad moral, que es la que poseen aquellas personas de recta conducta y conocedoras del derecho islámico; su interpretación tiene más valor que la que haga otra persona, pero no es una interpretación auténtica, esto explica que haya interpretaciones muy diferentes en todo el mundo islámico (por ejemplo, acerca de la obligatoriedad para la mujer musulmana de llevar cubierta la cabeza).

En los primeros siglos del islam se admitió esa diversidad de interpretaciones. Es la época en la que aparecieron las cuatro escuelas a las que usted se ha referido. Pero hay un momento, en torno al siglo X, en el que se afirma que la puerta de la interpretación (*ijtihad*) ha quedado cerrada. Se produce entonces un estancamiento en la interpretación del derecho islámico. Actualmente hay estudiosos del derecho musulmán que están propugnando la necesidad de avanzar en una interpretación contextualizada de las fuentes. Si en el siglo XI, ante la expansión del islam, el peligro para la *Sharia* era la diversidad de interpretaciones, en el siglo XXI el peligro para la *Sharia*, para su supervivencia, es la ausencia de interpretación o la aplicación literal de una ley promulgada en el siglo VII. Por eso, a mi modo de ver, el principal reto del islam está ahí, en la necesidad de profundizar desde el estudio del derecho islámico en la viabilidad de una interpretación que, sin dejar de ser islámica, se adapte a los actuales contextos sociales. Hay muchas corrientes y pensadores musulmanes que se mueven en esta línea, pero no siempre reciben apoyo y, en ocasiones, han sido declarados apóstatas (es, por ejemplo, el caso del profesor Nasr Hamid Abu Zayd de la Universidad de El Cairo).



En cuanto al reto de Occidente, que es la otra cuestión que usted planteaba, se trata de acomodar la diversidad, en concreto de integrar las comunidades islámicas. Lo primero que querría afirmar es que acomodar, integrar, no es uniformar, la uniformidad es discriminatoria porque no tiene en cuenta las diferencias. ¿Cómo integrar? Les voy a poner un ejemplo que es el de la enseñanza de la religión en la escuela pública.

En la escuela pública —está previsto en España aunque en algunas comunidades autónomas no se aplica—, los padres musulmanes que lo deseen pueden hacer que sus hijos reciban clase de religión islámica, tras un currículum publicado en el BOE del pasado 18 de marzo de 2016. Si ustedes se lo leen, verán que es un currículum perfectamente adaptado a los valores constitucionales de España, pensado para que los niños aprendan la religión islámica de modo compatible y ligado a los valores del país en el que el que residen, por un profesor que tiene la titulación requerida y en un entorno para el niño de escolarización, de educación normalizada. La percepción es muy diferente a la de si ese niño únicamente oye hablar de religión islámica, en un oratorio-mezquita camuflado, por ejemplo, en un garaje, a un imam que a lo mejor solo habla árabe, y que le da un discurso que no tiene ningún punto de conexión con los otros inputs que ese niño recibe. ¿Cómo se realiza, o cómo se coopera mejor a la integración? Yo pienso que desde el primer planteamiento. Lo mismo sucede con la autorización de lugares de culto. Si un musulmán, para practicar su culto, tiene que trasladarse a un polígono industrial en el extrarradio, va a percibir su religión como algo que no es compatible con su identidad ciudadana, mientras que si en su barrio tiene un local normal donde puede realizar sus oraciones, con las condiciones por supuesto que la normativa de urbanismo considere necesarias para garantizar la seguridad, la salubridad, etc., como cualquier otra construcción de esa índole, posiblemente esa persona perciba más fácilmente su identidad religiosa como compatible con su identidad ciudadana y no se vea en la tesitura de tener que renunciar a una de ellas, que es el gran drama de parte de la población musulmana en Europa y que termina por conducir a la radicalización.

