

SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA. CUANDO LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN SE CONVIERTE EN *HATE SPEECH*

THE INFORMATION SOCIETY AND RELIGIOUS FREEDOM.
WHEN FREEDOM OF EXPRESSION BECOMES HATE SPEECH

Diego Torres Sospedra^a

Fechas de recepción y aceptación: 29 de marzo de 2017, 16 de noviembre de 2017

Resumen: El artículo tiene como objeto llevar a cabo un amplio análisis en torno a la problemática originada por los denominados “delitos de odio”, centrándose en la figura del *hate speech* o discurso de odio, y las implicaciones que este puede tener en la relación entre dos derechos fundamentales, a saber, el derecho a la Libertad de expresión y el derecho de Libertad religiosa.

A lo largo del texto se exponen los amplios conceptos a los que se hace referencia, para así comprender mejor un conflicto más aparente que real, en el que el derecho no resulta ni la más idónea ni la única herramienta por implementar. La solución a la tensión suscitada no reside en una cuestión de límites sino en el respeto a la dignidad humana, siendo indispensable para ello un correcto entendimiento de ambos derechos fundamentales y de su fundamento.

Palabras clave: globalización, delitos de odio, discurso de odio, libertad de expresión, libertad religiosa, sentimientos religiosos, conflicto aparente, dignidad humana.

^a Facultat de Derecho. Universitat de València.

Correspondencia: Calle Pintor Sorolla, 54, pta. 3. Sedaví (Valencia). España.

E-mail: dtorres.invest@outlook.es



Abstract: The purpose of this article is to carry out an extensive analysis of the problematic caused by so-called “hate crimes”, focusing on the “hate speech” figure and the involvement that this can have in the relationship with two fundamental rights, namely, the right to freedom of expression and the right to religious freedom.

The text discusses broad concepts in order to gain a better understanding of a conflict that is more apparent than real, in which the law turns out to not be the most appropriate but also not the only tool to be implemented. The solution to this raised tension does not lie in a question of limits, but in respect for human dignity and a correct understanding of both fundamental rights and their basis is essential for this.

Keywords: globalization, hate crimes, hate speech, freedom of expression, religious freedom, religious feelings, apparent conflict, human dignity.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, resulta extraño el día en el que en cualquier medio de comunicación no se da noticia de hechos y circunstancias en las que se encuentran involucradas la libertad de expresión y, en no menor medida, la libertad religiosa. Si observamos afinadamente todas y cada una de las informaciones con las que nos encontramos a diario, podemos observar que gran cantidad de ellas tienen como protagonista el hecho religioso; quién diría que, en nuestra sociedad, cada día más secularizada, el hecho religioso centralizara tantas noticias y sucesos, en el plano interno como internacional.

Esta centralidad indudable del hecho religioso, desgraciadamente, no siempre resulta pacífica. Y no es que esta situación resulte insólita en nuestro país, pues quién podría afirmar que haya habido etapa de nuestra historia en la que el factor religioso no haya sido objeto de disenso y, por qué no, de algún que otro dislate. Sin embargo, el momento presente muestra un cariz que sobrepasa los límites de lo socialmente recomendable para una pacífica convivencia; de forma indubitable en nuestro país, y qué decir tiene en el actual contexto internacional.

Estamos siendo testigos de cómo, a través de la libertad de expresión, en todas y cada una de sus múltiples y variadas manifestaciones, se transmiten mensajes en los que se manifiesta intolerancia, radical rechazo y preocupante demonización



de determinados grupos sociales con base en diferentes factores; en el caso que nos interesa, el elemento religioso. Ante esto, libertad de expresión y libertad religiosa se contraponen en una peligrosa pugna que, lejos de quedar en teóricos ejercicios de cátedra, está costándole a nuestra sociedad democrática su pacífica convivencia.

Esta compleja e indeseable, pero cierta situación, se está viendo magnificada por la incorporación a nuestras vidas de las redes sociales y medios de comunicación, donde a tan solo un *click* tenemos acceso ya no solo a recibir información, sino también a participar como sujetos activos de la comunicación; haciendo llegar nuestro mensaje a los rincones más remotos de un planeta que es ya una “aldea global”.

Solemos tener una doble vara de medir. Por un lado, se criminaliza el racismo, la homofobia, el antisemitismo, el negacionismo; no nos permitimos reírnos del hambre, o de la pobreza, las violencias de género o los enfermos. Hay temas intocables. Mientras que por otro lado excusamos todo tipo de injurias a la religión: todo se considera permitido.

El presente trabajo, pese al atractivo interés de tan sugerente debate, va a apartarse en la medida de lo posible de desmesuradas consideraciones de carácter social o político, centrándose en el análisis jurídico de la cuestión, *de iure condito*, que no es otra que la posición de estos dos derechos humanos fundamentales, que a menudo aparecen en colisión, pero que son del todo punto reconciliables. La cuestión, preñada de sombras y claroscuros cual barroco retrato, por su inabarcable extensión, la acotaremos a ver cómo dentro de los delitos llamados “de odio”, una modalidad de los mismos, el “discurso de odio”, tiene su impacto en la libertad religiosa.

Deviene elemento esencial del debate llevar a cabo la necesaria delimitación de cuándo la libertad de expresión se convierte en *hate speech*, cuándo un discurso amparado por el citado derecho fundamental se convierte en un “delito de odio”, en suma, cuándo un discurso se desnuda de legitimidad atacando al otro en lo más íntimo de su ser, menoscabando su libertad religiosa, su dignidad en definitiva.

Por ello, conviene dejar sentado, aunque de una manera sucinta, qué podemos entender por “delitos de odio” y en qué marco normativo y jurisprudencial nos movemos. Para más tarde analizar, con mayor detenimiento y esmero, el encaje en nuestra legislación nacional de dos derechos humanos fundamentales,



el derecho de libertad de expresión y el derecho de libertad religiosa, reconocidos por nuestro texto constitucional y por todos los instrumentos internacionales en materia de protección de derechos y libertades, que muchas veces resultan intencionalmente enfrentados, contrapuestos, incluso posicionados como contrapuntos mutuos y enemigos excluyentes, en vez de como fundamentos del sistema democrático en el que vivimos. Son dos derechos que, pese a parecer enfrentados, este pequeño trabajo tiene como finalidad presentarlos no como reconciliados, pues nunca estuvieron realmente enfrentados, sino como elementos necesarios e insustituibles en mutuo sostén.

1. DELITOS DE ODIO

1.1. *Concepto*

José Ortega y Gasset dijo que odiar a alguien es “*sentir irritación por su simple existencia. Sólo satisfaría su radical desaparición*”¹.

Cuando hablamos de “delitos de odio” no nos encontramos ante un concepto jurídico, esto es, no estamos haciendo referencia a un *nomen iuris*², ya que ninguna norma define qué ha de entenderse necesariamente por “delitos de odio”, ni tampoco el legislador nacional, en este caso, nos enuncia en nuestro Código Penal, con esa denominación, ninguna parte del mismo ni tampoco nos proporciona enumeración alguna de qué tipos penales se encuadran dentro del concepto³. Por tanto, nos encontramos ante una acepción doctrinal, que por otro lado resulta absolutamente aceptada, que no por ello unánimemente pacífica.

La conceptualización de este por parte de la doctrina no resulta exenta de controversia⁴.

¹ Cf. ORTEGA Y GASSET, J., *Estudios sobre el amor*, Madrid, 1995.

² En EE. UU. sí que podemos encontrar una ley específica sobre “delitos de odio”.

³ Cf. GRANDE MARLASKA, F., «Delitos de odio en nuestro Código Penal, Conferencia impartida en Instituto Canario de Igualdad, Gobierno de Canarias, 5.1.2016», en <https://www.youtube.com/watch?v=XcC6b4ASjO4> (consulta 11.9.2016).

⁴ Cf. HALL, N., *Hate Crime*, Nueva York 2013.



Un normal y ordinario entendimiento de las expresiones “delitos de odio” o *hate crimes* nos empuja a entender estos como el concepto que comprende todos aquellos sucesos cometidos por cualquier forma de intolerancia hacia el que es diferente⁵. Esta comprensión de los conceptos nos lleva a pensar, razonablemente, que nos encontramos ante una cuestión, la de la conceptualización, sin demasiada ni aparente dificultad, pero pese a ello resulta llamativo que dicho concepto no haya encontrado acomodo, y muchos menos de manera uniforme, incluso en la actualidad, tras décadas desde su génesis, en los cuerpos punitivos de la mayor parte de los Estados de la Unión Europea. Lo cierto es que existen distintas definiciones en torno al concepto.

Algunos autores afirman que lo que caracteriza los “delitos de odio” es el prejuicio que reviste la acción típica; otros, en cambio, entienden que lo que realmente caracteriza este tipo de delitos es la pertenencia de la víctima o víctimas a un determinado grupo social odiado por el perpetrador y no el odio en sí⁶.

Boeckman y Turpin-Petrosino los entienden como “*expresión desafortunada de estereotipos negativos, prejuicios, discriminación y tensiones entre los grupos*”⁷.

Lo cierto es que la OSCE define los “delitos de odio” como actos delictivos cometidos por razón de los prejuicios y la intolerancia; entendiendo que responde a este concepto cualquier conducta prohibida por el derecho penal (infracción penal de base) motivada por el prejuicio hacia una característica específica de la víctima (prejuicio subyacente)⁸.

Para la citada Organización Internacional es el elemento de animadversión hacia el colectivo, esto es, el prejuicio, lo que distingue los “delitos de odio” de otro tipo de delitos. Suponen la forma de prejuicio más extrema.

⁵ Cf. MARTÍN HERRERA, D., «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el “Hate Speech se convierte en “Hate Crime”», en *Revista Pensamiento Penal* (15.7.2014) p. 2, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39753-constitucionalidad-del-discurso-del-odio>, (consulta 15.8.2016).

⁶ Cf. GERSTENFELD, P. B. *Hate Crimes: Causes, Controls, and Controversies*, Londres, 2004, p. 9.

⁷ Cf. BOECKMAN, R.- TURPIN-PETROSINO, C., «Understanding the Harm of Hate Crime», en *Journal of Social Issues* 58/2 (2002) p. 222.

⁸ Cf. OFICINA PARA LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS Y DERECHOS HUMANOS (ODIHR), ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN EUROPA (OSCE), ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE FISCALES (IAP), “*Prosecuting Hate Crimes: a practical guide*” (2014).



Como notas comunes a todos los “delitos de odio” podemos encontrar que suponen una vulneración de los derechos fundamentales, transmiten un mensaje y tienen como objetivo la división de comunidades.

Con ello, podemos ver que este concepto no surge de unas circunstancias sociales inéditas en la historia humana, ya que resulta innegable que actos como la persecución romana de los cristianos, o de una forma más reciente el genocidio nazi, fueron actos prototípicos dentro de lo que ahora denominamos “delitos de odio”.

1.2. *Fundamento de su punición*

El fundamento esencial de su reproche penal es el lacerante ataque al principio de igualdad que provocan, a la dignidad de la persona⁹, en lo que es por definición una abyecta consecuencia y manifestación de la intolerancia. Es esta la razón por la que se convierten en tema de recurrente preocupación, ya no solo para los Estados y las organizaciones internacionales, como señala la OSCE, sino para toda la sociedad.

En palabras de Dolz Lago “*la necesidad del castigo y punición de los delitos de odio no sólo responde a un imperativo ético-democrático sino a una imperiosa necesidad de higiene penal democrática*”¹⁰.

Y es que en las anteriores tres notas que hemos sucintamente enunciado se encuentra el eje de estos delitos: niegan la dignidad de la persona, atacan el principio de igualdad ante la ley y causan estigma en la víctima. Además, transmiten un mensaje que tiene como fin amedrentar al colectivo o comunidad de la que es parte integrante la víctima “*como si de una pandemia se tratara*”¹¹; una suerte de advertencia violenta de una mayor violencia.

⁹ En este sentido, Cf. MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 60 (2015) p. 29.

¹⁰ Cf. DOLZ LAGO, M. J., «Los delitos de odio en el código penal tras la modificación operada por lo 1/2015. Breve referencia a su relación con el delito del art. 173 CP», (2016) p. 4, en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20St%20Dolz%20Lago,%20Manuel.pdf?idFile=21279b48-6ad7-42fb-b2e2-90d716dd3503, (consulta 1.10.2016).

¹¹ Cf. MARTÍN HERRERA, D., «Constitucionalidad del Discurso de Odio...» *cit.* p. 2.



1.3. Marco normativo: tipos de leyes

El derecho positivo, sin duda, deviene la concreción máxima del rechazo o repugnancia social hacia este tipo de conductas. Por lo que, llevadas a cabo las anteriores consideraciones en torno al concepto y fundamento de su punición, debemos acercarnos al derecho positivo, al marco normativo en el que nos movemos. Para este análisis he seguido el informe *Prosecuting Hate Crimes: a practical guide* elaborado por la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y la Asociación Internacional de Fiscales (IAP) y publicado en el año 2014.

Siguiendo la praxis y el acontecer de los distintos Estados que llevan a cabo una tipificación de este tipo de conductas, podemos englobar las distintas normas en: normas sustantivas y normas de agravación de la penalidad.

1.3.1. Normas sustantivas

Una norma de carácter sustantivo es una disposición específica inserta dentro de un texto normativo, que en este caso contempla el prejuicio subyacente como elemento constitutivo de la definición legal del delito. En estas normas de naturaleza sustantiva, la penalidad es sensiblemente mayor que cuando se lleva a cabo el acto penado, pero sin la motivación que prevé la norma sustantiva. Prueba de ello es el caso del Reino Unido, en el que las agresiones graves por motivos religiosos o raciales constituyen un delito diferenciado de la agresión en la que no se da la motivación antes citada.

El informe OSCE habla además de la existencia o la clasificación de normas sustantivas en otro grupo, en aquel grupo de normas sustantivas en las que se lleva a cabo la definición de un tipo delictivo cuando éste lleva aparejada ya sean amenazas graves de lesiones o violencia contra una persona o grupo de ellas, por razón de las características protegidas que veremos a continuación. A nuestro juicio, dentro de la clasificación “normas sustantivas” caben ambas, resultando esta última un tanto artificiosa, si bien es cierto que todos los sistemas penales no son iguales y que este comentario intenta aportar una visión general no circunscrita a España.



1.3.2. Normas sobre agravamiento de la pena

Nos encontramos aquí con lo que conocemos como “circunstancias agravantes”, que no son más que una serie de circunstancias tasadas por el legislador penal que llevan aparejado un incremento de la pena prevista en la infracción penal de base, en román paladino: cuando se lleva a cabo un tipo delictivo concreto y además se realiza como consecuencia de un prejuicio, previsto este en la agravante, cuya aplicación incrementará la pena dispuesta.

Conviene recordar que el agravamiento puede tener carácter específico, esto es, pudiendo solo aplicarse a algunos delitos previstos o, por el contrario, tener carácter general, es decir, pudiéndose aplicar dicha agravante a todo delito¹².

Podemos encontrar circunstancias agravantes de este tipo en países como Francia, Georgia, Italia, Luxemburgo, Suecia, Ucrania o España.

Concretamente, en nuestro país, encontramos el art. 22.4 de nuestro Código Penal, situado sistemáticamente en la parte general del mismo; Cap. IV, Título I, Libro I, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Son circunstancias agravantes:

4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad” (cf. Art. 22 CP).

1.4. Características protegidas

Las leyes en las que se prevén “delitos de odio”, por lo general, contienen una serie tasada de características a proteger; que a la postre, no son las mismas en todos los países.

Pese a estas diferencias, del todo lógicas, entre las distintas legislaciones nacionales, existe una serie de características protegidas comunes a todas, como son

¹² Conviene además señalar que, por su ubicación en los cuerpos punitivos, las agravantes generales quedan dispuestas en las partes generales de los códigos, y las específicas se suelen ver en el artículo siguiente a la llamada “infracción de base”.



la raza, la nacionalidad y la religión. Sin perjuicio de que existan otras muchas características protegidas, como son el sexo, la orientación sexual, identidad de género o la discapacidad.

Pero no todo termina con la enumeración de las características o rasgos protegidos, a continuación entra en juego el significado que demos a cada una de ellas, con la complejidad añadida de que muchas de las legislaciones no aportan definiciones a dichos conceptos, algo que dificulta su aplicabilidad efectiva.

Parece interesante llevar a término unas brevísimas notas en torno a algunas de estas características, a título ilustrativo.

1.4.1. La raza

Cuando hablamos de “raza” nos referimos a grupos de personas que se consideran singulares como consecuencia de sus características físicas. Concepto, el de “raza”, que responde a una construcción social. Por otro lado, es controvertido que la comunidad internacional repudie toda teoría basada en la superioridad racial, algo afortunadamente superado¹³.

Entre los muchos instrumentos internacionales que llevan a cabo referencias a esta cuestión, resulta clarificadora la definición de “discriminación por razón de raza” que encontramos en el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas (ONU) *sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial*, como

*“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”*¹⁴.

¹³ Cf. «Declaración de Durban y plan de acción, Conferencia Mundial contra el Racismo», preámbulo, 2001, en <http://www.un.org/WCAR/durban.pdf>, (consulta 3.10.2016).

¹⁴ Cf. «Adhesión de España al Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, con una reserva a la totalidad del artículo XXII (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia)», en *Boletín Oficial del Estado* (= BOE) 118 (17.5.1969) pp. 7462-7466.



1.4.2. Etnia, origen nacional y nacionalidad

Términos como *etnia*, *origen nacional* o *nacionalidad* pueden solaparse con el de *raza*; no obstante, en muchas leyes nacionales, se utilizan además del de *raza* y adquieren significados más concretos.

Un grupo “étnico” se distingue por una serie de características, como la religión, cultura, historia o lengua específicas o un origen geográfico determinado. Por grupo “nacional” pueden entenderse dos cosas: en sentido estricto, se refiere al concepto jurídico ligado a la ciudadanía, o “nacionalidad”, que refleja el vínculo jurídico entre el Estado y el particular, sin denotar necesariamente un origen étnico; en sentido amplio, también puede significar un “origen nacional”, que refleja la integración cultural en un grupo nacional que puede estar vinculado a un país distinto del de la propia nacionalidad.

1.4.3. Xenofobia

La Real Academia Española de la Lengua entiende por *xenofobia* la fobia a los extranjeros. Un entendimiento general del término nos lleva a ver en este una actitud contraria u hostil hacia el que es considerado “extranjero”. Este móvil se ve incrementado con fuerza en situaciones de crisis económica o en aquellos momentos de repunte de la llegada de extranjeros. En la Europa actual, el fenómeno de los refugiados es paradigma y sustrato de estas situaciones, en las que, además, el elemento político desempeña un papel nada secundario.

1.4.4. Religión y creencias

En cuanto a la religión y las creencias, en el punto quinto de este trabajo se dará cumplida respuesta a la cuestión. En este momento solo conviene dejar apuntado que estas dos características protegidas lo están en gran parte de los instrumentos, a todos los niveles, relativos a “delitos de odio”¹⁵.

¹⁵ En 2011, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 66/167, que condena los actos de violencia contra personas o bienes debidos a su confesión religiosa y exhorta a los Estados a proteger los lugares de culto que puedan ser objeto de destrucción o vandalismo.



1.4.5. Sexo y género

Cuando hablamos de “sexo” y “género”, pese a hacer referencia a conceptos en íntima conexión, ambos no responden a la misma definición, es decir, entendemos por “sexo” aquellas características de naturaleza biológica del hombre y de la mujer, mientras que “género” es esa suerte de concepto de naturaleza social referido a las ideas de feminidad y masculinidad. Por tanto, nos encontraremos ante un “delito de odio” cuando la actividad delictiva sea llevada a cabo por razón del sexo o como causa del comportamiento en esta materia.

Estas características protegidas hemos de tener en cuenta que pueden ir de la mano de otras, esto es, puede perpetrarse un “delito de odio” por razón de la religión y del género simultáneamente. Cuando hablamos de “delitos de odio”, el móvil en muchas ocasiones responde a varias de las características protegidas.

1.5. *Aspecto subjetivo*

En cuanto al autor de un “delito de odio”, el abanico es muy amplio; sería una equivocación, posiblemente por un mal entendimiento del concepto, circunscribir como autores únicos a miembros de bandas o movimientos extremistas del tinte que sean; cualquier persona puede ser sujeto activo de un “delito de odio”.

Por lo que respecta a los sujetos pasivos, podemos encuadrarlos dentro del colectivo odiado, frente al que se ejercita el prejuicio delictivamente. Existen también víctimas por relación, esto es, puede aparecer una víctima o sujeto pasivo del acto delictivo en el que no residan las características odiadas y que ha sufrido el acto en virtud de su relación con otra u otras personas contra las que el autor sí que tiene un verdadero prejuicio.

Es importante señalar que no solo pueden cometerse contra personas, sino que también podemos ver “delito de odio” cometidos contra bienes, esto sí, asociados al colectivo odiado. Dicha acción contra los bienes debe darse evidentemente porque son de ese colectivo, al que con esa acción, además del perjuicio propio de la acción en los bienes, se envía un mensaje de rechazo. La variedad en “delito de odio” es, en suma, tan extensa como nuestro Código Penal.



1.6. Bien jurídico protegido

Como no podemos analizar cada tipo concreto, daremos una amplia respuesta a la cuestión, diciendo que en el caso de los “delito de odio”, como otros que atacan bienes jurídicos supraindividuales o de esta dimensión, el orden social democrático no enmarca el derecho protegido sino que es el mismo objeto de protección el bien jurídico protegido¹⁶.

1.7. Conductas típicas en la legislación penal española: especial referencia al art. 510 CP

Debido a que una enumeración –y aunque fuera breve exposición de cada una de las conductas típicas desbordaría cuantitativamente este trabajo– nos limitaremos a citar algunos de los artículos de nuestro Código Penal en los que podemos ver claramente “delito de odio” (arts. 170, 174, 314, 510, 510 bis, 511, 512, 515, 522, 523, 524, 525, 526 y 607 CP, entre otros).

Además, hemos de tener en cuenta que, a la luz de la definición que hemos intentado apuntar anteriormente, todo delito puede ser de odio, ya que el elemento que convierte un delito “ordinario” en “delito de odio” es que el autor elige a la víctima en función de los prejuicios que alberga con respecto al grupo al que esta pertenece o guarda relación.

Este trabajo, si debemos circunscribirlo a un tipo delictivo concreto de nuestro ordenamiento, se basa en el art. 510 del Código Penal que, cuando hablemos de “discurso de odio” en la legislación nacional española, abordaremos con detalle.

2. DISCURSO DE ODIO

El denominado “discurso de odio” o *hate speech*¹⁷, en su vertiente antirreligiosa o de incitación a la intolerancia u odio religioso, es el objeto esencial del presente

¹⁶ Cf. DOLZ LAGO, M. J., «Los delitos de odio...» *cit.* p. 5.

¹⁷ Resultan de sumo interés las reflexiones y el análisis de los términos llevados a cabo por Cf. VIVES ANTÓN, T., «Sobre la apología del terrorismo como discurso de odio», en *Cuadernos de la Cátedra de*



trabajo. Para conocerlo con detalle hemos de saber primero qué denominamos como “discurso de odio”, para más tarde analizar la especificidad propia de este cuando se adorna con el calificativo *antirreligioso*.

2.1. *Concepto*

Al igual que cuando hablábamos al principio del concepto “discurso de odio”, cuando hablamos de *hate speech* no estamos haciendo referencia a un concepto normativo, ni tampoco la doctrina ha proporcionado un concepto universalmente aceptado.

Compartimos la sistematización del politólogo B. Parekh¹⁸, que no es otra que la que enunciábamos cuando hablábamos de “discurso de odio” en general;

- Ha de delimitar a un individuo o grupo de individuos a partir de ciertas características: por lo que será inane el que designe a la universalidad, o incluya al propio actor del mismo, o que se refiera a un grupo abstracto o de tal indeterminación que sea imposible una acción concreta contra el mismo (musulmanes, judíos, indigentes, homosexuales, etc.)¹⁹.
- Estigmatiza a su objetivo adjudicándole una serie de características consideradas indeseables.
- Desplaza al grupo fuera de las relaciones sociales normales.

En términos generales, podemos decir que *hate speech* es cualquier forma de expresión cuya finalidad es propagar, incitar, promover o justificar el odio basado

Democracia y Derechos Humanos. Libertad de expresión y discursos del odio, ed. REVENGA SÁNCHEZ, M., Madrid 2015, pp. 34-49.

¹⁸ Cf. PAREKH, B., «Hate speech. Is there a case for banning?», en *Public Policy Research* 12 (2006) pp. 213 y ss.

¹⁹ Resulta interesante el caso de Marine Le Pen, que públicamente comparó los rezos callejeros de los musulmanes con la ocupación de Francia por los nazis, en el que la justicia francesa consideró que no se refería a todos los musulmanes, sino solo a una minoría de ellos, quedando absuelta. Disponible en: <http://www.rtve.es/noticias/20151215/marine-pen-absuelta-juicio-incitacion-odioreligioso/1274204.shtml>.



en la intolerancia²⁰. Es el reverso de la libertad de expresión²¹. No queda amparado por esta²².

2.2. Instrumentos internacionales

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²³, en su art. 20 habla de “*incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia*”, mientras que la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial habla de “*difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial*”²⁴.

De estas dos aproximaciones conceptuales podemos entrever un concepto amplio de *hate speech*.

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial nos vienen a decir que existirá incitación al odio o la intolerancia desde que se cause un “ánimo pasivo”, sin necesidad de que se vaya a llevar a cabo una acción.

Y es que la incitación suele englobar tres aspectos diferentes²⁵:

²⁰ En ese sentido se pronuncian, entre otros documentos, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa 97 (20), de 30 de octubre de 1997, sobre *Hate speech*, y la Recomendación núm. 7 de la Comisión Europea contra el racismo y la xenofobia, de 13 de diciembre de 2007.

²¹ Cf. CARRILLO DONAIRE, J. A., «Libertad de expresión y “discurso del odio” religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», en *Revista de Fomento Social* 70 (2015) p. 211.

²² Cf. MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo...», *cit.* p. 29.

²³ Cf. «Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966», en *BOE* 103 (30.4.1977) pp. 9337-9343.

²⁴ Cf. «Adhesión de España al Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ...» *cit.* pp. 7462-7466. Es de destacar que esta última hace referencia a la mera difusión, esto es, nos encontramos con un concepto de incitación al odio de amplio espectro. Será la Recomendación de 13 de diciembre de 2002 sobre los elementos clave de la legislación nacional de los Estados miembros para luchar contra el racismo y la intolerancia la que introducirá como necesario elemento intencional de las conductas.

²⁵ Cf. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, «Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General de 15 de Marzo de 2006, titulada “Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia”: informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/2/6, 20 de septiembre de 2006».



- Incitación a un acto ilegal que se lleva a cabo: un genocidio o un acto de violencia, por ejemplo.
- Incitación a un acto ilegal que no se lleva a cabo nunca, pero que ha creado en la mente del receptor el deseo requerido de realizarlo.
- Creación de un estado de ánimo, de odio, desvinculado de una actividad ilegal concreta. Esta es, en puridad, la incitación al odio.

Otra definición que conviene traer a colación es la que aporta el Consejo de Europa en su Recomendación 97 (20), de 30 de octubre de 1997, que nos dice que *hate speech* es: “cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”²⁶.

Específicamente, también podemos encontrar muchos instrumentos internacionales que tratan la incitación al odio o la intolerancia religiosa.

Aparte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁷, que proscribire toda discriminación o incitación a la discriminación, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948²⁸ nos define qué entiende por genocidio, y en su art. 3 sanciona “la instigación directa y pública a cometer genocidio”. El PIDCP, en su art. 20.2, nos dice que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, a la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Por otro lado, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de Intolerancia y de Discriminación basadas en la Religión o las Convicciones de 1981²⁹, y la Declaración de Viena de 9 de octubre de 1993³⁰ pusieron el acento sobre el preocupante auge del racismo, antisemitismo y xenofobia.

²⁶ Cf. CONSEJO DE EUROPA, «Recomendación (97) 20 sobre discurso del odio, de 30 de octubre de 1997».

²⁷ Hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1948. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 217, A, III, de 10 de diciembre de 1948).

²⁸ Cf. «Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948», en *BOE* 34 (8.2.1969) pp. 1944-1945.

²⁹ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 (Resolución 36/55).

³⁰ Adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.



En el ámbito regional podemos encontrarnos con soluciones diversas como son las aportadas por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950³¹, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969³² y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981³³.

Pero es la Recomendación 1805 de 2007, sobre Blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio contra personas por razón de su religión, la que nos aporta más detalles y donde se hace referencia específicamente a la blasfemia y a los insultos religiosos. Por tanto, estamos ante el texto a nivel internacional que más se aproxima al objeto de estudio.

En ella, como se diría coloquialmente, se “coloca la pelota en el tejado” de los Estados miembros, determinando que serán ellos los que deben considerar qué se considera una ofensa criminal, circunscritos siempre a lo prescrito por el TEDH en su jurisprudencia al respecto.

2.3. Legislación penal europea

En este apartado, después de los muchos instrumentos ya mentados, vamos a hacer una sucinta referencia a lo publicado por la Comisión de Venecia en 2008³⁴. En el estudio, realizado a partir de una encuesta remitida a cada miembro del Consejo de Europa, se llega a una serie de conclusiones:

³¹ Cf. «Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente», en *BOE* 243 10.10.1979) pp. 23564-23570.

³² Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

³³ Aprobada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya, el 27 de julio de 1981.

³⁴ Cf. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (COMISIÓN DE VENECIA), «Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred, Study no. 406/2006». Adoptada por la citada Comisión en la sesión plenaria nº 76, en Venecia 17-18 de octubre de 2008.



- No existe un concepto universalmente aceptado de *hate speech* pese a haberse adoptado en dichos Estados normas que prohíben las expresiones calificables como “incitadoras de odio”³⁵. El antiguo delito de blasfemia solo existe actualmente en unos pocos países³⁶, en cuanto al “insulto religioso” está presente en la mitad de los países miembros, como son Alemania, Portugal, Rusia o España, entre otros. En cuanto a la “incitación al odio” se da como tipo delictivo en todos los Estados menos en Andorra y San Marino. No obstante, en Austria, Chipre, Grecia, Italia y Portugal la ley castiga aquellos actos que dan lugar a violencia o verdadera discriminación, y no solo cuando se promueve el odio.
- No es necesario crear un tipo penal concreto para las ofensas de los sentimientos religiosos como en España es el insulto religioso o el escarnio.
- No es necesaria la imposición de sanciones de tipo penal como causa de un insulto consistente en la denigración de otro por su pertenencia a una determinada religión. Se reitera el carácter de *ultima ratio* de la respuesta penal, y propone como alternativa la reparación en vía civil, con indemnización por daños, a la vez que advierte del peligroso y posible *chilling effect*³⁷.

2.4. Legislación nacional española

Nuestro Código Penal nos presenta en su art. 510 el tipo específico de “discurso de odio” o *hate speech*³⁸, que tras la modificación operada en el mismo por la Ley orgánica de 1/2015, de 30 de marzo ha quedado de la siguiente manera:

³⁵ Cf. PÉREZ MADRID, F., «Incitación al odio religioso o hate speech y libertad de expresión», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 19 (2009) p. 11.

³⁶ Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Italia, Liechtenstein, Países Bajos y San Marino.

³⁷ Podemos definir vagamente este término como el temor a publicar o disuasión a hacerlo por temor a la posible responsabilidad civil en la que se incurra como causa de la publicación. Según la STC 88/2003, de 19 de mayo, “efecto desaliento”. Sobre este efecto como causa de la regulación penal, véase STC 105/1990, de 6 de junio, y STC 287/2000, de 27 de noviembre,

³⁸ La tipificación de este tipo de conductas es alentada por el propio TEDH. En este sentido, ver STEDH *Erbakan c. Turquía*.



Podemos encontrar el tipo básico:

“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten 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, por razones de género, 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, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente 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, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.

Por otro lado, también podemos ver una serie de tipos atenuados:

“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, por razones de género, 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, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución”.*

También encontramos en un tipo atenuado agravado:

“Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos”.

Además de una serie de tipos cualificados agravados:

“3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.



4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”.

Y como cláusula de cierre, el precepto prevé una serie de disposiciones comunes:

“5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

La citada modificación operada³⁹ ha introducido una nueva regulación del “discurso de odio” en nuestro Código Penal, especificando las concretas manifestaciones del mismo. Con esta se castiga el favorecimiento o la incitación directa o indirecta al odio, la discriminación, la violencia u hostilidad por diversos motivos, entre los que se encuentran “*la ideología, religión o creencias*”.

Por otro lado, también castiga la producción, elaboración, posesión, facilitación, distribución, difusión o venta de materiales idóneos para llevar a cabo las

³⁹ Con la finalidad de adecuar la regulación penal a lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 235, de 7 de noviembre de 2007, y a la Decisión Marco 2008/913/JAI. Cabe señalar que con la última reforma, se incorporan al art. 510 CP que estamos analizando, las conductas tipificadas en el art. 607.2 anterior.



conductas descritas anteriormente. Además, castiga la negación, la trivialización grave y el enaltecimiento de los delitos cometidos contra la comunidad internacional, a excepción del derecho de gentes⁴⁰.

Entiendo superada, tras la última reforma, la vaguedad denunciada del art. 510 CP por Alcacer con anterioridad a la misma⁴¹.

En este art. 510 que analizamos, también podemos ver cómo ya se tienen en cuenta, de una manera concreta, las nuevas vías a través de las que se pueden materializar las conductas penadas, como es internet⁴². Además, se prevé una inhabilitación especial que se podrá imponer a aquellos que, habiendo sido declarados culpables de estos delitos, desempeñen determinadas profesiones u oficios en las que pudieran transmitir dichas ideas o mensajes a menores de edad.

Por otro lado, el legislador ha previsto el art. 510 bis, en el que se regula la responsabilidad de las personas jurídicas en estos delitos.

2.5. Bien jurídico protegido

Pese a haber hablado en genérico en la primera parte de este trabajo, de los bienes jurídicos protegidos cuando hablábamos de “delitos de odio”, parece lógico detenernos, ya que vamos a analizar el tipo de una forma más detallada, en llevar a cabo una serie de precisiones sobre el bien jurídico protegido en este art. 510 CP.

La doctrina mayoritaria entiende que aquí el bien jurídico protegido es el derecho a la no discriminación, que podemos ver en el art. 14 de nuestra Constitución de 1978⁴³.

⁴⁰ Cf. GASCÓN CUENCA, A., «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 3 (2015) p. 73.

⁴¹ Cf. ALCACER GUIRAO, R., «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 14/2 (2012) pp. 17-18.

⁴² En este sentido, resulta esclarecedor el estudio de Cf. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «Discurso del odio a través de internet», en *Cuadernos Democracia y Derechos humanos, Libertad de Expresión y discursos de odio*, ed. REVENGA SANCHEZ, M., Madrid 2015¹², pp. 149-183.

⁴³ Viene defendiéndose por un sector mayoritario de la doctrina y jurisprudencia que el bien jurídico protegido en este delito es el derecho a la no discriminación (art. 14 CE) como derecho au-



Entiende Dolz Lago, a la luz de la ubicación del precepto, el actual y sus antecedentes, en el propio Código Penal, entre los delitos contra la Constitución, específicamente los cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, que “su ratio es el correcto ejercicio de los derechos fundamentales a la Libertad de expresión, manifestación y asociación de los arts. 20, 21 y 22 CE”⁴⁴.

Pero no podemos hablar solo de la no discriminación o la protección de la igualdad o la diferencia⁴⁵, y su “todo” genérico “dignidad humana”, al que durante el trabajo hemos hecho referencia, sino que también este art. 510 CP puede llevarnos a pensar que el bien jurídico es más amplio, y acoge los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social⁴⁶.

Se puede decir que aquel será el bien jurídico protegido mediato o indirecto mientras que la no discriminación será el inmediato o directo.

tónimo al derecho a la igualdad y que este bien tiene una dimensión individual y colectiva. En este sentido, Cf. TAPIA BALLESTEROS, P., «Comentario al art. 510 CP», en *Comentarios al Código Penal*, ed. GÓMEZ TOMILLO, M., Valladolid 2010, p.1780. Según Cf. ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, ed. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Valencia 2015², p. 1264, la amplitud de los móviles que se recogen en el nuevo art. 510.1 CP “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, por razones de género, enfermedad o discapacidad”, permite confirmar la tesis de la doctrina mayoritaria que sostiene que el objeto de tutela es el derecho a la no discriminación.

Así, PORTILLA CONTRERAS, G., «La represión penal del discurso del odio», en *Comentario a la reforma penal de 2015*, ed. Quintero Olivares, Pamplona 2015, pp. 717-752; sostiene que “estamos ante un tipo penal pluriobjetivo, que no protege el mismo bien jurídico en todas las conductas descritas. En los casos de participaciones intentadas y de incitación directa e indirecta a la discriminación, se condena la puesta en peligro abstracto del derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil discriminatorio (incitación directa) o el peligro del peligro abstracto de la igualdad (fomento, promoción e incitación indirecta). De otra parte, en los casos de incitación a la violencia, se sanciona el peligro que representa para la seguridad del grupo la incitación a la práctica de actos violentos discriminatorios, al tiempo que se protege el derecho a la igualdad de ese colectivo (...) En cuanto a la incitación al odio, no existe bien jurídico protegido alguno, es tan sólo la excusa para reprimir la libertad de expresión”.

⁴⁴ Cf. DOLZ LAGO, M. J., «Los delitos de odio...» *cit.* pp. 15-16.

⁴⁵ Para un entendimiento concreto de igualdad véase Sentencia Tribunal Constitucional que aborda esta cuestión, la nº 22/1981, de 22 julio25, que repiten todas las demás, ya indicaba en su FJ 3.º.

⁴⁶ Cf. DOLZ LAGO, M. J., «Los delitos de odio...» *cit.* p. 16.



2.6. Naturaleza jurídica

Un punto de partida inexcusable para el análisis de cualquier tipo delictivo es el de su naturaleza jurídica.

Respecto a esta cuestión, la doctrina tampoco parece pacífica, pese a entender la mayoritaria que estamos ante un delito de peligro abstracto,⁴⁷ que se proyecta sobre un bien jurídico colectivo de dimensión individual o grupal⁴⁸.

En parecidos términos⁴⁹, Tapia Ballesteros y Pérez-Sauquillo Muñoz, comentando la redacción anterior del art. 510 CP, consideran que nos encontramos ante un delito de aptitud o peligro hipotético, en el que basta con que la conducta sea idónea para afectar al bien jurídico protegido, sin que sea necesaria su efectiva lesión.

2.7. Tipo objetivo

Llevar a cabo un análisis sistemático y riguroso del art. 510 CP, dada su extensión y sus particularidades, desbordaría el objeto del trabajo, por lo que en este apartado nos remitimos a lo expuesto *ad supra* con referencia al concepto de “discurso de odio” y a las consideraciones efectuadas al efecto.

Resultan de gran interés por su lucidez y exactitud el análisis de Roig Torres⁵⁰ o Gascón Cuenca⁵¹, entre otros.

⁴⁷ En diferente sentido otros han sostenido que son delitos de lesión, entendiendo que consisten en la “*lesión de un bien jurídico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquellas*”.

⁴⁸ Cf. DOLZ LAGO, M. J., «Los delitos de odio...» *cit.* p. 16.

⁴⁹ Cf. TAPIA BALLESTEROS, P., «Comentario al art. 510 CP» *cit.* p. 1781; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., «Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos» en *Foro de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP)* 3 (2015), <http://ficip.es/publicaciones-juridicas/actas-de-congresos-y-seminarios/actas-del-xviii-seminario-interuniversitario-internacional-de-dp/>, (consulta 3.9.2016).

⁵⁰ Cf. ROIG TORRES, M., «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)» *cit.* pp. 1257-1279.

⁵¹ Cf. GASCÓN CUENCA, A., «La nueva regulación del discurso del odio...» *cit.* p. 73.



2.8. Sujetos

En cuanto a quiénes pueden ser sujetos activos de este delito, nada obsta para que pueda ser cualquier persona.

Por lo que hace a los sujetos pasivos del acto delictivo, estos sí que resultan “elegidos” en virtud de su pertenencia a determinados colectivos a los que corresponde cada uno de los móviles que enumera el precepto

“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, por razones de género, enfermedad o discapacidad [art. 510.1.a) CP]”.

3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Una vez hecha la aproximación anterior al concepto de “discursos de odio” dentro del marco de los llamados “discursos de odio” o *hate crimes*, tenemos inexcusablemente que dirigirnos a analizar y conocer el “delitos de odio” antirreligioso, esto es, aquel que tiene como objetivo a aquellos por razón de su religión o creencias.

Por lo general, un discurso está amparado por la libertad de expresión, pero cuándo estamos ante un discurso o mensaje amparado por dicho derecho fundamental o cuándo estamos ante un “discurso de odio”, esto es, ante un acto delictivo; aquí reside el nudo gordiano de la cuestión.

La delgada línea entre libertad de expresión y “delitos de odio” genera una de las más complicadas tareas de delimitación⁵². Por ello, en primer lugar dejaremos

⁵² Resulta interesante la lectura de la STEDH 4 de diciembre de 2003, 3507/97 *Müslüm c. Turquía*, en la que podemos ver cómo la apreciación del TEDH goza de un margen de acción de amplio espectro. Este caso nace como consecuencia de unas declaraciones en una televisión privada turca en las que el líder de una secta islámica defendió la *charia*, atacó la Democracia y suscitó de manera expresa la idea de la instauración de un sistema que nada tenía que ver con la actual laicidad, a cualquier precio, tildando el actual sistema como “impío” y calificando a aquellos nacidos fruto de una unión no conforme a los postulados de la religión islámica, como hijos ilegítimos “pic”. Dichas declaraciones fueron condenadas por los tribunales del Estado turco. El TEDH, por su parte, estimó que la



sentado a diferentes niveles qué es el derecho de libertad de expresión, su marco normativo, su fundamento y límites, y su protección jurisdiccional. Una vez visto esto, podremos ver cuándo la libertad de expresión pasa a convertirse en una actividad delictiva. Analizaremos las actuales posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a tan candente y actual cuestión. En nuestro caso, al ser el objeto del presente trabajo el “discursos de odio” antirreligioso llevaremos a cabo una serie de consideraciones a la luz de la más preclara doctrina y jurisprudencia, además de ver el impacto que este delito tiene sobre la libertad religiosa, derecho humano fundamental.

3.1. *La libertad de expresión en un mundo globalizado*

“Los fanáticos de la Libertad de expresión no son menos condenables que los religiosos, pues lo vituperable para un demócrata es el fanatismo, no su contenido”⁵³.

En el marco de las democracias occidentales, la libertad de expresión ocupa un lugar de insustituible significación; en gran parte, las democracias que hoy conocemos se han construido sobre la base de este derecho humano fundamental. Podemos afirmar que Libertad de expresión y democracia son dos conceptos íntimamente unidos e inseparables. Sin lugar a dudas, reflexionar sobre Libertad de expresión pasa por hablar de democracia, y viceversa.

La libertad de expresión es el termómetro que nos muestra el grado de democracia de una sociedad⁵⁴, resultando del todo punto esencial en una sociedad

actuación de los tribunales del Estado fue contraria al art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por otro lado, existe en tal resolución una Opinión Disidente, que nos muestra la fina línea que separa Libertad de Expresión e incitación al odio fundada en la discriminación religiosa, racial o étnica.

⁵³ Cf. VIDAL BENEYTO, J., «La comunicación, entre el rumor y la provocación», en *El País* (18.2.2006) [ver en https://elpais.com/diario/2006/02/18/opinion/1140217209_850215.html, (consulta 1.9.2016)].

⁵⁴ Cf. REVENGA SÁNCHEZ, M., «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», en *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Libertad de expresión y discursos del odio*, ed. IDEM, Madrid 2015, pp. 13 y ss.



democrática⁵⁵. Y es que la opinión pública libre, de la que la libertad de expresión es el cauce esencial para su formación, es el fundamento del pluralismo y de la democracia misma⁵⁶.

No hablamos solamente de libertad de información (a la que exigimos límites específicos para su legitimidad, como la veracidad o la relevancia), sino también de opinión y de palabra en un sentido amplio, esto es, tanto de las ideas consideradas como inofensivas o indiferentes como aquellas que escandalizan.

3.2. *Libertad de expresión: derecho humano fundamental*

La libertad de expresión es un derecho humano fundamental reconocido en infinidad de instrumentos internacionales y en la legislación de la mayoría de los Estados democráticos⁵⁷; pudiendo afirmar que su reconocimiento, al ser un derecho humano, que no nacimiento, supuso uno de los hitos más relevantes del siglo XX, amparado internacionalmente por la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus arts. 18 y 19 y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 19. A nivel de derecho interno, la Constitución Española de 1978 lo reconoce en su art. 20.

⁵⁵ Cf. Resolución del Consejo de Europa 1510 de 2016 sobre libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas.

Cf. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», en *Anuario de filosofía del derecho* 30 (2014) p. 100; añade que “en último término, puede afirmarse que son condición necesaria (libertad de expresión e información) para la realización efectiva del principio de legitimidad democrática”. Además “contribuyen a la realización de los fines del Estado al constituir el vehículo de participación política y porque son un instrumento de control que tanto puede afectar al procedimiento de las tomas de decisiones como a la cualidad y legitimidad de las personas al frente de las instituciones políticas”.

⁵⁶ Cf. CARRILLO DONAIRE, J. A., «Libertad de expresión y “discurso del odio” religioso...» *cit.* p. 213. En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982, de 31 de marzo.

⁵⁷ Ferreiro Galguera entiende que la libertad de expresión posee una naturaleza jurídica bicéfala, como derecho de la personalidad o derecho subjetivo necesario para el libre desarrollo de la personalidad, con base en la dignidad humana, y por otro lado, como principio informador o “basilar” del Estado democrático [cf. FERREIRO GALGUERA, J., «Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 35 (2014)].



Y es que la libertad de expresión es un derecho de toda persona por el mero hecho de serlo, con fundamento en su dignidad, por tanto, toda persona tiene el derecho a la libertad de opinión y de expresión, esto es, derecho a mantener una opinión sin interferencias y también a buscar, recibir y/o difundir información a través de cualquier medio. Por otro lado, y como no podía ser de otro modo en nuestra sociedad globalizada, a hacerlo sin limitación de fronteras.

Entendemos Libertad de expresión en un concepto amplio, que tiene por objeto la manifestación de ideas, pensamientos, opiniones, creencias y juicios de valor⁵⁸.

Pero el contenido esencial del derecho va más allá todavía, y dada su esencialidad, centralidad y necesidad en cualquier sistema democrático, acoge no solo las ideas o informaciones aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino que también aquellas ideas o informaciones que puedan molestar, o que de hecho lo hagan, choquen o incluso inquieten, “*pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay sociedad democrática*”⁵⁹.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional alberga esta tesis en numerosísimos pronunciamientos⁶⁰.

En el mismo sentido podemos citar también la Resolución del Consejo de Europa 1510 de 2016 sobre libertad de expresión y respeto a las creencias reli-

⁵⁸ Cf. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión...» *cit.* pp. 99-100. Esta autora lleva a cabo una diferenciación entre libertad de expresión y de información en la que “la libertad de expresión ampara la emisión de juicios y opiniones y la libertad de información garantiza la manifestación de hechos”, y añade que “el objeto de la libertad de expresión es la idea y el de la libertad de información la noticia o el dato”. En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero y Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio.

⁵⁹ Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional 62 de 15 de octubre de 1982.

⁶⁰ Cf. STEDH de 23 de septiembre de 1988 (*Lediheux*), STEDH de 23 de abril de 1992 (*Castells*), STEDH de 24 de febrero de 1997 (*Haes y Gijssels*), de 8 de julio de 1999 (*Sürek Baskaya y Ok9uoglu*) y 29 de septiembre de 1999 (*Oztürk*). En esta misma línea se ha venido manifestando el Tribunal Constitucional español, al reconocer a través de su jurisprudencia que “la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática»”. Ver, entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2006, de 5 de junio, FJ 4 y Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4. También a este respecto la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 62 de 15 de octubre de 1982.



gias que nos lleva al art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Que además ahonda en que “*la discusión crítica, la sátira, la expresión de humor y artística deberían gozar de un grado amplio de libertad de expresión y que el recurso a la exageración no debería ser visto como una provocación*”⁶¹.

3.3. Límites y fundamento de los mismos

“*Libertad de expresión y sus límites, un derecho al parecer tan sagrado para Occidente como lo es la figura del Profeta para el Islam*”⁶².

Lo visto hasta ahora podría llevarnos a una conclusión del todo errónea, es decir, a pensar de que nos encontramos ante un derecho de carácter absoluto, sin ningún tipo de límites⁶³.

No estamos ante un derecho absoluto; no podemos, amparándonos en él, difundir expresiones o mensajes de carácter ultrajante o de cariz ofensivo no relacionado con el propósito; quedando fuera de tal derecho aquellos discursos que *per se* menosprecian a determinados grupos por sus especiales características. La libertad de expresión no es la libertad de ofender, no da derecho al insulto⁶⁴.

⁶¹ Cf. PÉREZ MADRID, F., «Incitación al odio religioso...» *cit.* p. 3. La autora enlaza esta persistencia, que se hace notar en la resolución, con el hecho de que se aprobara la misma poco tiempo después de la publicación de las tristemente famosas caricaturas de Mahoma por el periódico danés *Jyllands-Posten*, que tanto revuelo y consecuencias violentas suscitaron.

⁶² Cf. SAAVEDRA, M., «El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal constitucional español», en *Persona y Derecho* 55 (2006) p. 548.

⁶³ Cf. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión...» *cit.* p. 98, citando a Zagrebelsky: “en nuestros actuales Estados constitucionales deben coexistir valores y principios que, para no hacerse incompatibles con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir”. En el mismo sentido Cf. GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión ejercida desde los derechos de reunión y manifestación en colisión con la libertad religiosa», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 37 (2015) p. 7; MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo...» *cit.* p. 28.

⁶⁴ La libertad de expresión no protege un hipotético “derecho al insulto”, ni ampara las expresiones injuriosas o vejatorias. Cf. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión...» *cit.* p. 109. En el mismo sentido y por todos, Cf. GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión ejercida desde los derechos...» *cit.* p. 4.



Martín Herrera entiende que proteger este tipo de actuaciones bajo la cobertura del art. 20.1 CE implicaría reconocer que la Constitución “*permite la violación de unos de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad*” y la dignidad de las personas, de tal forma que aquellas manifestaciones racistas, humillantes, vilipendiadoras o que incitan directamente a actitudes constitucionalmente inaceptables quedarían descubiertas del amparo del art. 20.1 CE⁶⁵.

Tanto el derecho internacional como las legislaciones nacionales prevén limitaciones a su ejercicio. Estas limitaciones deben cumplir una serie de requisitos, como son, estar fijadas por ley y resultar necesarias para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, además de para la protección de la reputación y derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial⁶⁶. En resumen, limitación prevista por ley, persecución con esta de un fin legítimo

⁶⁵ Cf. MARTÍN HERRERA, D., «Constitucionalidad del Discurso de Odio...» *cit.* p. 10. A la luz de esta idea, resulta de interés ver cómo existen dos sistemas o narraciones distintas cuando hablamos de los límites de la libertad de expresión; el primero de ellos, cuyo caso paradigmático es el norteamericano, tiene como eje central del sistema la garantía de la participación de la ciudadanía en la democracia, llevando a cabo una protección de sumo grado de la libertad de expresión; será el propio “mercado de las ideas” y no el Estado el que desechará aquellas opiniones o discursos de talante peligroso. Posición esta, que descansa en los postulados de Stuart Mill y su celeberrima obra *On liberty*. El segundo sistema es que rige en las democracias occidentales, que tiene su traducción en la idea de que el sistema democrático no descansa tanto en la libertad de los individuos sino en su dignidad, en el respeto a la misma y al libre desarrollo de su personalidad. Este relato impone que no todo pueda entrar en el “mercado de las ideas”, no pueden acceder a ese libre mercado aquellas ideas o discursos que hagan uso de la libertad para cercenarla. En suma, la existencia de estos dos relatos en torno a la cuestión de la posición de la libertad de expresión y el fundamento del sistema democrático tiene como consecuencia directa la “incompatibilidad epistemológica” entre Estados Unidos y Europa, según Cf. TULKENS, F., «When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights», en *Freedom of Expression, Essays in Honour of Nicolas Bratza*, ed. CASADEVALL J., WLP 2012, pp. 279 y ss.

⁶⁶ El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 establece que este derecho “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 ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial” (art. 10.2).



y necesidad en una sociedad democrática; además de proporcionalidad, esto es, idoneidad al fin perseguido, siendo lo menos restrictiva posible.

Además, con carácter general, el propio PIDCP dispone que “*toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la Ley*” (art. 20.2).

No es casualidad que en las declaraciones internacionales en materia de derechos humanos, la libertad de expresión sea el único de los derechos del que se explicitan “*deberes y responsabilidades especiales*” en su ejercicio⁶⁷.

Unos límites o restricciones que, además de excepcionales, deben ser interpretados de manera que el derecho fundamental no quede desnaturalizado. Además, han de ser interpretados con criterios restrictivos, como es propio en la teoría de los derechos fundamentales, y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia del derecho fundamental. Por otro lado, cabe apuntar que tanto las normas que regulan la libertad como las que regulan sus límites son igualmente vinculantes, en orden a su concurrencia normativa y no de exclusión⁶⁸.

Por otro lado, es importante señalar que estas limitaciones no son fruto del caprichoso deseo del legislador internacional, tienen su fundamento último en la igualdad en la libertad, esto es, en que la libertad es igual para todos, pues de no ser así, esta devendría privilegio, perdiendo su esencia y razón de ser. Esto se desprende de la simple lectura del tenor literal de preceptos como el art. 1 de la DUDH “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. También de los arts. 2, 7 y 29 del mismo texto.

Respecto a la consideración o no de la libertad de expresión como un derecho absoluto y cuándo y cómo delimitar su cobertura, es interesante la STEDH del 15 de marzo de 2011 (Arnaldo Otegui c. España), en ella se discute sobre

⁶⁷ Cf. Artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

⁶⁸ Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1990 de 15 de febrero.

Esta concurrencia normativa en la que ambas normas son igualmente vinculantes y actúan recíprocamente no es nueva, ello resulta de la ya manida doctrina del abuso de derecho ya recogida por la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 como límite específico de la “libertad de comunicación de los pensamientos y opiniones”, y cristalizada en la frase del jacobino SAINT-JUST ante la Asamblea “*no hay libertad para los enemigos de la libertad*”. Prohibición de abuso del derecho que en la actualidad viene recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 30), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 17) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 54).



unas declaraciones de Arnaldo Otegui denunciadas por la Fiscalía sobre el Jefe del Estado consideradas delictivas por el Tribunal Supremo español (véase STS 1284/2005, de 31 de octubre de 2005.) Tanto en la instancia como en el propio Tribunal Supremo existen votos particulares, siendo especialmente reseñable el del magistrado Sr. Ibáñez, que dice que el uso de la libertad de expresión se “*amplía sensiblemente cuando versa sobre instituciones, dado que estas no gozan de ese atributo exclusivo de la persona, que es el honor. Y, por tanto, su presencia en la esfera pública tiene lugar en un régimen de protección de intensidad menor, que la reconocida a los particulares*”⁶⁹.

Parte de la doctrina, sostiene en cambio, que se debe relegar la figura del monarca de la categoría de político, ya que no participa de la contienda política⁷⁰. Sin dejar de tener en cuenta que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la “*libertad de expresión es especialmente valiosa en manos de esos sujetos, dado que en definitiva han sido elegidos por el pueblo*”⁷¹.

Para cerrar la cuestión de los límites debemos hacer referencia al art. 20.4 CE cuyo tenor literal es el siguiente: “*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 la infancia*”⁷².

⁶⁹ Ciertamente en esta línea apuntan, entre otros, el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión que en declaración conjunta, advierte que cualquier tipo de restricciones de la libertad de expresión debe limitarse a la protección de intereses sociales y derechos individuales imperativos y “no debe usarse nunca para proteger instituciones particulares ni nociones, conceptos o creencias abstractas”. Ver, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, “Declaración conjunta sobre difamación de religiones sobre legislación anti-terrorista y anti-extremista”, Campaña Global para la libertad de expresión, Atenas, 2008, en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=735&IID=2>, (consulta 8.9.2017).

⁷⁰ Cf. SERRANO MAILLO, L., «El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles», en *Teoría y Realidad Constitucional* 28 (2011) pp. 591 y ss.

⁷¹ En cuanto al discurso político o el debate de cuestiones de interés público, las restricciones deben ser menos estrictas. Por otro lado, quienes ostentan dicha representación deben llevar a cabo un ejercicio de responsabilidad en el uso de la libertad de expresión. En este sentido, ver *Castells c. España* o *Incal c. España*.

⁷² Resulta interesante la sentencia del TC de 1995 de 11 de diciembre, referida a libertad de expresión y honor, en la que se dice que el odio no tiene cabida en nuestra constitución. Se enjuicia



Por otro lado, quién duda de que la tipificación del “discurso de odio” como delito no resulta también un límite, evidentemente legítimo, de la misma. A la pregunta que nos formulábamos al inicio sobre cuándo nos encontramos ante un discurso amparado por la libertad de expresión, la respuesta, a la luz de los ya tradicionales criterios jurisprudenciales del TEDH, reside en dos elementos clave, como son el contexto⁷³ y la intención⁷⁴, a los que hay que añadir el *status* del perpetrador, la forma o el impacto de la expresión⁷⁵. En cuanto a si es necesaria la presencia o no de violencia, pese a no ser inequívoca la jurisprudencia del TEDH, entiende la doctrina que la no existencia de violencia no es óbice para encontrarnos ante un “discurso de odio”⁷⁶.

3.4. Protección jurisdiccional del derecho a la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión, al igual que el derecho de Libertad religiosa que veremos a continuación, goza de una protección reforzada en nuestro ordenamiento, esto es, disfrutan de protección y tutela ante los tribunales ordinarios de la jurisdicción del Estado español en virtud del art. 53 de la Constitución y, además, su vulneración es susceptible de recurso de amparo constitucional en

un posible delito de injurias cometido contra el pueblo judío debido a la publicación de un cómic vejatorio. El Tribunal afirma que el honor colectivo también merece la protección del ordenamiento jurídico, y no solamente el honor de las personas como individuos aislados. Asimismo, el Tribunal pondera la importancia relativa del derecho al honor y de la libertad de expresión, concluyendo que esta última no concede ningún derecho a insultar, y que las expresiones de odio colectivo no tienen cabida en la Constitución.

⁷³ Es paradigmática el voto particular de la STEDH *Kutlular c. Turquía* en el que se sostiene que un discurso en el que se culpaba a los “infielos” de una catástrofe acaecida debía considerarse como incitación al odio a la luz del contexto, esto es, pues se llevó a cabo en la principal mezquita de la ciudad de Ankara.

⁷⁴ La intencionalidad o el objetivo podemos considerarlo como el elemento esencial para saber si nos encontramos ante un “discurso de odio”, pero no podemos olvidar que es un elemento de completa determinación, con lo que el análisis del contexto deviene todavía más esencial. En este sentido, ver *Jersild c. Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994.

⁷⁵ Cf. BUSTOS GISBERT, R., «Libertad de Expresión y discurso negacionista», en *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Libertad de expresión y discursos de odio*, ed. REVENGA SÁNCHEZ, M., Madrid 2015¹², p. 139.

⁷⁶ Cf. PÉREZ MADRID, F., «Incitación al odio religioso...» *cit.* p. 20.



virtud del art. 161 del mismo texto constitucional. Por otro lado, a nivel europeo goza de la tutela del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁷.

Pese a todo ello, y a incurrir en el indeseable vicio de la reiteración, es necesario que tengamos en cuenta la premisa de que los derechos fundamentales se protegen por su importancia pero no deben su importancia a su protección⁷⁸.

4. A VUELTAS CON LA LIBERTAD RELIGIOSA: ¿ANÁLISIS DE UN CONFLICTO?

Hablar de libertad de expresión y libertad religiosa o sentimientos religiosos nos abre, como mínimo dos perspectivas distintas. En primer lugar, la necesidad de asegurar que desde la libertad de expresión puedan expresarse libremente las creencias religiosas⁷⁹, y por otro, que, también desde la Libertad de expresión, puedan ser negadas o criticadas esas creencias religiosas.

Este doble punto de partida se complica más si cabe debido al llamado “*retorno de las religiones*”, que reemplaza las ideologías por el “*redescubrimiento teológico-*

⁷⁷ El TEDH cuando conoce de un determinado asunto, en nuestro caso de los posibles conflictos suscitados entre libertad de expresión y libertad religiosa, no sustituye a los tribunales internos, sino que su finalidad es dilucidar si las sentencias de éstos han sido dictadas vulnerando o no el art. 10 del Convenio.

⁷⁸ En este sentido cf. SOLAZÁBAL ECHEVERRÍA, J. J., «Los derechos fundamentales en la Constitución española», en *Revista de Estudios Políticos* 105 (1999) p. 11, expone que “la importancia de los derechos deriva de su relación con la dignidad de la persona y de lo imprescindible de los mismos en un sistema democrático. Son en efecto, la proyección inmediata y positiva de la dignidad de la persona”.

⁷⁹ Existen discursos de inspiración religiosa que pueden llegar a constituir “delito de odio”. Por tanto, del mismo modo que la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades, tampoco la libertad religiosa es un derecho absoluto. En este sentido conviene apuntar que están siendo muchos los obispos españoles, en el caso católico, que en el ejercicio de su libertad de expresión religiosa, están siendo llevados a los tribunales por parte de numerosos colectivos y plataformas. La expresión de su credo, el ejercicio de su magisterio y la enseñanza de la doctrina, pese a chirriar en determinados contextos sociales no por ello constituye discriminación ni incitación al odio. En nuestra sociedad democrática, en la que no hay ningún debate cerrado, resulta paradigmático cómo desde un sector de la sociedad se intentan silenciar determinadas posiciones. Con meridiana claridad se analizan los más recientes casos en que la jerarquía católica española se ha visto envuelta en diferentes polémicas en virtud de sus cartas pastorales u homilías, en: Cf. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., «La libertad de expresión de la jerarquía eclesial y el discurso del odio», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 42 (2016).



*político de carácter integrista o fundamentalista*⁸⁰. Esto es, la libertad de expresión se enfrenta (entendido el concepto en términos no beligerantes), en su ejercicio, a una sociedad heterogénea donde conviven diferentes sensibilidades religiosas y conceptos de lo religioso. En suma, siguiendo a Fernández Liesa, “*no se trata de una cuestión jurídica, sino también de convivencia*”⁸¹.

García García nos recuerda que el Parlamento Europeo, en su Resolución de 15 de febrero de 2006, a raíz del caso de las famosas caricaturas de Mahoma, afirmó que “*siempre debe ejercerse (la libertad de expresión) dentro de los límites impuestos por la ley y coexistir con la responsabilidad y el respeto de los derechos humanos, al igual que con los sentimientos y convicciones religiosas, independientemente de que se trate de la religión musulmana, cristiana, judía o cualquier otra*”⁸².

Por otro lado, es esencial dejar sentado que “*las personas que eligen ejercer la libertad de manifestar su religión, tanto si pertenecen a una minoría como a una mayoría religiosa, no pueden razonablemente, esperar hacerlo al abrigo de toda crítica*”⁸³.

Entonces, ¿cómo debemos analizar los potenciales casos de conflicto entre ambos derechos? Parece razonable responder que deberemos ponderar caso por caso, a la luz de un juicio de proporcionalidad⁸⁴, que, como ya hemos visto, debe resolverse en atención a si la limitación de la Libertad de expresión es adecuada, necesaria y proporcionada.

¿Existe un derecho a no ser molestado en el ejercicio de las propias creencias religiosas mediante ataques ofensivos y gratuitos?, ¿nos encontramos ante dos realidades en colisión?, ¿existe realmente un conflicto?, en definitiva.

Estas son algunas de las cuestiones que tenemos intención de acercar al lector con el ánimo ya no de proporcionarle una nítida e inequívoca respuesta, qué duda cabe que resultaría utópico este planteamiento, aunque enormemente deseado por todos, sino de poner sobre la mesa las coordenadas generales para un buen entendimiento de la realidad, del planteamiento y como consecuencia de ello, de la situación y sus posibles soluciones.

⁸⁰ Cf. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión...» *cit.* p. 99.

⁸¹ Cf. FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «Libertad de información en la comunidad internacional: a propósito de la crisis de las viñetas», en *Encuentro de civilizaciones y libertad de expresión*, ed. VALLE DE FRUTOS, S.- MENOR SENDRA, J., Madrid 2010, p. 113.

⁸² Cf. GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión ejercida desde los derechos...» *cit.* p. 9.

⁸³ Cf. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión...» *cit.* p. 100.

⁸⁴ Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1993, de 18 de enero.



4.1. Libertad religiosa: aproximación conceptual

¿Qué entendemos por libertad religiosa?, la respuesta a esta cuestión tampoco resulta pacífica en la doctrina, por lo que no podemos encontrar una definición concreta y unánimemente aceptada de “libertad religiosa”. Conviene, por otro lado, advertir de que no es el objeto del presente trabajo aportar una definición del citado concepto, sino solo llevar a cabo una brevísima aproximación para poder situar la cuestión.

Para ello resulta, a mi juicio, que, para la mejor conceptualización a este nivel, deviene necesario deslindar el concepto de realidades afines porque, aunque íntimamente unidas, no constituyen la misma cosa; esto es, diferenciar libertad ideológica, libertad de conciencia y libertad religiosa. Todo ello siguiendo las definiciones de la Real Academia Española de la Lengua.

- **Libertad ideológica:** libertad de manifestar, defender y propagar las propias ideas.
- **Libertad de conciencia:** facultad de poder actuar y obrar sin ser inquietado por la autoridad pública.
- **Libertad religiosa**⁸⁵: derecho de toda persona, sola o asociada, a poder vivir conforme a sus convicciones o creencias religiosas o por el contrario, en desacuerdo con las mismas. No podemos entenderla como la mera libertad de culto, que entiende la RAE como el “*derecho de practicar públicamente los actos de la religión que cada uno profese*”. La libertad de culto forma parte de la libertad religiosa.

4.2. Libertad religiosa: derecho natural

La libertad religiosa es un derecho inalienable de la persona, esto es, un derecho natural, fundado en su misma dignidad, que contribuye al pleno desarrollo

⁸⁵ Según Cf. OLMOS ORTEGA, M^a. E., «Pluralismo y libertad religiosa en la España del siglo XXI», en *Democrazie e religione. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, ed. CAMASSA, E., Napoli 2016, pp. 25-42; nos encontramos ante un derecho “matriz, profundo y de largo alcance”.



de la persona⁸⁶. Por ser un derecho natural, es previo al reconocimiento de los Estados. De estas notas se desprende también su carácter universal, pues puede predicarse de toda persona.

No cabe duda de que hablamos de un derecho humano fundamental, imbricado íntimamente en la dignidad de la persona, de difícil análisis⁸⁷, por la multiplicidad de facetas que lo integran; considerado por muchos como *prima inter pares*.

Es interesante traer a colación un documento que, pese a tener un carácter confesional, marcó un hito de primer orden en materia de reconocimiento de este derecho de libertad religiosa cuya estela siguieron múltiples Estados, entre los que se encuentra España; el citado documento es la Declaración conciliar *Dignitatis Humanae* fruto del Concilio Vaticano II, de 30 de noviembre de 1966⁸⁸, que afirma que la libertad religiosa es un derecho natural previo al Estado, que supone inmunidad de coacción en materia religiosa y que, por ello, debe ser reconocida (la libertad religiosa) como derecho civil en todas las naciones. Además, también afirma que tanto el Estado como la sociedad no han de constreñir a nadie a actuar en contra de su conciencia, ni tampoco de forma alguna, impedirle que actúe conforme a ella.

4.3. Reconocimiento internacional

El derecho de libertad religiosa, en la actualidad, goza de reconocimiento universal, estando consagrado en todos los textos internacionales de protección de derechos y libertades.

⁸⁶ Cf. OLMOS ORTEGA, M^a. E., «Pluralismo y libertad religiosa...» *cit.* pp. 25-42.

⁸⁷ Cf. MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo...» *cit.* p. 28: “continua sin ser comprendida en todo su alcance y complejidad en un país como el nuestro”. Añade además que “para no pocos, la libertad religiosa y de creencias sigue siendo, desafortunadamente, una *cenicienta* entre las libertades”.

⁸⁸ Concretamente en su apartado segundo.



- **Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948**⁸⁹, art. 18: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia*”.
- **Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950**, art. 9, bajo cuya rúbrica “*Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*” establece lo siguiente:

“*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos*”.

“*La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás*”.
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966**. Art. 18 y Comentario oficial de 30 de julio de 1993.
- **Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981**. Art. 1.
- **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000**. Arts. 10.1 y 10.2.

En palabras del Observador Permanente Vaticano ante Naciones Unidas, Monseñor Migliore, “*defender la Libertad religiosa es igual a promover la dignidad y los derechos humanos*”⁹⁰.

⁸⁹ Calificada como “conciencia jurídica de la humanidad” por Cf. TRUYOL Y SERRA, A., *Los Derechos Humanos*, Madrid 1979².

⁹⁰ Cf. Sesión 64, intervención de 12/11/2009, en Naciones Unidad sobre “Cultura y Paz”.



4.4. Libertad religiosa en España

Hablar de la cuestión religiosa en nuestro país, qué duda cabe, es hablar de nuestra historia, esto es, el hecho religioso y la posición del Estado respecto a este han resultado siempre una cuestión debatida, problemática y candente. El estudio de nuestra historia reciente con relación al factor religioso deviene especialmente interesante para el entendimiento pleno del marco del que hoy gozamos.

En este *iter* del que hablábamos, la Constitución de 1978⁹¹ supuso un “giro copernicano” respecto de toda etapa anterior. En su art. 1 califica a nuestro país como un “Estado social y democrático de Derecho”, que propugna “la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo como valores superiores de su ordenamiento jurídico”. Por otro lado, en su art. 9.2 incorpora la obligación positiva del Estado. El art. 10, por su parte, resulta especialmente significativo en cuanto consagra como fundamento del orden político y de la paz social “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás”.

Pero será el art. 16 la piedra angular en esta cuestión⁹², cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 16

- 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*
- 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*
- 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones”.*

⁹¹ Cf. BOE 311 (29.12.178) pp. 29313-29424.

⁹² Entiende OLMOS ORTEGA, M^a. E., «Pluralismo y libertad religiosa...» *cit.* pp. 25-42: que este artículo 16 CE “constituye la clave de comprensión del papel favorable que asume el Estado respecto del fenómeno religioso, de la valoración positiva del factor religioso, al reconocerlo como socialmente relevante. En él se descubren los principios de libertad religiosa, laicidad y cooperación”.



Por tanto, sin entrar en mayores precisiones, entendemos por libertad religiosa un principio definidor de nuestro Estado cuya traducción deviene la incompetencia del mismo para definirse en materia religiosa⁹³, y el derecho de toda persona, sola o asociada, a poder vivir conforme a sus convicciones o creencias religiosas o en desacuerdo con estas⁹⁴.

Así las cosas, la CE lleva a cabo una valoración positiva del hecho religioso⁹⁵, entendido como un factor social que ha de ser tenida en cuenta por los poderes públicos, que en virtud del art. 9 del propio texto constitucional obliga positivamente al Estado a garantizar su ejercicio efectivo en condiciones de igualdad.

Esta regulación constitucional tiene su desarrollo en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa, siendo especialmente significativo su artículo segundo en el que podemos ver una profusa descripción del contenido del derecho de Libertad religiosa, además de establecer el apartado segundo del mismo, su dimensión colectiva.

Aquello que nos interesa es esencialmente el derecho subjetivo, pese a que indirectamente la definición del Estado con respecto al hecho religioso tiene una sensible significación en la legislación de este.

4.4.1. Sujetos

Del propio texto constitucional y del art. 2.º de la LOLR se desprende nítidamente que el sujeto de este derecho es doble, por un lado las personas y por otro, las confesiones religiosas.

⁹³ En este sentido Sentencia del Tribunal Constitucional 24 de 13 de mayo de 1982 cuando afirma que “el principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia junto con los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso”. Con referencia a los principios de laicidad y cooperación que integran también esta vertiente objetiva de la libertad religiosa la Sentencia del Tribunal Constitucional 154, de 18 de julio de 2002 expone que “la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, insita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias”.

⁹⁴ Cf. OLMOS ORTEGA, M^a. E., «Pluralismo y libertad religiosa...» *cit.* pp. 25-42.

⁹⁵ Cf. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, Madrid 2002, p. 135: “La valoración positiva del hecho religioso puede implicar confesionalidad”.



4.4.2. Contenido

En cuanto al contenido del derecho de libertad religiosa, podríamos llevar a cabo numerosas consideraciones, pero resulta clarificadora la enumeración llevada a cabo por el art. 2 de la citada LOLR, cuyo tenor es el siguiente.

Apartado primero del precepto:

“1. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.

c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

Apartado segundo:

“2. Asimismo, comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero”.



Apartado tercero:

“Tres. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos”.

De lo anterior se desprende que la libertad religiosa, como derecho subjetivo, posee una doble dimensión, interna y externa⁹⁶, además de un contenido, a todas luces, “omnicomprensivo”⁹⁷.

Por todo lo expuesto, podemos entender que no cabría dificultar el ejercicio de este derecho, que no por ello, goza de inmunidad en cuanto a limitaciones.

4.5. Sentimientos religiosos: ¿protegibles?, ¿protegidos?

No podemos obviar que estas creencias hacen aparecer en el individuo una serie de sentimientos con relación a ellas, como es del todo punto lógico, ya que esas creencias pasan a ser parte de uno mismo, forman su concepción del mundo⁹⁸ y son vividas en comunidad o socialmente, creando lazos de unidad y comunión⁹⁹. Este sentir propio del individuo, que se siente creyente y parte de la creencia en comunidad, debe ser protegido. Ese sentimiento religioso, a la luz de todo lo dicho, “se convierte en una realidad digna de protección en el ámbito jurídico, y con la máxima protección posible al haber sido regulada la Libertad religiosa como un derecho fundamental”¹⁰⁰. Por tanto, el sentimiento religioso “es un bien protegible, que exige que el derecho de Libertad de expresión sea ejercido dentro de sus límites”¹⁰¹, sin perjuicio de que nos movemos dentro de un campo, el de los

⁹⁶ En este sentido, «Sentencia del Tribunal Constitucional 101 de 2 de junio de 2004», en *BOE* 151 23.6.2004).

⁹⁷ Cf. OLMOS ORTEGA, M^a. E., «Pluralismo y libertad religiosa...» *cit.* p. 25.

⁹⁸ Cf. STEDH *Kokkinakkis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993.

⁹⁹ Cf. PÉREZ MADRID, F., «Incitación al odio religioso...» *cit.* p. 22.

¹⁰⁰ Cf. GARCÍA GARCÍA, R., «La libertad de expresión ejercida desde los derechos...» *cit.* p. 30.

¹⁰¹ Cf. CAMARERO SUÁREZ, M., «La protección de los intereses religiosos en España: en los medios de comunicación y en ambientes especiales», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 1 (1985) p. 372.



sentimientos, en el que el derecho no es el instrumento más idóneo para implementar¹⁰².

Nos encontramos con un sentimiento religioso, propio de los individuos y de los colectivos religiosos, cada vez con más variantes, pero que de suyo deviene una preciada posesión para todos. Pese a ello, no debemos olvidar que no forman parte de la moral ni del orden público, si lo analizamos desde la libertad religiosa, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 129 de 1996, de 9 de julio; pero si lo hacemos desde un concepto claro de “discurso de odio”, sí que forma parte de ese orden público.

Y es que nuestro ordenamiento jurídico protege los sentimientos religiosos, y lo hace de forma expresa en el art. XIV del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, 3 de enero de 1979¹⁰³, cuyo tenor literal es el siguiente: “*Salvaguardando los principios de libertad religiosa y de expresión, el Estado velará para que sean respetados en sus medios de comunicación social los sentimientos religiosos de los católicos y establecerá los correspondientes acuerdos sobre estas materias con la Conferencia Episcopal Española*”.

Por otro lado, nuestro Código Penal, en su art. 524¹⁰⁴ para el delito de profanación, y en su art. 525¹⁰⁵ para el delito de escarnio, protege también los sentimientos religiosos.

¹⁰² Interesantes reflexiones de Cf. GAMPER, D., «Los sentimientos religiosos en los medios de comunicación: estereotipos, libertad de expresión y espacio público democrático», en *Medios de comunicación y pluralismo religioso*, Barcelona 2010, p. 74.

¹⁰³ Cf. «Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979», en *BOE* 300 (15.12.1979) pp. 28784-28785.

¹⁰⁴ Art. 524 CP: “El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”. Concretamente por este tipo delictivo fue condenada Dña. Rita Maestre, concejal del Ayuntamiento de Madrid, por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Madrid en Sentencia de 18 de marzo de 2016, como autora de un delito contra los sentimientos religiosos.

¹⁰⁵ Art. 525 CP: “1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”.



En cuanto al grado de protección que se debe proporcionar por parte del derecho a los sentimientos religiosos, en este caso, frente al ejercicio de la libertad de expresión, la doctrina no es pacífica, no por cuestiones formales, sino porque dependiendo del prisma desde el que se analice la cuestión las conclusiones pueden ser totalmente distintas. Sintéticamente podemos encontrar a aquellos que consideran que la protección de estos proviene de la que se otorga a la libertad religiosa individual como derecho subjetivo, y también a quienes entienden que viene dada por la vertiente colectiva del derecho de libertad religiosa.

4.6. *¿Existe un verdadero conflicto entre libertad de expresión y libertad religiosa?*

Como expone Palomino, es el propio TEDH, en la Sentencia *Otto-Preminger-Institut contra Austria*, el que nos ha conducido en la actualidad a pensar que nos encontramos ante un conflicto real. Pero no podemos dar por sentado que nos encontramos ante un conflicto, hemos de analizar primero qué panorama tenemos enfrente.

En primer lugar, debemos saber qué entendemos por conflicto entre derechos fundamentales, que no es otra cosa que la consecuencia surgida entre “*dos expresiones de uno o más derechos fundamentales abstractos, y en el que el ejercicio de unos de los derechos hace imposible o hace ilícito el ejercicio de otro*”¹⁰⁶.

Así las cosas, podemos analizar la situación desde dos perspectivas; por un lado, podemos situar la relación de ambos derechos fundamentales dentro del esquema de un conflicto, en el que nos fijaremos en mayor medida en cuáles serán los límites de uno u otro derecho, buscaremos cuál es el interés superior con base al que justificar la limitación de uno u otro. Por otro lado, cabe la posibilidad de enmarcar dicha relación fuera del conflicto, esto es, entendiendo que ambos derechos, humanos y fundamentales, forman parte de un mismo “todo”, parte de una misma sustancia, de la propia dignidad humana¹⁰⁷. Entendidos así ambos derechos, al

¹⁰⁶ Cf. PALOMINO LOZANO, R., «Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto», en *Tensiones entre Libertad de Expresión y Libertad Religiosa*, Valencia 2014, p. 52.

¹⁰⁷ Cf. COMBALÍA SOLÍS, Z., «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* 19 (2009) p. 8.



margen de la beligerancia, devienen complementarios; libertad de expresión como elemento esencial para la libertad religiosa, y libertad religiosa como presupuesto esencial de una expresión de amplio espectro sustantivo.

En vista de las dos vertientes, entiendo que no nos encontramos ante un conflicto real¹⁰⁸, si bien es cierto que una libertad de expresión mal entendida, o de la que se hace un malévolo ejercicio puede afectar a la libertad religiosa, pero no es menos cierto, como hemos apuntado anteriormente, que este último derecho no comprende una exención absoluta de crítica. Pese a ello, es controvertido que el ejercicio de la libertad religiosa ya no solo requiere un clima de tolerancia, sino de respeto¹⁰⁹. Desde mi punto de vista, como desarrollaré en las conclusiones de este trabajo, la cuestión no estriba tanto en fijarse en los límites que deben imponerse a la libertad de expresión como, esencialmente, en el ejercicio que se hace de ella¹¹⁰, esto es, sacar del ámbito del derecho muchas cuestiones¹¹¹. Y es que, pese a ser el fin de la ley el bien común¹¹², muchas veces no es la mejor herramienta que implementar.

A pesar de todo lo anterior, es interesante observar cómo el TEDH, en sus pronunciamientos, cuando encuentra en liza libertad de expresión y libertad religiosa, tiende a resolver la controversia suscitada a favor de la libertad de expresión¹¹³.

¹⁰⁸ Cf. PALOMINO LOZANO, R., «Libertad de expresión y libertad religiosa...» *cit.* p. 52.

¹⁰⁹ Cf. MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Freedom of Expression versus Freedom of Religion in the European Court of Human Rights», en *Censorial Sensitivities: Free Speech and Religion in a Fundamentalist World*, ed. SAJÓ, A., Budapest 2007, p. 263.

¹¹⁰ Cf. BORAGNO GIL, I., «Libertad de expresión, ofensa y religión», en *Bajo Palabra. Revista de Filosofía* 201 (2014) pp. 113-122.

¹¹¹ Cf. MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo...» *cit.* p. 32: «El derecho no es una panacea que debamos utilizar para todo. Es, sobre todo, un instrumento para la prevención y solución de conflictos en la sociedad, y debe utilizarse –por su carácter coercitivo– de manera mesurada. Una sobredosis de derecho es a veces peor que su abstinencia».

¹¹² Cf. AQUINO, T., *Summa Theologiae*, I-I, 9. 96, a. 1.

¹¹³ Por todas, STEDH *Giniewski c. Francia*, de 31 de enero de 2006. Se acusa a los católicos de ser los responsables de los crímenes del nazismo. Los tribunales franceses condenan este discurso, pero finalmente el TEDH entiende que dicho discurso no es más que la exposición de una tesis histórica, en la que no se puede apreciar un ataque a las creencias. Esta sentencia deviene paradigmática para el supuesto de la difamación de las religiones.



4.7. Posibles conductas en las que puede darse un posible conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa, que no constituyen “discurso de odio”

Conviene aquí hacer referencia a dos conceptos de interés, “blasfemia” e “insulto religioso”.

Cuando hablamos de “blasfemia” hacemos referencia a aquel insulto o irreverencia con respecto a una determinada religión o hacia aquello que tiene la consideración de sagrado para la misma. También podemos extenderla a personas o cosas del mismo modo respetables.

Es interesante observar, desde el derecho comparado, que muchos países de religión musulmana conservan este tipo de acciones como prohibidas y penadas en su legislación, y que en el actual contexto europeo la propia Asamblea de Naciones Unidas recomienda¹¹⁴ a los Estados la no conveniencia de sancionar este tipo de conductas, entendiendo que no son propias del ámbito legal, sino que se encuentran dentro del plano de la moral. Esta aduce, además, que la punición de este tipo de conductas responde al esquema clásico de aquellos Estados en los que una determinada religión posee una posición dominante y privilegiada. Y en su afán de conminar a los Estados en tal sentido, les recuerda que, según dispone la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* de Naciones Unidas, devienen obligados a perseguir toda forma de discriminación, condenarla y favorecer su desaparición; algo que, a juicio de Naciones Unidas, resulta del todo complicado, si en las legislaciones internas se penaliza la blasfemia, esto es, si no existe *plena* libertad religiosa.

En cuanto al “insulto religioso”, en la citada recomendación, Naciones Unidas recuerda que las confesiones religiosas han de tolerar debates sobre sus actividades, sobre sus creencias y también sobre sus enseñanzas, con todo lo que ello conlleva, y también respetar las críticas de naturaleza pública que se lleven a cabo sobre ella, salvo que constituyan insultos gratuitos o sean considerados “discurso de odio”.

Conviene recordar que las actuales legislaciones penales en materia de protección de la libertad religiosa se centran ya no en la protección de la religión en sí, sino en la protección del creyente.

¹¹⁴ La ya citada Recomendación 1805 (2007).



4.8. *Conflicto aparente*

Así las cosas, los conflictos pueden producirse y podemos creer en colisión dos derechos fundamentales. Por lo tanto, cuando esto se produzca, debemos tener unas pautas de actuación mínimas, algo harto difícil dada la falta de un concepto de moral y de sentimientos religiosos uniforme. Conflictos, la mayor parte de ellos, que traen causa en un mal uso de la libertad de expresión frente a la religión o discursos de inspiración religiosa contrarios al orden público¹¹⁵.

En suma, lo decisivo se encuentra en entender que la limitación, hablando en la clave conflictual a la que antes hacíamos referencia, de la libertad de expresión, no siempre viene justificada en aras de la protección de sentimientos religiosos; para que se dé tal situación de justificación de la limitación deviene esencial que dicha expresión sobrepase lo que podríamos entender sencillamente como una crítica, totalmente legítima en un sistema democrático y sana para el mismo, y pase a vilipendiar, vejar o menospreciar gratuitamente¹¹⁶ (siempre dentro del, tantas veces mentado, juicio de proporcionalidad que sobrevuela toda la exposición).

Cuando no deberemos tener tantas contemplaciones, entendidas como juicios y disquisiciones de inconcreción y abstracción, es cuando se sobrepase el límite y la expresión ya no solo revista el carácter injurioso o vejatorio, sino que pueda ser subsumida dentro de la calificación “discurso de odio” que es “inaceptable en todo caso”¹¹⁷, cuyo tipo penal en nuestro país ya hemos analizado anteriormente, con el fin de que en estos momentos podamos entender mejor el camino de una expresión que sobrevuela los límites, o mejor dicho, que invade espacios reservados, fundamentales, vedados por la propia ley penal, en un Estado donde este recurso constituye, teóricamente, la última *ratio*.

Incluso se habla por parte de algunos autores de que, en el caso de que no constituya “discurso de odio”, si limita el derecho a la libertad religiosa, esa expresión debe ser sancionada.

¹¹⁵ Cf. CAÑAMARES ARRIBAS, S., «La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa, un work in progress», en *Tensiones entre Libertad de Expresión y Libertad Religiosa*, Valencia 2014, p. 17.

¹¹⁶ Cf. STEDH *Wingribe c. Reino Unido*.

¹¹⁷ Cf. MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje ofensivo...» *cit.* p. 29.



Desde mi punto de vista, ante estos aparentes conflictos o colisión de derechos fundamentales hay que tener en cuenta dos premisas:

- El principio sentado por la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de mayo, en la que espeta a que tanto el juzgador al aplicar la norma, como el legislador en su redacción, no han de reaccionar y, es más, no pueden hacerlo de una manera desproporcionada ante un acto de expresión, pese a que este sea ilegítimo o delictivo.
- Que tanto la libertad de expresión como la libertad religiosa son dos derechos humanos fundamentales, del mismo rango¹¹⁸, por lo que los juicios de proporcionalidad al caso concreto deben tener en cuenta que ambos gozan de la misma protección.

En suma, volvemos al criterio más elemental, “*un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás (...)*”¹¹⁹. Por lo que entiendo que la interdicción del “discurso de odio” o la propia protección de los sentimientos religiosos no es causa de aumento de los límites de la libertad de expresión¹²⁰.

En cuanto a la casuística y la praxis judicial en nuestro país, podemos encontrar situaciones de todo tipo, pero lo que sí es observable es que en el caso de “discurso de odio” con motivación antirreligiosa los criterios de nuestros tribunales

¹¹⁸ Pese a que como dice Cf. MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Libertad de expresión y lenguaje...» *cit.* p. 28: “para no pocos, la libertad religiosa y de creencias, sigue siendo, desafortunadamente, una cenicienta entre las libertades”.

En el mismo sentido Cf. CAÑAMARES ARRIBAS, S., «La conciliación entre libertad de expresión...» *cit.* p. 17.

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1982, de 29 de enero.

¹²⁰ Cf. DOLZ LAGO, M. J., «Los delitos de odio...» *cit.* p. 13: “Por eso, no estoy de acuerdo cuando se pretende enfrentar los delitos de odio con las libertades de expresión, manifestación y asociación, ya que el objeto de protección de esos delitos son, precisamente, esas libertades. Obsérvese que cuando no existen las libertades citadas –como ocurría en el sistema nazi– tampoco existían, lógicamente, los delitos de odio. Por eso, veo artificial el conflicto entre estos delitos y las libertades expresadas, que ha asumido a la doctrina y a nuestros Tribunales en oscuras polémicas doctrinales. Se puede decir que sin libertad no existirían los delitos de odio, que son su negación, y sin delitos de odio no hay libertad, que es protegida por ellos”.



resultan sensiblemente más estrictos que cuando se conocen estos mismos actos con una motivación distinta a la antirreligiosa¹²¹.

Por otro lado, es oportuno señalar que la verdadera dificultad en esta cuestión no estriba en aportar definiciones o un marco teórico, sino en deslindar caso por caso cuándo nos encontramos ante una expresión calificada como “discurso de odio” o “gratuitamente ofensiva”; por lo que algunos hablan de que la cuestión de la conciliación, entendiendo quien suscribe que el conflicto es *de facto* y no tanto *de iure*, de estos dos derechos, deviene en la actualidad un *work in progress*¹²².

Elementos que hay que tener en cuenta por su efectiva incidencia en este aparente conflicto. Según Palomino¹²³ podemos ver tres elementos a este respecto.

- La globalización con referencia a la libertad de expresión: elemento que, sin duda alguna, ha propiciado una mayor expresión, y además una expresión de mayor alcance. El lugar de las comunicaciones deja de tener un carácter local para transformarse en universal, con lo que el mensaje llega a lugares donde el contexto es radicalmente distinto, algo indubitablemente peligroso, en un acto, el de comunicación, donde el contexto es esencial. Una expresión que aquí no pasa de ser una simple sátira, en otro lugar puede ser considerada delictiva o pecaminosa, en términos religiosos. Tengamos en cuenta, además, que existen Estados donde delito y pecado responden a la misma naturaleza.
- El concepto de religión: religión como identidad o religión como elección, en estos términos puede sintetizarse la disyuntiva. Estas dos perspectivas muestran dos visiones diferenciadas respecto de la religión. Desde la religión como identidad no podemos aceptar la crítica o el insulto de dichos ideales o identidad; si entendemos religión como elección, la libertad de expresión adquiere un cariz diferente, y resulta de suyo lícito el debate y la crítica de ideas abstractas, generales o descarnadas. Quienes defienden la protección penal de los sentimientos religiosos suelen caminar por la vía de la religión como identidad.

Este debate continúa abierto tanto a nivel interno como internacional.

¹²¹ Como muestra el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, nº 73/2013, de 24 de enero.

¹²² Cf. CAÑAMARES ARRIBAS, S., «La conciliación entre libertad de expresión...» *cit.* p. 29.

¹²³ Cf. PALOMINO LOZANO, R., «Libertad de expresión y libertad religiosa...» *cit.* p. 38.



- El tercero de los elementos, mi juicio es esencial, se concreta en la titánica dificultad de la concepción liberal para dar respuesta a los conflictos de derechos fundamentales en una esfera de pluralidad en todos los ámbitos. Como he expuesto a lo largo del trabajo, entiendo que el quid de la cuestión estriba no tanto en los límites como en el ejercicio, esto es, en cómo se lleva a cabo el ejercicio de la libertad de expresión. Pero nos encontramos con que se dice que, en el ejercicio de la libertad de expresión, se deben tener en cuenta una serie de responsabilidades, pero estas no son concretadas, lo que nos lleva a las genéricas de todo derecho fundamental, si bien es cierto que solo con respecto a la libertad de expresión se menciona específicamente la responsabilidad en su ejercicio. Así pues, nos encontramos con que el legislador nada dice con respecto a aquello que el individuo no puede hacer, y se limita a concretar hasta qué punto el Estado puede limitar dicho derecho fundamental.

Con todo ello la problemática es clara: ¿nos vemos abocados, salvo que las expresiones revistan carácter delictivo, a la impunidad de las lesiones de los sentimientos religiosos? Todo parece apuntar a que sí, y todo como consecuencia de que no cabe que el legislador imponga deberes éticos, en lo que como decíamos al comienzo no es solo una cuestión jurídica, sino también de convivencia, una cuestión más allá del derecho, para cuya consecución este resulta ineficaz.

4.9. *¿Indemnización por daños en vía civil como alternativa a la última ratio penal?*

La última *ratio* no es la única *ratio*, por tanto, caben otras vías. Es interesante como vía alternativa la indemnización por daños¹²⁴. Y es que la reparación en vía civil tiene entre otras bondades la no producción del famoso “efecto desaliento”, antes comentado.

¹²⁴ Cf. LÓPEZ GUERRA, L. M^a., «Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: blasfemia e insulto a la religión», en *Revista española de Derecho europeo* 46 (2013) p. 91.



Esta propuesta de reparación en vía civil resulta, a mi juicio, más acorde al ejercicio responsable de los derechos fundamentales que cabe esperar en una sociedad democrática, y es nuestro propio Código Civil el que, exigiendo en el ejercicio de todo derecho la existencia de buena fe, nos determina de manera clara que el límite genérico es la libertad del otro, consagrando en su art. 7.2 que el daño a tercero como causa del ejercicio de un derecho dará lugar a la consiguiente indemnización.

CONCLUSIONES

1. El fenómeno de la globalización y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han propiciado que nuestros actos y nuestros mensajes tengan un alcance y repercusión universales. Han abierto las ventanas a un mundo donde confluyen heterogéneas sensibilidades, culturas y cosmovisiones, en suma, contextos radicalmente distintos.

2. Esta situación, en la que cualquiera puede hacer llegar su mensaje hasta los confines del mundo, conlleva, pese a ser enormemente positiva, peligros, pues en la comunicación, donde el contexto lo es todo, un ejercicio irresponsable de nuestra libertad puede resultar sumamente ofensivo y conflictivo.

3. En nuestras sociedades democráticas occidentales, libertad de expresión y libertad religiosa, además de ser consideradas dos derechos humanos fundamentales, imbricados en la propia y más elemental dignidad humana, constituyen las bases de una sociedad libre, plural y que goce de una democracia de amplio espectro y legitimidad.

4. Pese a su centralidad y angular importancia, ambos derechos no poseen un carácter absoluto o ilimitado, por lo que pueden establecerse límites a su ejercicio. Límites necesarios y proporcionados, interpretados siempre a su favor y a la luz de la doctrina de Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. Debe hacerse un ejercicio lúcido de la libertad de expresión. Esta no ampara cualquier tipo de discurso, no da derecho al insulto. Tampoco puede legitimar aquellos discursos o mensajes que inciten al odio por cualquier razón (o sinrazón), el denominado “discurso de odio” no tiene cabida en la libertad de expresión. Resulta ilegítimo, desprovisto de cualquier justificación y punible; en palabras de Navarro Valls, “*a veces la libertad de expresión pierde el derecho a ser*



*tolerada por la sociedad*¹²⁵. Pese a ello, los criterios jurisprudenciales en esta materia resultan contradictorios, especialmente divergentes entre nuestro Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, a la luz de la reciente Sentencia 20/2016, de 18 de julio, la Audiencia Nacional, cuyo inesperado y preocupante fallo resulta del todo punto contrario a lo sostenido hasta ahora por el Tribunal Supremo.

6. La religión y los sentimientos religiosos, qué duda cabe, han devenido desde la génesis humana uno de los factores que mayor conflictividad y problemática han suscitado. No puede permitirse que se lleven a cabo discursos que sobrepasen el ecuador de la crítica, el humor, la expresión artística en mayor o menor acierto formal y de contenido, o la propia frivolidad. Incitar al odio, a la violencia o a la discriminación por razón de la religión resulta una de las más abyectas manifestaciones de intolerancia, proscritas en un Estado de derecho, en un Estado de libertad religiosa, como es España.

7. Libertad religiosa y libertad de expresión no son realidades contrapuestas. No existe un verdadero conflicto jurídico entre ellas, no resultan en colisión. La cuestión estriba en un mal uso de ellas, de ambas, y no tanto en los límites, lo que provoca un erróneo entendimiento de su contenido y alcance. Ambas se complementan y se necesitan mutuamente, pues nada sería la libertad de expresión sin la libertad religiosa, y del mismo modo, no gozaríamos de libertad religiosa plena sin libertad de expresión.

8. Siendo así las cosas, cómo dos derechos tan esencialmente unidos y presupuestos mutuos son el foco de tanta disputa. El derecho no ha aportado una solución nítida a esta indeseable situación de tensión entre ambos derechos, o bien se decide a favor de una libertad de expresión divinizada o bien se produce una puntual y discreta protección de los sentimientos religiosos. No parece que la solución la vaya a aportar la ciencia jurídica. Estamos, eminentemente, ante una cuestión de respeto y convivencia. Por todo esto, desde la libertad religiosa, solo cabe preguntarse ¿por qué?

¹²⁵ Cf. NAVARRO VALLS, R., «La globalización del odio, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 30 (2012).



