

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN COLISIÓN CON LA LIBERTAD RELIGIOSA: PROPUESTAS DE CONSENSO

FREEDOM OF EXPRESSION IN COLLISION WITH RELIGIOUS
FREEDOM: SUGGESTIONS FOR CONSENSUS

Ricardo García García^a

Fechas de recepción y aceptación: 21 de abril de 2017, 25 de julio de 2017

Resumen: Se analiza la problemática jurídica que se deriva de la libertad de expresión cuando puede colisionar con la libertad religiosa. El contenido de la libertad religiosa y la protección penal y civil de los sentimientos religiosos. Se aportan conclusiones para compatibilizar la libertad de expresión y los sentimientos religiosos, y se facilitan pautas de actuación para la ponderación jurídica de los derechos y las libertades en potencial conflicto. La libertad de expresión no es una libertad para el insulto y la discriminación u odio contra los sentimientos religiosos.

Palabras clave: libertad de expresión, libertad religiosa, sentimientos religiosos, protección penal de los sentimientos religiosos, delitos de odio contra la religión, derecho al honor de individuos y de los grupos religiosos, pautas de solución de conflictos, ponderación de derechos, análisis de circunstancias concurrentes. No derecho al insulto.

^a Profesor titular de Derecho Eclesiástico (Acreditado Catedrático 1.7.2011). Universidad Autónoma de Madrid.

Correspondencia: Universidad Autónoma de Madrid. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid. España.

E-mail: ricardo.garcia@uam.es



Abstract: This article discusses the legal issues derived from freedom of expression when it collides with religious freedom. The basic content of religious freedom and the protection of religious feelings by criminal and civil law. Conclusions are provided to reconcile freedom of expression and religious freedom and set out guidelines for action in terms of weighting legal rights and freedoms in potential conflict. Freedom of expression is not the freedom to insult and discriminate or commit hate crimes against religious feelings.

Keywords: freedom of expression, religious freedom, religious sentiments, criminal protection for religious feelings, hate crimes against religion, the right to honour for individuals and religious groups, topics for conflict resolution, balancing process for analysis of rights, analysis of the surrounding circumstances, no right to insult.

1. INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión, aunque servirá de cauce para expresar ideas u opiniones “inofensivas o indiferentes” sobre los sentimientos religiosos, también valdrá para emitir aquellas que no se acojan favorablemente, incluso las que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática.

Ahora bien, la libertad de expresión, ejercida en cualquier contexto, no debería utilizarse como una herramienta para la injuria, la discriminación, la violencia física o moral o para el odio contra una persona o un grupo religioso. Hay que tener en cuenta que “*no se trata sólo de una cuestión jurídica, sino también de convivencia*”¹ en una sociedad plural y donde el mismo interés social y jurídico debe primar para proteger cualquier ofensa ante cualquier religión, sin distinguir entre una u otra como exige nuestro principio y derecho de igualdad.

¹ 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.



El ordenamiento jurídico reconoce el derecho de los individuos a manifestar públicamente el desacuerdo contra los grupos religiosos y el derecho de esos mismos grupos religiosos a reivindicar sus creencias sobre la base de esos mismos derechos. Sin embargo, el límite es evidente: hay que dejar claro que la libertad de expresión no es la libertad de ofender, sino la libertad de decir cosas que puedan ser ofensivas para otros o ser entendidas como ofensivas. No da derecho al insulto gratuito.

Por ello, el ejercicio de ambos derechos, en determinadas circunstancias prácticas, puede dar lugar a situaciones de tensión y colisión de derechos, a momentos de dificultad interpretativa, incluso de problemas graves de orden público y seguridad de personas y bienes, donde cabría preguntarse si podría dar lugar a la entrada del derecho penal o a la responsabilidad civil o administrativa cuando se objetivasen determinados requisitos.

En algunas ocasiones, la libertad de expresión se esgrime como justificación al uso de dogmas, símbolos, motivaciones o cualesquiera otros elementos propios de las diferentes creencias religiosas para que sirvan de elementos catalizadores en los medios de comunicación de las protestas o reivindicaciones que, desde el ejercicio de la libertad de expresión, vienen desarrollando algunos colectivos sociales, actuando como verdaderas “cajas de resonancia”, de forma que alcanzan un impacto social especialmente relevante, precisamente por sus ataques contra los sentimientos religiosos. Es más, el avance de las tecnologías de la información, así como el uso de internet y de las redes sociales, hacen que la manifestación o reunión pueda colgarse en canales como YouTube y que pueda verse por muchísimas personas durante un tiempo ilimitado, saltando así las limitaciones de espacio y tiempo que hasta hace pocos años tenía la libertad de expresión.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Nuestra Constitución reconoce este derecho fundamental en su artículo 20 y contiene las actuaciones que puede ejercer cualquier persona como emisor en el proceso de la comunicación: la libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, las ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a); la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b); la libertad de cátedra (art.



20.1.c); y la libertad de comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d)².

Abordamos aquí solamente la libertad reconocida en el art. 20.1.a) de la Constitución, a la que el Tribunal Constitucional ha denominado “*libertad de expresión en sentido estricto*” (STC 51/1989, de 22 de febrero), “*libertad de opinión*” (STC 104/1986, de 17 de julio) o simplemente “*libertad de expresión*” (STC 199/1987, de 16 de diciembre), y no comprendería las otras libertades reconocidas en el art. 20.1 de la Constitución³.

Si se traslada a los sentimientos religiosos, la libertad de expresión se concreta en la libre expresión de opiniones⁴, en cuanto derecho de todos los ciudadanos. Reconoce: expresar cualquier pensamiento, idea, creencia, juicio de valor u opinión, es decir, cualquier concepción subjetiva de la persona, y difundirla a través de cualquier medio, ya sea natural (la palabra, los gestos), ya sea cualquier medio técnico de reproducción (por escrito, a través de las ondas, etc.) (STC 12/1982, de 31 de marzo FJ 3.º). Así, el ciudadano debe poder acceder a la opinión/información de los grupos religiosos, pero también a otras que puedan molestar o inquietar; con el fin de que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas.

La libertad de expresión protege también las opiniones que puedan ofender, pero eso no significa que no existan límites en su formulación. Como cualquier derecho fundamental presenta limitaciones (art. 20,4 CE). Entre los límites ordinarios del derecho a la libertad de expresión, se reconocen el respeto de los de-

² Cf. *Manual de Derecho Constitucional. Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales 2*, ed. BALAGUER CALLEJÓN, F., Madrid, 2010⁵, pp. 201-202.

³ Cf. SALVADOR MARTÍNEZ, M., «El derecho a la libertad de expresión», en *Documentos TICs. Archivo histórico documental sobre Derecho de las Tecnologías de la Información y Comunicación*. 2006; SORIA, C., «La tutela del sentimiento religioso en los medios de comunicación social», en *Ius Canonicum* 27/53 (1987) pp. 323-335.

⁴ La libertad de expresión: “Se puede definir como el derecho fundamental a emitir (expresar y difundir) juicios de valor (pensamientos, ideas y opiniones). El elemento que permite diferenciarla de la libertad de información es su objeto, que no es el relato del hecho sino la emisión de juicios de valor. La consecuencia es importante pues en este supuesto no se exige la veracidad” (cf. *Ibidem*, pp. 206-207).



rechos fundamentales y libertades públicas, el derecho al honor⁵, a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen, la protección de la juventud y de la infancia. A esos límites hay que añadir otros como la seguridad nacional, la Administración de Justicia y el mensaje racista, sexista o xenófobo, así como el ejercicio de otros derechos fundamentales y los bienes constitucionalmente protegidos, así como la moral y las buenas costumbres (STC 62/1983, de 11 de julio FJ 2.º).

Ya se ha señalado cómo el Tribunal Constitucional ha establecido que la libertad de expresión no protege el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio (SSTC 105/1990, de 6 de junio FJ 4.º y 8.º; 85/1992, de 8 de junio FJ 4.º; 240/1992, de 21 de diciembre FJ 8.º). El límite interno, es decir, la delimitación negativa de su contenido, lo constituye, pues, únicamente, el insulto, ya que este no tiene cabida en una Constitución que, a su vez, reconoce la dignidad de la persona como valor fundamental (art. 10,1 CE)⁶.

Las confesiones religiosas, al igual que las personas creyentes individualmente consideradas, sí que tienen derecho al honor. Hay que señalar que, en relación con el derecho al honor como límite a la libertad de expresión, se debe afirmar que ha sido reconocido para las personas físicas, pues este derecho fundamental tiene un significado personalista referible a personas individualmente consideradas, pero también de los “grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rasgo dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso”

⁵ No es cuestión de este trabajo definir el concepto “honor”, pero, en este sentido y para mayor ilustración, se cita lo escrito por Ferreiro: “El derecho al honor garantizaría un derecho de cualquier persona a tener una buena imagen de sí mismo, esto es, a tener una estima propia (autoestima).

La vertiente objetiva se refiere a la consideración que las demás personas tienen de uno mismo. En otras palabras, se refiere al derecho que toda persona tiene a tener una buena reputación (buen nombre) ante los demás, ante la sociedad. Y, por ende, el derecho a que nadie pueda perturbarle con declaraciones o imputaciones que lesionen esa reputación o buena imagen ante los demás.

En tanto que derechos fundamentales, todas las personas tienen honor, pero la amplitud del mismo vendrá determinada por sus conductas, por las circunstancias (profesión etc.) y por las normas y valores sociales vigentes en cada momento” [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) p. 14].

⁶ Cf. *Manual de Derecho Constitucional*, ed. APARCIO PÉREZ, M. A.- BARCELÓ I SERRAMALERA, M., Barcelona, 2009, pp. 729-730.



(STC 176/1995, de 11 de diciembre FJ 3.º). Este ha sido el caso de la comunidad judía (STC 214/1991, de 11 de noviembre FJ 3.º). Igualmente, el TEDH en el caso *Pavel Ivanov v. Rusia* de fecha de 20 de febrero de 2007 señaló con claridad que no puede esgrimirse la libertad de expresión del artículo 10 del Convenio para difundir ideas antisemitas. También en el caso *Garaudy v. Francia*, de 24 de junio de 2003, en el que el objeto de controversia lo constituía una publicación revisionista del Holocausto, el Tribunal consideró que el objetivo y el tenor general del libro eran marcadamente contrarios a la Convención, ya que el demandante pretendía hacer uso de su libertad de expresión para finalidades que, en caso de resultar amparadas, contribuirían a la destrucción de los derechos y libertades garantizados en esta. No obstante, en relación con la protección del derecho al honor de las personas físicas y jurídicas, el camino aún está por hacerse, sobre todo para las jurídicas.

Volviendo al potencial conflicto con la libertad religiosa, el propio Parlamento Europeo, el 15 de febrero de 2006, en relación con el conocido caso de las caricaturas de Mahoma, adoptó la Resolución sobre el derecho a la libertad de expresión y el respeto a las convicciones religiosas. En ella se resume bien el ejercicio de la libertad de expresión en relación con la libertad religiosa. Literalmente señala que: *“siempre debe ejercerse 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”*.

A los efectos de aportar mayor claridad, hay que mencionar expresamente la reciente Nota del Consejo de la Unión Europea, n.º 11491/13, de 24 de junio sobre *“Orientaciones de la UE sobre el fomento y la protección de la libertad de religión o creencias”*⁷, en la que uno de sus puntos de especial interés es la colisión

⁷ Cf. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Nota sobre “Orientaciones de la UE sobre el fomento y la protección de la libertad de religión o creencias” n.º 11491/13, de 24 de junio», en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2011491%202013%20INIT> (consulta 26.12.2014). Anteriormente, hay que citar también la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (2007) 1805, sobre blasfemia, insultos religiosos e incitación al odio contra las personas por razón de su religión [cf. <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/erec1805.htm> (consulta 26.12.2014)]. También, la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (2006) 1510, sobre libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas: [cf. <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/ERES1510.htm> (consul-



entre la libertad de expresión y la libertad religiosa (cf. punto 32). Se desprende que la acción de la libertad de expresión debe tener un alcance muy amplio y que deberá prevalecer, mientras el uso de esa libertad no llegue a constituir un discurso de odio religioso que implique incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

A la vista de la legislación, jurisprudencia e interpretaciones internacionales que se han señalado, debemos preguntarnos ¿cómo debemos analizar los potenciales casos de conflicto entre libertad de expresión y libertad religiosa? Será necesario fijarse bien en dos aspectos: el psicológico y el social. En relación con el primero, estaríamos ante la protección de los derechos de terceras personas frente a la libertad de expresión, y en el segundo nos situaríamos ante el mantenimiento del orden público.

En todo caso, siempre será necesario realizar un juicio de ponderación entre los intereses y las situaciones que se encuentren en conflicto, la que enjuicia la libertad religiosa –u otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos– y la que valora la libertad de expresión (STC 15/1993, de 18 de enero FJ 1.º). En la ponderación deberán valorarse las circunstancias de todo orden que concurren en el caso concreto, debiéndose incluir: el contenido de la información, la mayor o menor intensidad de las frases, su tono humorístico, mordaz o sarcástico, el hecho de afectar a una persona titular de un cargo público, y si la lesión ha afectado al carácter de autoridad del lesionado, la finalidad de crítica política, la existencia o inexistencia de *animus injuriandi*, y el grado de intensidad de la lesión en el honor (STC 85/1992, de 8 de junio FJ 4.º y 5.º).

Todas esas circunstancias deberán enjuiciarse dentro de los tres requisitos exigibles dentro del juicio de proporcionalidad⁸:

ta 26.12.2104)]. Y además, los trabajos de la denominada Comisión Venecia: <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=1769> (consulta 26.12.2014). En Naciones Unidas, en especial los países islámicos han ido por una dirección muy diferente. Resulta especialmente interesante el trabajo de 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 Eclesiástico del Estado* 19 (2009) pp. 1-31.

⁸ En este sentido, y sobre el juicio de proporcionalidad entre libertad de expresión y libertad religiosa, 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) pp. 106-107 (Ejemplar dedicado a: Tiempos de crisis, nuevos escenarios del pensamiento jurídico).



1. La adecuación (que la limitación haya sido establecida por ley de manera que sea previsible para el sujeto). En estos casos, habría que valorar si la prohibición (dentro de las circunstancias concurrentes) resulta un medio adecuado, idóneo, útil, eficaz y seguro para conseguir el fin propuesto por el legislador (fin que solo puede ser la protección de otro derecho fundamental o la protección de un valor o un bien que tenga fundamento expreso o implícito en el texto constitucional).
2. La necesidad (que la limitación persiga un fin legítimo). Desde luego, toda la argumentación anteriormente indicada nos lleva a la conclusión clara de que estamos ante una medida adecuada, y desde luego indispensable para asegurar el ordenamiento jurídico y evitar la lesión grave de la libertad religiosa, valorando todos los límites incluido el orden público.
3. La proporcionalidad en sentido estricto (que la limitación sea necesaria). De la lectura de todo lo anterior, se puede concluir que la intensidad de la intervención es proporcional y proporcionada a los bienes jurídicos en conflicto. Mediante esta fase del juicio crítico se concluye afirmando que el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés público que se trata de proteger. Esto es, que de la limitación de uno de los derechos en conflicto frente al otro u otros se derivan más beneficios que perjuicios para el interés general.

Un buen resumen de la limitación de la libertad de expresión frente a la libertad religiosa la encontramos en el derecho español mediante la cita de un caso, que en realidad son tres, que se ha venido reiterando en Madrid en los años 2011, 2012 y 2014 ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Aparece representado por la evidente colisión entre un derecho de libertad de expresión (ejercido y caracterizado por el ejercicio público de un derecho de reunión y manifestación) y de libertad religiosa.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha pronunciado en tres ocasiones. En la Sentencia núm. 267/2011, de 20 de abril (FJ 7.º), y en la núm. 213/2012, de 30 de marzo (FJ 5.º), ambas de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su Sección 9.ª, y también la Sentencia núm. 209/2014, de 14 de abril (FJ 4.º y 5.º), de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su Sección 8.ª.



Claramente, dichas resoluciones nos indican que la aconfesionalidad del Estado no significa que este no deba proteger y tener en cuenta las creencias religiosas o desconocer el derecho fundamental consagrado en el art. 16 CE, sino que por el contrario aboga por su garantía y protección, desde la defensa del ordenamiento jurídico y la ponderación de derechos en conflicto.

En resumen, la colisión entre la libertad de expresión y la libertad religiosa resulta una temática especialmente controvertida y compleja que nos obliga a enjuiciar caso a caso para lograr la solución jurídica más justa en cada momento. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no se trata solo de una cuestión jurídica, sino también de convivencia en una sociedad plural y donde el mismo interés social y jurídico debe primar para proteger cualquier ofensa ante cualquier religión, sin distinguir entre una u otra como exige nuestro principio y derecho de igualdad⁹.

3. DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA: LA PROTECCIÓN DEL SENTIMIENTO RELIGIOSO

Cuando desde el derecho nos situamos ante los sentimientos religiosos, debemos conocer que estamos ante una persona o un grupo de personas que sienten o tienen unas creencias y practican una religión. Ese sentimiento religioso no surge necesariamente de las enseñanzas recibidas, o de la costumbre y tradición seguida por su grupo familiar, sino que se forma en lo más íntimo del espíritu humano¹⁰.

⁹ Al respecto de la protección del pluralismo en el ámbito público desde la libertad de expresión y de información ha escrito Jorba que: “La promoción del pluralismo, de los pluralismos, no es una tarea per se, sino un instrumento de participación cívica, de cohesión social, integración y respeto mutuo (...) En ese contexto, y respecto al pluralismo religioso, se impone el respeto de las reglas de juego de la laicidad –la libertad religiosa y de culto, con una carta de derechos y deberes compartida– ante la tentación de una deriva laicista llena de viejos tics anticlericales. Es preciso tener en cuenta, en relación con las nuevas religiones en escena, que si queremos que sus miembros acepten y practiquen los deberes que se imponen al conjunto de la ciudadanía, también deberán poder disfrutar de los mismos derechos, incluido el respeto de la libertad religiosa y de culto. La concreción de dichos principios en el espacio audiovisual público es una asignatura pendiente. Y lo es también en relación con religiones de mayor tradición histórica” cf. JORBA, R., «Clausura del seminario», en *Medios de comunicación y pluralismo religiosos. Consejo Audiovisual de Cataluña*, [Barcelona] 2010, pp. 225-226.

¹⁰ Ese sentimiento religioso, afirma Carretero Sánchez, que “no surge necesariamente de las enseñanzas recibidas, o de la costumbre y tradición seguida por los familiares de un individuo, sino que se



Un primer acercamiento viene de su conocimiento general, es obvio; se trata de dos palabras cuyo contenido vulgar –entendiendo por tal no su ámbito jurídico– podemos conocer exactamente si acudimos al *Diccionario de la lengua española* de la RAE.

- “Sentimiento (tres entradas).- 1. Acción y efecto de sentir o sentirse.
2. Impresión y movimiento que causan en el alma las cosas espirituales.
3. Estado del ánimo afligido por un suceso triste o doloroso.

Religioso (cuatro entradas).- 1. Perteneciente o relativo a la religión o a los que la profesan. 2. Que tiene religión y que particularmente la profesa con celo. 3. Que ha profesado en una orden regular. 4. Fiel y exacto en el cumplimiento del deber”.

Buscando la regulación jurídica de este término, acudimos, en primer lugar, a la Constitución, donde, desde el art. 16, nos encontramos la protección de este sentimiento religioso desde tres esferas:

1. La garantía jurídica de poder disfrutar de una libertad religiosa, con la limitación propia de todos los derechos fundamentales, y los específicos fijados en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (art. 16.1 CE y 3.1 LOLR)¹¹.
2. La imposibilidad de que cualquier persona sea forzada a declarar su sentimiento religioso (art. 16.2 CE).
3. El mandato de cooperación del Estado con las confesiones religiosas, o dicho de otra forma, la promoción estatal de lo religioso, y por qué no, de los sentimientos religiosos (art. 16.3 CE).

forma en lo más íntimo del espíritu humano” [cf. CARRETERO SÁNCHEZ, A., «Teoría y práctica de los delitos contra los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos: el peso de una negativa influencia», en *La Ley* 6666 Sección Doctrina 7 de marzo 2007 (La Ley 995/2007) p. 1.

¹¹ Resulta adecuada la valoración del límite realizada por Contreras, quien ha escrito que: “(...) no podemos olvidar que, la libertad religiosa, como derecho fundamental que es, sólo puede ser objeto de restricciones en cuanto sea absolutamente necesario y sólo en la medida en que lo sea. Además, las limitaciones que se establezcan, deberán fijarse por Ley, evitando así situaciones de arbitrariedad o discrecionalidad. Por último, el límite no afectará en ningún caso a las proyecciones internas sino, exclusivamente, a sus manifestaciones externas” [cf. CONTRERAS MAZARIO, J. M., «La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo», en *Documentación jurídica* 28/70 (1991) p. 293].



Esa regulación jurídica se ha visto desarrollada por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, y especialmente debe citarse lo previsto en el art. 2, puesto que recoge expresamente el contenido esencial de ese derecho fundamental de libertad religiosa, determinándonos que la libertad religiosa permite profesar una religión, cambiarla, o no poseer ninguna, manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo, practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales. Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas.

Ese contenido esencial o conjunto de manifestaciones jurídicas de este derecho fundamental se completa en este mismo artículo, en su apartado segundo, estableciéndose que este derecho fundamental posee además una vertiente colectiva, propia de los grupos, confesiones y comunidades religiosas que les permite a su vez 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, sean en territorio nacional o en el extranjero.

Visto lo anterior, podemos afirmar que ese “sentimiento religioso” 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.

Dentro de esa línea, sigue perfectamente vigente la afirmación de Camarero Suárez¹², quien afirmó que: “*La sensibilidad religiosa es un bien protegible, y su protección jurídica exige que el derecho a la libertad de expresión –art. 20 de la Constitución– sea ejercido dentro de sus límites, ya que lo religioso no es un aspecto accesorio, sino esencial de la persona*”. Igualmente, el sentimiento religioso tiene,

¹² 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.



siguiendo a Minteguía Arregui¹³, una estrecha relación con el concepto de conciencia humana desde dos perspectivas diferentes; por un lado, se convierte en un instrumento por el que la persona puede tener conciencia de sí misma. Por otro lado, el sentimiento se convierte en sensación de apego con una creencia o idea que hace que sea sentida como propia, como parte de nuestro propio ser. Considerándose como “*la percepción de un estado emocional que permite a las personas individuales identificarse con algunas de sus propias creencias, ideas y, en ocasiones, sus opiniones*”.

Resulta obligado hacernos la siguiente pregunta: ¿Qué está bajo la protección de ese sentimiento religioso? Son las realidades sociales las que importan al derecho, y por ello, la respuesta es clara, para el creyente el sentimiento religioso, para aquel que “profesa”, será el planteamiento vital que el ciudadano realiza de su propia vida en relación con su comportamiento individual desde dogmas propios de sus creencias. Sin embargo, también será sentimiento religioso el “colectivo”, el marcado por los grupos religiosos donde el ciudadano se agrupa para vivir su religiosidad porque, en definitiva, es el que está creando y sustentando la propia conciencia individual.

Sobre ese sentimiento religioso, es muy importante señalar que no solo es una cuestión jurídica, es también un elemento clave para la convivencia pacífica. Resulta imposible y absurdo, y desde luego contrario a derecho, querer dejar esa religiosidad, ese sentimiento individual y colectivo reducido a la esfera íntima del ciudadano. En esa línea, debe citarse lo señalado por el TEDH en la Sentencia Kokkinakis v. Grecia, de 25 de mayo de 1993, que fijó con claridad que “*es libertad, en su dimensión religiosa, uno de los elementos vitales y que contribuye a la formación de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida*”. “*Es un bien valioso para los creyentes, pero también para los ateos, los agnósticos, los escépticos y los indiferentes*”¹⁴.

En nuestro país, desde hace no muchos años, ese “sentimiento religiosos” no es unicolor, es plural, han aparecido nuevas confesiones religiosas, iglesias y comunidades, con gran fuerza social, que junto a la Iglesia católica y las otras tres grandes confesiones religiosas existentes en nuestro país –musulmanes, protes-

¹³ Cf. MINTEGUÍA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2006, pp. 223-224.

¹⁴ Cf. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «El conflicto entre la libertad de expresión y los...» *cit.* p. 103.



tantes y judíos— nos diseñan una realidad amplia y variada¹⁵ donde cada una de ellas debe encontrar su lugar en armonía y libertad con las otras y deben desarrollar sus dogmas morales conforme al ordenamiento jurídico.

Desde la mentalidad española, en ocasiones, no resulta fácil entender otros grupos religiosos diferentes del católico debido a la tradición histórica de siglos de existencia unitaria en España de la Iglesia católica como única confesión religiosa, donde su influencia ha recaído sobre instituciones jurídicas, el arte, la educación y, en fin, toda la sociedad. En materia de medios de comunicación y de libertad de imprenta, era la encargada, durante muchos siglos, de realizar la censura y de permitir solo las obras impresas y audiovisuales que fueran conformes a la moral católica¹⁶. Hoy, estamos en otros tiempos, los sentimientos religiosos no forman parte de la moral ni del orden público para servir de obstáculo a la cultura y al desarrollo de la libertad de expresión.

De todo lo anterior, podemos afirmar siguiendo a Ferreiro Galguera que si bien *“es cierto que esos sentimientos, por sí mismos, son inaprensibles para el Derecho, pues debido a su naturaleza sentimental no poseen en sí ningún elemento objetivo, contingente. No obstante, aunque el ordenamiento jurídico no pueda captar con nitidez esos sentimientos, sí puede detectar tanto las fuentes que los generan (las confesiones religiosas) como las exteriorizaciones de los mismos”*¹⁷.

Hay que tener en cuenta que los sentimientos religiosos, analizados desde el punto de vista de la libertad religiosa, no forman parte de la moral ni del orden público, por lo que no pueden servir de obstáculo a la cultura y al desarrollo de la libertad de expresión. En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal

¹⁵ La mejor forma de verificar la diversidad religiosa es la cita de la realidad inscrita en el Registro de Entidades Religiosas. A fecha de 30/09/2014, constaban inscritas 16.130 entidades religiosas (iglesias, comunidades, confesiones, o federaciones de las mismas, así como otras entidades asociativas), de las cuales el 76,20 % son católicas y el resto pertenecen a otras confesiones religiosas muy diversas.

Igualmente, ese porcentaje —con una cierta desviación— se deduce de la última encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), de julio de 2014, donde el 69,7 % de la población se declara católica, el 2,1 % se declara creyente de otras religiones, el 15,3 % no creyente, y el 10,2 % se declara ateo.

¹⁶ Castro Jover ha señalado que “La moral pública identificada con la moral católica ha actuado como límite de la libertad de expresión en los últimos siglos” [cf. CASTRO JOVER, A., «Prólogo», en MINTEGUÍA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y...*, cit. p. 10].

¹⁷ Cf. FERREIRO GALGUERA, J., «La protección de los sentimientos religiosos en los acuerdos con la Iglesia católica», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 11 (1995) p. 125.



Constitucional núm. 129/96, de 9 de julio (FJ 2.º), determinando cómo, en ocasiones, la opinión al respecto de una determinada realidad social (en este caso, la prostitución) puede coincidir entre el Estado y las confesiones religiosas, pero igualmente, indica el Tribunal Constitucional, que, desde luego, esto no implica imposición del Estado de normas religiosas. Sin embargo, los sentimientos religiosos, si se analizan desde la convivencia pacífica y desde el *hate speech*, sí que forman parte del orden público porque lo que se respeta es la diversidad social, que se fundamenta en la propia sociedad democrática y plural de la propia libertad de los ciudadanos¹⁸.

Por último, para compatibilizar el ejercicio de la libertad de expresión y el respeto a los sentimientos religiosos, se han intentado sistematizar unas pautas de actuación con el fin de posibilitar su ejercicio legítimo de forma que no se produzcan injerencias entre uno y otro. Se aportan dos ejemplos, uno de la Sala de Prensa de la Santa Sede y otro del Consejo Audiovisual de Cataluña, que pueden encontrarse como anexo 1 al final de este trabajo.

¹⁸ En sentido semejante se pronuncia Gamper, cuando afirma que: “En conclusión: sí debemos proteger los sentimientos religiosos de las personas, pero no porque esos sentimientos religiosos sean dignos de ser protegidos en sí mismos, sino porque una sociedad plural sólo puede prosperar sobre un suelo que respete a las personas en tanto que ciudadanos con los mismos derechos que uno y como alguien que tiene el mismo derecho de equivocarse que nosotros. Una sociedad que respeta los sentimientos religiosos de los otros en tanto que acepta que el otro puede estar tan equivocado como uno mismo, parte de la autonomía ciudadana, y, si quiere mantener cierta unidad, debe apañárselas de algún modo para saber cómo se las gasta el vecino de cada uno.

Lo que se respeta cuando se protegen los sentimientos religiosos de los ciudadanos es la diversidad social, que se fundamenta en la libertad ciudadana. Los sentimientos religiosos en sí no siempre tienen un valor inherente. Si nos sacamos la máscara académica, la toga de jueces o el bastón de mando del Estado, podemos decir que algunos sentimientos religiosos no son respetables, que se basan en el engaño, el fraude, la codicia y la ignorancia. Pensamos en algunas apariciones marianas, en la teatralidad de algunos ritos evangélicos o en el creciente sincretismo en la carta de las religiones new age. Podemos decir, incluso, que algunos individuos pierden la dignidad por el hecho de tener determinados sentimientos religiosos que son evidentes signos de la falta de formación o la falta de calor humano, pero ¿a quién corresponde decidir cuáles tienen valor inherente y cuáles no? ¿A los políticos, a los juristas, a los filósofos o a los psicólogos? ¿Quién está en situación de juzgar la significatividad de una creencia? Salvo algunos casos flagrantes, el buen juicio aconseja suspender el juicio, valga aquí la redundancia. Como dice Rawls, hay que aplicar la tolerancia a la propia filosofía”. GAMPER, D., «Los sentimientos religiosos en los medios de comunicación: estereotipos, libertad de expresión y espacio público democrático», en AA. VV., *Medios de comunicación y pluralismo religiosos. Consejo Audiovisual de Cataluña*, 2010, p. 74.



4. LA TUTELA PENAL Y LOS DELITOS DE ODIOS CONTRA LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

No todos los ordenamientos jurídicos preservan los sentimientos religiosos mediante el uso del derecho penal. En el caso español, nuestro Código Penal protege los sentimientos religiosos dentro del capítulo IV, bajo el título: “*De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*”. Los tipos penales amparan a la persona que ostenta sentimientos religiosos, o bien a quien no profesa religión alguna, así como también el respeto a los difuntos. En concreto:

Artículo 522: impedir o forzar la práctica de actos religiosos por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo.

Artículo 523: impedir, interrumpir o perturbar los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho. Cualificándose la pena si el hecho se cometiera en lugar destinado al culto.

Artículo 524: actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos, en lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas.

Artículo 525: ofensa pública a los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa o a los que no profesen ninguna, mediante la palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, o bien, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

Artículo 526: se protege el respeto a los difuntos mediante la tipificación de los comportamientos que sean capaces de violar los sepulcros o sepulcros, profanar cadáveres o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyan, alteren o dañen las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos.

El capítulo más controvertido está en la protección de la ofensa contra los sentimientos religiosos y a dicha regulación hay que sumar la nueva tipificación de los delitos de odio. Pero el problema desde el punto de vista jurídico es complejo. Estamos ante la ponderación de varios derechos fundamentales que siempre suelen estar en conflicto.

En España tenemos una larga experiencia en supuestos de colisión entre ambos derechos, y la solución a tal conflicto se viene dando de manera casuística mediante la ponderación y la proporcionalidad de los derechos y libertades en



colisión, en cada caso concreto. En todo caso, como señaló la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid, en su Auto de fecha 10 de junio de 2011, para que exista condena penal por un delito contra los sentimientos religiosos, es necesario que se deriven de los hechos concurrentes en la libertad de expresión un “*un específico dolo de escarnecer o lesionar los sentimientos religiosos de los católicos, y el ánimo de calumniar o injuriar a personas o colectivos de personas determinados*” (FJ 3.º).

El mencionado auto resume la cuestión jurídica afirmando en su FJ 2.º que: “(...) *la actuación del derecho penal frente a este derecho fundamental de la libertad de expresión, ha de ser muy reducida, teniendo en cuenta el carácter fragmentario y subsidiario de este derecho sancionador cuya intervención se justifica como «ultima ratio» cuando no existan otros procedimientos idóneos para solventar el conflicto y cuando las conductas tengan entidad o relevancia por afectar a ese núcleo del «mínimum ético» que se protege en los tipos penales citados*”.

Algo más antigua, pero especialmente reveladora, puede ser la cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Valladolid de 21 de octubre de 2005¹⁹, en la que se juzga a quien en tiempo de Semana Santa y en las proximidades del paso de una procesión portaba una pancarta con una imagen de la Virgen María y Jesucristo a cuyo pie decía “adúltera con su bastardo”. Al decir de la sentencia, “*no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros, lo que en el caso de autos ocurre inequívocamente, sino que se requiere que esa conducta haga escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, además, se realice con la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos religiosos*”. Cugat²⁰ advierte cómo “*es especialmente reveladora la absolución por la falta de dolo*”, y que “*La dificultad de prueba del elemento subjetivo no ha sido con todo el único obstáculo a la aplicación del delito, pues se requiere también de la prueba de la base objetiva de la ofensa, es decir, el escarnio de dogmas, etc., que no siempre es posible aun concurriendo una intención burlesca en el sujeto actuante*”.

Estamos ante una situación jurídica especialmente compleja. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha advertido del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del derecho penal un factor de disuasión del ejercicio

¹⁹ Cf. CUGAT, M., «Acerca de la protección penal de los sentimientos religiosos en los medios», en *Medios de comunicación y pluralismo religiosos...*, cit. p. 43.

²⁰ Cf. *Ibidem*, p. 43.



de la libertad de expresión (STC 105/1990, de 6 de junio y STC 287/2000, de 27 de noviembre).

El Tribunal Constitucional ha sido especialmente garantista respecto al ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, en la STC 110/2000, de 5 de mayo FJ 5.º afirmó que: *“el Juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal”*. Ahora bien, la complejidad del asunto hace que en el análisis de la aplicación penal de este tipo de delitos no nos podamos quedar solo aquí. Es necesario cuestionar la aplicación de los tipos penales en aquellos supuestos en los que, pese a que puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental, estos no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlos. Con ello no nos referimos, como es obvio, a los supuestos en los que la invocación del derecho fundamental se convierte en un mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos. Si se llegara a esa conclusión, es necesario también tener en cuenta que el exceso en el que potencialmente se incurriera pudiera eventualmente comportar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio. En definitiva, también se está protegiendo el denominado “efecto desaliento” (STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8.º).

Ahora bien, en los juicios de proporcionalidad y en los análisis que se realicen de los derechos fundamentales en conflicto y de sus límites, no hay que olvidar nunca que la libertad religiosa también es un derecho fundamental y, por tanto, también se le aplica dicha protección.

Como resumen a esta controversia, creo que se puede citar una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que zanjaba de forma razonable esta problemática. Me refiero a la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1982, de 29 de enero (FJ 5.º), puesto que resulta verdaderamente interesante a los efectos de verificar los límites de los derechos fundamentales; su razonamiento jurídico resulta perfectamente aplicable a la libertad religiosa o, mejor dicho, a la colisión que puede surgir. En este sentido, afirma que:

“Pues bien, hemos de afirmar que ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre



terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (arts. 10 y 15 de la Constitución) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los arts. 9 y 10 de la Norma Fundamental. Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás, (...)”.

En todo caso, la aplicación del derecho penal en estas situaciones ha de ser vista de manera especialmente restrictiva, ya no solo por la doctrina constitucional, sino también si tenemos en cuenta las últimas recomendaciones en el ámbito europeo (Consejo de Europa), así como la reciente Nota del Consejo de la Unión Europea, n.º 11491/13, de 24 de junio sobre “*Orientaciones de la UE sobre el fomento y la protección de la libertad de religión o creencias*”, en la que uno de sus puntos de especial interés es la colisión entre la libertad de expresión y la libertad religiosa (punto 32), que señala que en todas las ocasiones que las leyes tipifican la blasfemia como delito incurren en restricción de la libertad de expresión relativa a las creencias religiosas u otras; que a menudo se aplican con el fin de perseguir, maltratar o intimidar a personas pertenecientes a minorías religiosas u otras, y que puede surtir un efecto inhibitorio grave de la libertad de expresión y de la libertad de religión o creencias, por lo que recomendarán que dichas infracciones dejen de estar tipificadas como tales.

En ese sentido parece encaminarse la última jurisprudencia del TEDH, pero teniendo en cuenta que el insulto a la religión y la blasfemia sí pueden ser considerados como ofensa a los sentimientos religiosos, aunque solo en los casos de especial relevancia. Ahora bien, hay que tener en cuenta que los documentos del Consejo de Europa y la conocida Comisión Venecia no excluyen en modo alguno que puedan limitarse las ofensas a la religión por otros instrumentos jurídicos que no tenga por qué ser el derecho penal, y en todo caso, no se excluye la posibilidad de que pueda exigirse una compensación por daños²¹. No hay que olvidar

²¹ Algunas sentencias defienden la libertad religiosa en materia de protección del derecho al honor. Podemos citar dos casos. El primero, donde el derecho al honor de una persona física ha sido defendido por sentencia cuando se han realizado manifestaciones sobre su orientación sexual, y relaciones sentimentales, aunque no por su condición de exseminarista o su relación con la I. Católica. A sensu contrario, expresiones como: “morralla [...] periodística [...] mequetrefe [...] individuo fracasado —quería ser cura pero se quedó en seminarista menor—” (15.5.2010, sin firma); “un chulón, un fracasado aspirante



que una ofensa religiosa en una película genera una publicidad importantísima, y las figuras de resarcimiento civil podrían tener recorrido en este contexto²².

Sobre la posibilidad del resarcimiento civil, siguiendo lo escrito por Balaguer, podemos afirmar que:

“La jurisprudencia del TC ha sido vacilante, diciendo algunas veces con claridad que las personas jurídicas no tienen derecho fundamental al honor, pero, finalmente, ha terminado admitiendo abiertamente la legitimación activa de las personas jurídicas en el ejercicio de las acciones procesales del derecho al honor. La STC 139/1995, de 26 de septiembre, dice que ninguna norma de rango legal ni constitucional impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de derechos fundamentales, por lo que las personas jurídicas tienen también el derecho a la protección del honor. De este modo se zanja la cuestión que había dado lugar a sentencias contradictorias de los tribunales ordinarios, que, por lo general, habían considerado el honor de las personas jurídicas encuadrable dentro de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, y ejecutable su acción en un procedimiento civil, o en su caso penal, ordinario, y sin sujeción a la Ley procesal 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, hoy sustituida por

a cura [...] un individuo deleznable” (1.11.2010, sin firma); “un ex seminarista de Las Palmas, rescatado de la Iglesia católica por Mosca (es siempre mejor un buen polvo que un hisopo tupido) [...] difamador profesional [...] Paulino era el más listo del seminario. Hubiera sido un monaguillo de carita graciosa y ademanes feminoides, pero despertó al sexo del bueno y huyó. Menos mal, porque tal y como están de cerreros por los conventos hubiera sido un candidato directo a tomar por retambufa, que el Señor no lo hubiese querido. Dicho lo cual anoto que profesionalmente es un mentecato, intelectualmente zafo y personalmente insignificante [...] mindundi. Adiós, imbécil” (31.7.2010, firmado Hugo), no parecen suficientes para que entienda el Tribunal la vulneración de su derecho al honor. Este es el caso de la Sentencia de 22 de marzo de 2013, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª.

En el segundo caso, la sentencia sí defendió la libertad religiosa cuando se trataba de enjuiciar la vinculación de personas a movimientos religiosos relacionados con las denominadas sectas; en ese caso sí que ha sido elemento suficiente para la condena por vulneración del derecho al honor (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 27 junio 2011). Los hechos enjuiciados reflejaban cómo una revista publicaba sobre una persona (que era alto cargo en el Ministerio de Igualdad) que: “era simpatizante de la secta Sai-Baba, a la que califican de peligrosa secta religiosa, y la vinculan con abusos sexuales a niños”.

²² Esta afirmación, que compartimos, la ha realizado el actual magistrado español presente en el TEDH. Cf. LÓPEZ GUERRA, L. M., «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 *Civitas. Revista española de derecho europeo* 46 (2013) p. 91.



*los procedimientos especiales previstos en las leyes procesales que regulan los diferentes órdenes jurisdiccionales*²³.

Es necesario diferenciar cuándo nos encontramos ante un caso de protección penal de los sentimientos religiosos, o cuándo nos encontramos ante un delito de odio²⁴. Estos últimos, a diferencia de los primeros tipos penales, protegen los cimientos de la propia convivencia democrática que sostiene todo nuestro ordenamiento jurídico de derechos y libertades.

El TEDH ha sido especialmente contundente en esta materia, afirmando en la Sentencia *Erbakan v. Turquía*, de 6 de julio (§ 56), que: “(...) *la tolerancia y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen los cimientos de una sociedad democrática y pluralista. Que siendo así, como una cuestión de principio puede considerarse necesario en ciertas sociedades democráticas para sancionar o incluso prevenir todas las formas de expresión que propague, incitar, promover o justificar el odio basado en la intolerancia (...)*”.

Comienza a existir un cuerpo jurisprudencial en esta materia en el TEDH, caracterizado, básicamente²⁵, por los siguientes casos:

Decisión sobre inadmisibilidad en el caso *Hizb Ut-Tahrir y otros v. Alemania*, de 19 de junio de 2012. El caso refería a la prohibición en Alemania de las actividades de una asociación islámica, que abogaba por el derrocamiento de los gobiernos no islámicos y el establecimiento de un califato islámico. La idea clave se sitúa en lo previsto en el artículo 17 del CEDH, de forma que no puede esgrimirse el propio CEDH para destruir su propio contenido. En sentido semejante se ha pronunciado el Tribunal en la Sentencia *Kasymakhunov y Saybatalov v. Rusia*, de 14 de marzo de 2013 (§§ 102-114).

También conviene destacar la decisión de inadmisibilidad del caso *Pavel Ivanov v. Rusia*, de 20 de febrero de 2007. Se declaraba que su actuación no podía

²³ Cf. *Manual de Derecho Constitucional. Derechos y libertades fundamentales...2*, cit. pp. 137-138.

²⁴ Cf. documentación sobre *hate crime*: <http://movimientocontralaintolerancia.com/> (consulta 3.1.2017).

²⁵ Una relación muy completa de la jurisprudencia del TEDH sobre *hate speech* y libertad religiosa puede encontrarse en varios trabajos de PALOMINO LOZANO, R., «Libertad religiosa y libertad de expresión», en *Nuevas situaciones, nuevas leyes, nuevas respuestas (actas de las XXIX Jornadas de actualidad canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 15-17 de abril de 2009)*, ed. OTADUY GUERÍN, J., Madrid, 2010, pp. 147-151.



estar protegida por el CEDH dentro de la libertad de expresión, ya que consistía en una serie de escritos sobre el pueblo judío, en los que los acusaba de conspiraciones contra el pueblo ruso con contenido antisemita, y que abogaban claramente a la violencia contra un grupo étnico o religioso. En definitiva, “incitar al odio hacia el pueblo judío” no puede estar protegido por el CEDH.

Es interesante la cita de la decisión de inadmisibilidad en el caso *Norwood v. el Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004. En este caso, se declaró que no estaba amparado por la libertad de expresión un cartel en el cual se reclamaba desde un partido político británico representado por las torres gemelas en llamas que el islam saliera fuera de Gran Bretaña. Se trataba de un ataque contra un grupo religioso, que asociaba a todos los musulmanes en su conjunto con un grave acto de terrorismo.

Sin embargo, en el caso *Gündüz v. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, se entendió que había que proteger la libertad de expresión cuando en medios de comunicación el señor Gündüz defendía desde ideas extremistas la aplicación de la *Sharía* y criticaba con fuerza la democracia, y aunque en su país fue condenado por incitar a la población al odio y la hostilidad sobre la base de una distinción fundada en la pertenencia de una religión, el TEDH sostuvo que las polémicas declaraciones estaban sustentadas sobre la libertad de expresión.

Ya en clave nacional, nuestro Código Penal, en su artículo 510, prevé la sanción para aquellos comportamientos que provoquen a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos donde, entre otros, se recogen la religión o las creencias. O también, los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación con su religión o creencias. Además, hay que citar el agravante que se aplica a cualquier otro tipo penal previsto en el art. 22.4.

Igualmente, se protege la pluralidad religiosa en el art. 511, si la actividad de un encargado de un servicio público denegase a una persona o una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros una prestación pública por razón de su religión o creencias. Esta tipificación también alcanza a las personas físicas que en el marco de sus actividades profesionales o empresariales denegasen una prestación a una persona por razón de su religión o creencias.

Esta regulación jurídica prevista para los delitos de odio viene a situar a España al frente de la persecución de estas tipologías delictivas. Modifica y mejora la regulación jurídica de los tipos penales de los denominados delitos de odio.



5. PROPUESTAS DE CONSENSO

I. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, que comprende informaciones y juicios de valor que puedan resultar inocuos o inofensivos, como también los que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, necesarios en una sociedad democrática.

II. La libertad de expresión no habilita un derecho al insulto, ni al menosprecio. Su ejercicio no puede convertirse en un “salvoconducto” para la injuria gratuita, en el mejor de los casos, o la discriminación u odio hacia los sentimientos religiosos en los peores supuestos. Hay que afirmar claramente que la libertad de expresión no es la libertad de ofender, sino la libertad de decir cosas que puedan ser entendidas por otros como ofensivas. No da derecho al insulto gratuito.

III. No parece que el Código Penal, que la represión penal, sea el mejor de los caminos, salvo cuando nos encontramos ante un discurso de odio que potencialmente fomente, promueva o incite directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia, o acciones que lesionen la dignidad por entrañar humillación, menosprecio o descrédito contra un grupo, una parte de este o contra una persona determinada por razón de su identidad religiosa.

IV. También hay que dejar claro que, hoy en día, los sentimientos religiosos no forman parte de la moral ni del orden público, y por tanto no son un límite para la libertad de expresión. Sin embargo, desde la misma aconfesionalidad, separación o laicidad positiva del Estado (art. 16.3 CE) que justifica lo anterior, también, los sentimientos religiosos analizados desde la convivencia pacífica y desde el *hate speech* sí que forman parte del orden público porque lo que se respeta es la diversidad social, que se fundamenta en la sociedad democrática y plural de la propia libertad de los ciudadanos (semejante fundamentación a la libertad de expresión). Ahí sí, habrá responsabilidad penal, en esos supuestos, y esta es la justificación.

V. Sin embargo, en muchas ocasiones, no nos encontramos ante un delito de odio y sí ante extralimitaciones de la libertad de expresión que contienen injurias



graves contra los sentimientos religiosos de una/s persona/s o de una/s entidad/es religiosa/s. Para estos casos, se propone la extensión de la protección del derecho al honor, mediante la aplicación del derecho civil y el resarcimiento del daño causado. Se ha indicado en este trabajo que las personas físicas, pero también las jurídicas, tienen derecho al honor, y en muchas ocasiones una extralimitación injuriosa de la libertad de expresión no solo causa daño gratuito a los sentimientos religiosos, sino que implica un enriquecimiento injusto para el autor. El insulto y la vejación a los sentimientos religiosos supone una publicidad importantísima para el autor, que se ve claramente beneficiado por la polémica al publicarse la “noticia” en medios de comunicación con la consiguiente publicidad (beneficio) que puede cuantificarse para su autor. Por poner algún ejemplo, un cortometraje como el titulado “Cómo cocinar a un cristo” claramente hubiera pasado desapercibido, a no ser por la publicidad que recibió por el hecho de ofender los sentimientos religiosos y por la causa penal que se siguió contra sus autores. O la última polémica en el museo Reina Sofía, donde en una exposición se publicitaba una caja de cerillas con el dibujo de una iglesia en llamas y se podía leer “la iglesia que más ilumina es la que arde”. Claramente la libertad de expresión gratuitamente ofensiva para los sentimientos religiosos hace que los autores saquen una ventaja de su acción: la enorme publicidad que recibe la polémica, mientras que los sentimientos religiosos solo reciben ofensa.

VI. La posibilidad de la reparación en vía civil del daño causado no produciría el denominado “efecto desaliento” en el ejercicio de la libertad de expresión, sino que lo que posibilita es el ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de la responsabilidad dentro de lo previsto en el ordenamiento jurídico. El Código Civil es especialmente claro en este sentido: los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, y la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de este, estableciéndose de forma específica que todo acto que sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización²⁶.

²⁶ Código Civil, art. 7: 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar



VII. Una gran parte de los autores que han trabajado esta materia optan por la defensa de la libertad de expresión desde la negación de ese insulto, con el límite de la responsabilidad. En este sentido, se puede afirmar que: “*La mejor defensa de la libertad de expresión es su ejercicio responsable*”²⁷, o “*Si queremos erradicar el fanatismo religioso –y es esencial hacerlo– el camino no pasa por glorificar el insulto de quien piensa diferente, sino por un periodismo más consciente de su responsabilidad social y más sensible hacia los valores de las minorías*”²⁸.

VIII. En ningún caso, la extralimitación de la libertad de expresión puede dar lugar a justificar comportamientos violentos. La violencia requerirá la acción del derecho penal con toda su fuerza.

a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

²⁷ Cf. ESPINOSA, A., «Libertad de expresión vs. creencias religiosas», en *Cuadernos de periodistas: revista de la Asociación de la Prensa de Madrid* 25 (2012) p. 18.

²⁸ Coincido con las conclusiones y análisis efectuado por Marínez-Torrón en su tribuna de la revista electrónica *El Confidencial*: cf. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «“Charlie Hebdo”: una tragedia sin héroes», en http://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2015-01-15/charlie-hebdo-una-tragedia-sin-heroes_622124/ (consulta 15.1.2015).



ANEXO 1

Ejemplos de directrices para el tratamiento del factor religioso en programas audiovisuales o representaciones potencialmente ofensivas a los sentimientos religiosos

<p>Recomendaciones del CAC (Consell de l'Audiovisual de Catalunya), de fecha de 15 de mayo de 2002. El CAC elaboró varias recomendaciones (un decálogo) para el tratamiento del hecho religioso en los programas audiovisuales de entretenimiento, que literalmente establecían que:</p> <ol style="list-style-type: none">1.º Respetar y fomentar la libertad religiosa de las personas como derecho fundamental del que derivan otros derechos fundamentales.2.º Respetar y fomentar la libertad religiosa en su dimensión colectiva como valor social positivo, lo que implica un respeto a todas las confesiones o entidades religiosas, así consideradas y reconocidas por el ordenamiento jurídico.3.º Respetar los sentimientos individuales y colectivos de modo que no se utilicen indebidamente, aunque sea en clave de humor, los símbolos representativos para las personas que profesan una confesión religiosa.	<p>La Santa Sede, a través de su Sala de Prensa, en fecha de 4 de febrero de 2006 elaboró la siguiente declaración sobre las representaciones ofensivas a los sentimientos religiosos y distintas reacciones ante ellas:</p> <p>Para responder a varias peticiones de precisiones sobre la posición de la Santa Sede ante recientes representaciones ofensivas de los sentimientos de las distintas personas o de las comunidades, la Sala de Prensa de la Santa Sede está en condiciones de responder lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none">1.º El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, sancionado por la Declaración de los Derechos del Hombre, no puede implicar el derecho a ofender el sentimiento religiosos de los creyentes. Este principio es válido y se refiere obviamente a cualquier religión.
---	--



<p>4.º Respetar el pluralismo religioso, en el marco de los valores universales, los derechos fundamentales y la convivencia en democracia, y las diferentes actitudes de la ciudadanía en relación con el ateísmo y el agnosticismo.</p> <p>5.º Actuar con especial responsabilidad y rigor en el caso de expresiones que puedan suscitar discriminaciones por motivos religiosos.</p> <p>6.º Aplicar el principio de igualdad de trato para todas las confesiones con independencia de la incidencia sociológica que tengan.</p> <p>7.º Aceptar que en el ejercicio de la libertad de expresión, entendida esta como la emisión de juicios personales y subjetivos, de opiniones y creencias o pensamientos, los personajes públicos o con cierta notoriedad pública deben soportar, por su propia condición, que las actuaciones en el desarrollo del ejercicio de los cargos y funciones se vean sometidas al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, se emitan juicios de valor en relación con sus actuaciones.</p>	<p>2.º La convivencia humana exige, pues, un clima de respeto mutuo para favorecer la paz entre los hombres y las naciones. Por otro lado, alguna forma de crítica exasperada o de burla de los otros denota una falta de sensibilidad humana y puede constituir en algunos casos una inadmisibles provocación. La lectura de la historia enseña que no es por este camino por donde se curan las heridas existentes en las vidas de los pueblos.</p> <p>3.º Es también obvio que las ofensas hechas por una persona singular o por un medio de comunicación no pueden ser imputadas a las instituciones públicas del país correspondiente, cuyas autoridades podrán y deberán, eventualmente, intervenir según los principios de la legislación nacional. Acciones violentas de protestas son, por lo tanto, medidas deplorables. Para reaccionar ante una ofensa, no se puede actuar en contradicción con el espíritu de toda religión. La intolerancia real o verbal, de cualquier parte que venga, como acción o como reacción, constituye siempre una seria amenaza a la paz.</p>
--	--



8.º Aceptar que la crítica legítima en asuntos de interés público ampara a aquellas personas que puedan molestar, inquietar o disgustar en el ánimo de un determinado conjunto de la ciudadanía.

9.º Rechazar que, en virtud de la libertad de expresión, se emitan apelativos o expresiones formalmente injuriosas, desconectadas de la crítica legítima e innecesarias para el mensaje que se quiere difundir, que puedan producir un daño injustificado al prestigio de las instituciones religiosas o a la dignidad de las personas que las representan.

10.º Los operadores deben ser conscientes a priori –puesto que la sociedad es cada vez más plural, heterogénea, multicultural y secularizada–, mediante el establecimiento de códigos deontológicos, de la actitud que se debe adoptar en lo relativo al tratamiento de las creencias o símbolos religiosos en programas de entretenimiento y de la repercusión y alcance que tendrá esta actitud en el conjunto de la ciudadanía.

Frente a esta regulación autonómica, el derecho a la libertad de expresión desde las expresiones escritas o gráficas en contra o, mejor dicho, capaz de ofender a los sentimientos religiosos no ha sido objeto de una regulación unitaria; tenemos, por un lado, el límite último del derecho penal aplicable a los casos más graves previstos en el Código Penal.



