

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXXII

■ Núm. 2.209

■ Junio de 2018

ESTUDIO DOCTRINAL



LA RELIGIÓN Y SU JURIDIFICACIÓN
(Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa y la libertad de expresión)

Daniel González Uriel



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

www.mjjusticia.es/bmj

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

Registrador de la Propiedad

Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

Profesor titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excmo. D.^a Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Civil

Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón

Profesora titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

LA RELIGIÓN Y SU JURIDIFICACIÓN

**(Especial consideración de la colisión entre la libertad religiosa
y la libertad de expresión)**

DANIEL GONZÁLEZ URIEL

Juez

*Doctorando en el área de Derecho Penal en la Facultad de Derecho
de Santiago de Compostela*

Resumen

La religión, como toda institución social, es tributaria de una regulación normativa por parte del Estado, a través de la cual se definen los ámbitos de actuación del ciudadano y de la comunidad en su ejercicio y práctica, se establezcan sus derechos, se fijen sus deberes y se la dote de mecanismos de protección y garantía. Tales normas especiales deben conjugarse con el carácter aconfesional del Estado y con el principio de no discriminación entre ciudadanos. En este estudio se expondrá el contenido del derecho a la libertad religiosa y su relación con el derecho a la libertad de expresión, tanto en su faceta individual como a través de los medios de comunicación social, concretando los criterios ofrecidos por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También se atenderá a la evolución del denominado «discurso del odio», en concreto, en su faceta de «odio religioso», a la luz de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, teniendo en cuenta la difusión a través de las redes sociales, sus formas de control, erradicación y sanción.

Palabras clave

Religión, aconfesionalidad, juridificación, libertad de expresión, odio religioso

Abstract

Religion, like any social institution, is subject to a normative regulation by the State, through which the areas of action of the citizen and the community in their exercise and practice are defined, their rights are established, their Duties and be provided with mechanisms of protection and guarantee. Such special rules must be combined with the non-denominational character of the State and with the principle of non-discrimination among citizens. The content of the right to religious freedom and its relation to speech freedom, both in its individual facet and through the mass media, will be presented, specifying the criteria offered by the doctrine of the European Court of Human Rights. It will also deal with the evolution of the so-called «hate speech», in particular, in its facet of «religious hatred», in the light of new communication and information technologies, taking into account the diffusion through Social networks, their forms of control, eradication and sanction.

Keywords

Religion, non-denominational, juridification, speech freedom, religious hatred

SUMARIO

1. MARCO NORMATIVO

- 1.1. De la libertad de cultos a la libertad religiosa.
- 1.2. La juridificación de la religión.
 - 1.2.1. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, 7/1980 de 5 de julio.
 - 1.2.2. Los acuerdos y convenios de colaboración en materia religiosa.
 - 1.2.3. Los delitos contra la libertad religiosa.
 - 1.2.4. Reflejo en las normas civiles.
- 1.3. Consideración crítica: de la libertad religiosa al derecho a la independencia ética.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

- 2.1. Concepto y contenido esencial del derecho.
- 2.2. Colisión con la libertad religiosa.
- 2.3. ¿Burla u ofensa?
 - 2.3.1. Las publicaciones satíricas.
 - 2.3.2. El ejercicio por los particulares.
- 2.4. La jurisprudencia del TEDH.

3. EL DISCURSO DEL ODIO RELIGIOSO

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

1. MARCO NORMATIVO

1.1. De la libertad de cultos a la libertad religiosa

La Constitución Española (CE) de 1978 recoge por primera vez en un texto constitucional en España el derecho a «la libertad religiosa» como tal. Es cierto que en los textos de 1869¹ y 1931² se hacía una mención a la profesión de creencias distintas de la católica, pero no se formulaba el derecho al que hacemos referencia de forma expresa. Por tanto, en este aspecto, la Carta Magna efectúa una innovación en nuestro ordenamiento iusfundamental. Así, el artículo 16 establece: «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». Con anterioridad se hacía referencia a «libertad de cultos», pero esta variación terminológica comprende una modificación sustancial en el entendimiento del sistema de creencias, y la libertad religiosa es entendida por el TC³ como un derecho subjetivo con una doble dimensión, interna y externa. La dimensión interna, como recoge la sentencia del TC (STC) 177/1996 de 11 de noviembre, en su fundamento jurídico (FJ) 9, «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual» y asimismo, junto a esta «dimensión interna, esta libertad [...]» incluye también una «dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias

¹ El artículo 21 de la CE de 1869 apuntaba: «Si algunos españoles profesaran otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior», en dicho párrafo se manifestaba: «La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica.

El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho».

² El artículo 27 de la CE de 1931 presentaba el siguiente tenor literal: «La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública.

Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos.

Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno.

Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas.

La condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política salvo lo dispuesto en esta Constitución para el nombramiento de Presidente de la República y para ser Presidente del Consejo de Ministros».

³ CARAZO LIÉBANA, M. J. «El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 14, 2011, p. 44.

convicciones y mantenerlas frente a terceros [...]». De esta forma se entiende el fenómeno religioso como algo individual y colectivo, como un elemento que trasciende al sujeto y permite conectarlo al grupo. Ambos componentes, interno y externo, son inescindibles, y el individuo no puede verse compelido por los poderes públicos ni por terceros a obrar en contra de sus propias creencias.

La libertad religiosa aparece reconocida en las principales declaraciones internacionales de Derechos Humanos: en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 10 de la Carta Magna de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Esta enumeración pone de relieve la importancia del fenómeno religioso y la necesidad de su desarrollo normativo: los citados textos no son ajenos a las guerras de religión habidas durante largos siglos a lo largo de la historia y pretenden efectuar un reconocimiento de las distintas creencias y credos religiosos, de su práctica, de su autorregulación, así como del hecho de no profesar religión alguna y que ello no resulte motivo de discriminación.

En lo relativo a la diferenciación entre libertad religiosa y de culto, existen autores que manifiestan que se trata de un mismo derecho/libertad, mientras que otro sector entiende que son ámbitos autónomos y añade un entendimiento diferenciado de la libertad de culto, definida como⁴ «medio de igualación de todas las opciones religiosas, fundamentado en dos aspectos: i) gnoseológicamente, en la imposibilidad de enunciar racionalmente el acto de fe en todos los aspectos y de decir, en consecuencia, si alguna opción religiosa es verdadera o falsa; ii) políticamente, en la necesidad de coordinar el libre ejercicio de las libertades individuales en una sociedad pluralista, por medio de una garantía que proteja la tolerancia en materia religiosa». No obstante, cabe resaltar que la LO 7/1980 hace referencia conjunta a ambas libertades al establecer en su artículo primero: «El Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto».

1.2. La juridificación de la religión

Con anterioridad se ha mencionado que la religión es una institución social, con lo que se ha encuadrado dentro de una categoría imprecisa y, en ocasiones, de difícil comprensión. Por ello es necesario apuntar aquí el concepto que se sostiene a propósito de dichas instituciones. De una forma sintética podemos concebirlas como⁵ aquellos complejos normativos que tienen por misión regular los comportamientos de

⁴ MONZÓN, J. M. «Relación entre libertad de culto y libertad de conciencia», *Cuadernos de Investigación*, n.º 17, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1989, p. 8.

⁵ HERRERA GÓMEZ, M. «Generación y transformación de las instituciones sociales. Los procesos morfoestáticos y los procesos morfogenéticos», *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, n.º 107, 2004, pp. 53 y 54.

los individuos aludiendo a aspectos que son relevantes en la vida social. Además, presentan los siguientes rasgos: i) son modelos de comportamiento dotados de normatividad, ii) presentan una proyección o duración temporal —superior a la de los propios individuos que las integran—, y iii) cuya dinámica es el resultado de «la intersección de procesos espontáneos y queridos, que reflejan las necesidades y los requisitos funcionales de la sociedad». Así las cosas, podemos incluir los fenómenos religiosos en el meritado género de las instituciones sociales, por cuanto en los mismos se cumplen los requisitos antedichos. De este modo, la religión forma parte de la vida de las personas y ha merecido, como consecuencia del transcrito artículo 16 CE, la oportuna respuesta por parte del ordenamiento jurídico. Se han regulado sus límites, alcance y efectos, y se han establecido los cauces de relación entre el Estado y las confesiones religiosas. Las consecuencias del fenómeno religioso juridificado no son solo constitucionales, sino que se extienden a todos los ámbitos jurídicos: administrativo, penal, civil, financiero, mercantil, laboral... No obstante, en este análisis solo nos centraremos en tres aspectos concretos⁶, a saber, la regulación del derecho a la libertad religiosa —en concreto, el desarrollo legislativo del artículo 16 CE—, algunos elementos de la esfera civil y unos breves apuntes de la órbita penal. Conviene, por tanto, efectuar una síntesis de dicha regulación para apreciar su magnitud, repercusión e incidencia.

1.2.1. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, 7/1980 de 5 de julio

En su artículo primero se reconoce el derecho a la libertad religiosa y de culto, y la proscripción de que las creencias religiosas constituyan un motivo de desigualdad o discriminación ante la ley. El artículo segundo, en su apartado uno, recoge el grueso del contenido esencial de dicha libertad: derecho a profesar las creencias religiosas libremente elegidas o no profesar ninguna, a cambiarlas o abandonarlas, a manifestar libremente tales creencias o su ausencia, a practicar actos de culto y recibir asistencia religiosa, a conmemorar festividades y celebrar los propios ritos matrimoniales y funerarios, sin que quepa discriminación, así como a no practicar ninguno de ellos ni recibir de forma obligatoria una asistencia religiosa contraria a las propias convicciones. En el apartado c) del mismo precepto se recoge la posibilidad de recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, así como la facultad de elegir para

⁶ Se procede de dicho modo porque la finalidad del trabajo es llevar a cabo una visión global o de conjunto de algunos aspectos del régimen jurídico de las religiones y confesiones religiosas, pero no se pretenden ni la exhaustividad ni una exposición detallada de todas las normas propias: la finalidad es que el lector pueda captar la relevancia que el fenómeno religioso tiene en la legislación, sus modulaciones con relación a la norma general y las razones de tal especial atención. Por tanto, no se desconoce la trascendencia que podrían tener en el ámbito tributario las deducciones o desgravaciones fiscales de las comunidades religiosas, el régimen privilegiado de acceso al Registro de la Propiedad de los inmuebles pertenecientes a aquellas, las especificidades del modelo de subvenciones públicas que reciben o, incluso, determinados aspectos propios del derecho mercantil, como las denominaciones de origen o marcas *kosher* o *halal*, ya que determinadas legislaciones autonómicas han llevado a cabo su reconocimiento y regulación específicos. A su vez, se producen interferencias o reflejos en el propio calendario laboral, en las festividades religiosas, con lo que también existirían efectos en el ámbito del derecho laboral.

uno mismo y para los menores no emancipados e incapacitados, tanto en el ámbito escolar como fuera del mismo, la educación religiosa y moral acorde con las propias convicciones. Esta elección educativa se conecta con el artículo 27.3 CE, que recoge: «3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

El apartado d) consagra el derecho a reunirse y manifestarse públicamente con fines religiosos y a asociarse para desarrollar comunitariamente actividades religiosas. En el número dos del artículo segundo se reconoce el derecho de las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas a establecer lugares de culto o reunión, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su credo y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, tanto en España como fuera de ella.

En los restantes artículos se establecen, de forma esquemática, los siguientes aspectos. En el artículo tercero se proclama como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública. El artículo quinto preceptúa la necesidad de inscripción de las Iglesias, confesiones y comunidades, para gozar de personalidad jurídica, en un Registro público incardinado en el Ministerio de Justicia. El artículo sexto garantiza el derecho de autonomía y de autoorganización en su régimen interno y régimen de personal, cuando se trate de Iglesias, confesiones y comunidades que se encuentren inscritas en el citado registro; también reconoce la posibilidad de que creen, para la realización de sus fines, asociaciones, fundaciones e instituciones. El artículo séptimo impone el deber estatal de establecer acuerdos o convenios de cooperación con Iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas en el antedicho registro, que hayan alcanzado notorio arraigo en España, acuerdos que deben respetar el principio de igualdad y que pueden conllevar la extensión de beneficios fiscales recogidos en el ordenamiento para las entidades sin ánimo de lucro y de carácter benéfico. En último lugar, el artículo octavo crea la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, dentro del Ministerio de Justicia, con las funciones de estudio, informe y propuesta de todas las cuestiones relativas a la aplicación de la citada ley.

De este listado de derechos se desprende la concepción de la libertad religiosa como un elemento individual y comunitario: el individuo puede llevar a cabo tales actos y prácticas de forma personal, así como no practicar acto alguno, y puede, en comunión con los demás fieles de una misma comunidad religiosa, desarrollar actos comunitarios. Se constata el carácter social de la religión, como elemento de cohesión y conformador de grupos basados en unas mismas ideas, creencias, dogmas, formas de vida y modos de comprender la existencia. Se trasciende del propio individuo, que se integra en la comunidad, de la que forma parte voluntariamente y de la que puede autoexcluirse en cualquier momento. A su vez, se reconocen derechos a las comunidades inscritas, incluyendo el elemento relacional entre los distintos credos: con ello se propende al diálogo, al entendimiento, a la convivencia y, en definitiva, a la paz social. La LO 7/1980 es un texto escueto, pero aclara qué se debe entender por libertad religiosa,

amparando a individuos y a grupos, a creyentes y a no creyentes, extendiendo su manto cobertor en materia religiosa a todas las personas.

1.2.2. Los acuerdos y convenios de colaboración en materia religiosa

Partiendo del carácter aconfesional del Estado, la CE ordena a los poderes públicos, en su artículo 16, el mantenimiento de las relaciones de cooperación con la Iglesia católica y con las demás confesiones religiosas. Por ello, debemos mencionar, en primer lugar, los Acuerdos del Estado Español con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, divididos en varios textos: Sobre Asuntos Jurídicos, Sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, Sobre Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y El Servicio Militar de Clérigos y Religiosos, y, en último lugar, Sobre Asuntos Económicos. En cuanto a su naturaleza jurídica, es preciso partir de su carácter de tratados internacionales, pese a lo señalado por un sector doctrinal minoritario⁷, que entiende que no es parte el Estado Vaticano, y que se trata de acuerdos entre un Estado y una «organización confesional no territorial de carácter internacional», que no se recogen en el listado de convenios y tratados internacionales de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y que su encaje en el derecho internacional es cuestionable, considerándolos un *tertium genus* entre los tratados internacionales y los ordenamientos internos. Esta postura contradice lo establecido por el TC en su Auto 190/2009 de 23 de junio en el que, a propósito de una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al Acuerdo con la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, señaló que «[...] la naturaleza estatal de la Santa Sede no se aviene con el concepto de “organización o institución internacional” a que se refiere el art. 93 CE [...]». Por tanto, como ha quedado acreditado por el máximo intérprete constitucional, el acuerdo está suscrito entre Estados y de ello se infiere que su naturaleza de tratado es indubitada.

En lo tocante a los restantes convenios de colaboración, podemos señalar que el Estado español ha suscrito tres acuerdos, plasmados en tres leyes, todas de fecha 10 de noviembre de 1992: leyes 24, 25 y 26/1992, por las que se aprueban, respectivamente, el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España —que se denomina Federación de Comunidades Judías de España desde el año 2004— y con la Comisión Islámica de España. En dichos acuerdos —lo mismo que en los Acuerdos con la Santa Sede—, como señala la doctrina⁸, se tutelan los derechos comunitarios de las propias confesiones antes que los derechos individuales, es decir, se toma como sujetos inmediatos de la relación jurídica con el Estado a las confesiones y no a los individuos. Dicho esto, procede esquematizar el contenido de tales acuerdos de cooperación, que abordan los siguientes aspectos: el estatuto de los ministros de culto, los lugares sagrados, las funciones sagradas, las festividades de carácter

⁷ LLAMAZARES CALZADILLA, M. C. «En busca de la laicidad: la yincana de los acuerdos con la Santa Sede», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 6, marzo-agosto, 2014, p. 77.

⁸ CIÁURRIZ LABIANO, M. J. «El derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español (contenido del derecho fundamental)», *Revista de Derecho Político*, n.º 41, 1996, pp. 80-96.

religioso, la enseñanza religiosa, el matrimonio según el propio rito, su forma de financiación, la protección de su patrimonio y la asistencia religiosa en centros estatales.

Se han apuntado, entre otras, dos especialidades⁹ de los acuerdos con estas comunidades, que no se precisan de igual modo en los Acuerdos con la Santa Sede, a saber: los lugares de culto y los ministros de culto. Por lo que hace a los lugares de culto, en el artículo 2.1 de las referidas leyes se concretan los requisitos para poder considerar como tales a los lugares de culto, y que se resumen en que i) deberán tener un «destino permanente y exclusivo a las funciones de culto o asistencia religiosa» y ii) deben contar con la certificación de la Iglesia respectiva «con la conformidad de la federación a la que pertenece», por lo que tiene lugar la intervención de la Administración en la definición del concepto empleado de lugar de culto. Sostiene GARCÍA-PARDO GÓMEZ que con ello se cercena la autonomía de las distintas comunidades, dado que la integración de las distintas iglesias en las respectivas federaciones limita su autonomía en el marco de relaciones con la Administración. Con relación a los ministros de culto, nuevamente se exigen en los meritados acuerdos unos requisitos para poder ser considerados como tales, mientras que no ocurre lo mismo con los católicos.

1.2.3. Los delitos contra la libertad religiosa

El Código Penal (CP) tiene por misión sancionar aquellas conductas que afecten de una forma más grave a los bienes jurídicos que el legislador ha estimado susceptibles de protección. Hay que partir de los principios de legalidad, *ultima ratio*, insignificancia y carácter fragmentario del ordenamiento punitivo, al que solo cabe acudir cuando las medidas educacionales o represivas de naturaleza civil o administrativa se han mostrado insuficientes. De este modo, entre los bienes jurídicos —concebidos como valores de la vida social protegidos por el derecho— se encuentra la libertad religiosa, tipificando las conductas que atentan contra ella en los artículos 522-526 CP. No es este el lugar de analizar tales figuras delictivas, por cuanto excedería los fines de este estudio¹⁰; no obstante, conviene apuntar que tales delitos son: impedir por medios

⁹ GARCÍA-PARDO GÓMEZ, D. «La eficacia civil del Derecho de las Confesiones con acuerdo en España», *Perspectivas actuales en la aplicación del Derecho* (coordinadores M. C. Barranco Avilés, O. Celador Angón y F. Vacas Fernández), Madrid, 2014, pp. 149-154.

¹⁰ Tampoco se hace mención de los delitos de odio del artículo 510 CP, ya que sistemáticamente no se contienen en el título específico de delitos contra la libertad religiosa, su bien jurídico es distinto y su configuración típica también es diferente, como se aprecia al analizar su primer apartado: «1. Serán castigados con una pena de prisión [...] y multa [...]: 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 aquel, 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». Su tenor es más amplio, alude a otras causas de discriminación y, por tanto, no resulta propio y específico de nuestro análisis, no obstante, se apunta aquí su existencia.

violentos practicar actos de culto, o forzar por tales medios a su práctica (artículo 522); impedir, interrumpir o perturbar actos de culto mediante violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho (artículo 523); ejecutar actos de profanación en ofensa de sentimientos religiosos en lugares de culto (artículo 524); hacer escarnio públicamente de dogmas, creencias, ritos o ceremonias para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, así como efectuar públicamente escarnio de quien no profese religión alguna (artículo 525), y la profanación de cadáveres (artículo 526).

La dificultad que presentan tales tipos delictivos es la delimitación de su bien jurídico, ya que la libertad religiosa trasciende la realidad física y pertenece al ámbito ético individual en que no intervienen las normas jurídicas. Como subrayan los autores¹¹, «el sentimiento religioso se convierte en el factor aglutinante de estos delitos, por más que sea un concepto difuso y difícil de precisar [...] Por eso hay que interpretar estos preceptos y reducir su aplicación a aquellos casos en los que la ofensa al sentimiento religioso se concreta además en la ofensa a algún otro bien jurídico más específico». Entre las características de los citados tipos conviene destacar que requieren una intencionalidad o elemento subjetivo del injusto específico —en la mayoría de los tipos— cual es el ánimo de ofender los sentimientos religiosos, con lo que se rebasa el simple dolo, y ello tiene consecuencias a la hora del enjuiciamiento de las conductas que se puedan incardinar en los mencionados preceptos: además de los requisitos del tipo objetivo, es necesario que concurra dicho *animus* específico. Ante las dificultades para fundamentar dogmáticamente la sanción penal de aquellas conductas que afecten a «sentimientos» más que a bienes jurídicos en sentido estricto, podemos seguir a MIRÓ LLINARES¹² que efectúa un minucioso análisis sobre las ofensas y su potencialidad para ser objeto de sanción penal, y concluye que «la normativización de la ofensa se produce al objetivarla, al separarla de la percepción individual y pronunciar, no solo sobre la base de normas jurídicas concretas sino, incluso, de valoraciones sobre lo socialmente permitido, que la conducta es, en sentido general, ofensiva. La conducta ofensiva, pues, no constituye la causación de un daño, aunque sí el quebrantamiento de un derecho de alguien, y puede ser criminalizada en cuanto sea grave y el medio penal sea proporcional».

Un grupo de autores ha afirmado que los sentimientos sí pueden ser considerados como un bien jurídico tutelado por el ordenamiento punitivo. Entre ellos destaca GIMBERNAT ORDEIG¹³, que argumenta que todo tipo penal (bien sea de carácter legítimo o ilegítimo) se encuentra dirigido a la tutela de algún interés (igualmente

¹¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*, 20ª ed., Valencia, 2015, pp. 725-728.

¹² MIRÓ LLINARES, F. «La criminalización de conductas "ofensivas". A propósito del debate anglosajón sobre los "límites morales" del Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-23, pp. 56-59.

¹³ GIMBERNAT ORDEIG, E. «Presentación», *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, (editores R. Hefendehl, A. Von Hirsch, W. Wohlers), Madrid, 2016, pp. 14-20.

legítimo o ilegítimo), pero la sola existencia de un interés no eleva a este todavía a la categoría de bien jurídico, sino que se precisa que «por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón, incluso la de tratarse de un sentimiento social legítimo, sea valorado positivamente por el ordenamiento jurídico». Por ello sostiene que los sentimientos de la generalidad, cuando son legítimos, «pueden constituir un interés digno de protección penal». De aquí se infiere que el elemento esencial, a juicio de dicho reputado penalista, consiste en la valoración de la legitimidad del sentimiento en cuestión. De este modo, si en una determinada sociedad un sentimiento se encuentra lo suficientemente arraigado como para considerarlo general, pero entra en colisión con otros derechos legítimos, que deben prevalecer en la ponderación de valores, aquellos sentimientos deben ser reputados de ilegítimos y, por tanto, no podrían ser calificados como bienes jurídico penales. Por tanto, discrepa dicho autor de HEFENDEHL, quien fundamenta la punición de tales conductas en el sentimiento «socialmente dominante» o en la «convicción cultural profundamente arraigada»: como hemos aseverado, ello debe ser tamizado o valorado a la luz de la legitimidad del sentimiento en cuestión, y la razón de la ilegitimidad estaría en que a esos sentimientos que se califican como «ilegítimos» se oponen los derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que el marco de ponderación sería la Carta Magna, con el acervo internacional relativo a derechos fundamentales y libertades públicas. ROXIN¹⁴ subraya lo original de la propuesta de GIMBERNAT, pero llega a la conclusión de que en los delitos de maltrato animal, de protección de los difuntos y otros similares, «los legítimos sentimientos de indignación de terceros no son el bien jurídico mismo, sino solo una justificada reacción a su lesión»; sin embargo, el autor alemán contempla un concepto amplio de bien jurídico, que no identifica solo con los derechos individuales, ya que expresa de forma gráfica que «la afectación a un bien jurídico no presupone necesariamente la lesión de derechos subjetivos, como muestran, por ejemplo, los delitos contra el medio ambiente».

Un sector doctrinal¹⁵ entiende que los agravios contra sentimientos religiosos podrían reconducirse al delito de injurias, e incluso defiende la despenalización de tales ilícitos, considerando que deberían tutelarse solo en sede de responsabilidad civil, basándose en el principio de intervención penal mínima. Esta afirmación requiere una serie de precisiones. En primer lugar, no se puede reconducir a las injurias cuando los actos ofensivos de los sentimientos religiosos no tengan un destinatario concreto, puesto que las injurias contra particulares, como requisito de procedibilidad, solo se persiguen cuando existe querrela del ofendido o perjudicado, y la misma no podría interponerse cuando el mensaje ofensivo no tuviera un destinatario determinado, sino un grupo o comunidad. En segundo lugar, residenciar tal ilícito como delito privado restringe la posibilidad de querrela por el Ministerio Fiscal, o el ejercicio de la acción popular,

¹⁴ ROXIN, C. «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15, 2013, pp. 18-20.

¹⁵ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. «La criminalización de conductas "ofensivas". A propósito del debate anglosajón sobre los "límites morales" del Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 30, 2014, p. 115.

impidiendo la persecución de conductas en las que no existe un ofendido en concreto, con lo que se produce la impunidad de acciones típicas, antijurídicas, culpables y punibles. En tercer lugar, la equiparación con el delito de injurias no es del todo afortunada: se tutelan distintos bienes jurídicos —el derecho al honor en las injurias y la libertad religiosa (o el propio sentimiento religioso, según se entienda) en los delitos contra los sentimientos religiosos—; ambos delitos son estructuralmente diferentes, ya que divergen los requisitos del tipo objetivo y los elementos subjetivos del tipo, puesto que en el artículo 525 se requiere el ánimo de ofender los sentimientos religiosos, y en el delito de injurias, la jurisprudencia y la doctrina ya no estiman como elemento del tipo el *animus iniurandi*; por tanto, cabe entender que son diversas las formas de ataque, de persecución y de represión. El hecho de utilizar como justificación de la despenalización el principio de intervención mínima es un argumento inconsistente e impreciso, que no aporta ninguna solución operativa y no justifica por qué no es digno de tutela penal dicho bien jurídico. Así, atendiendo a argumentos sustantivos y procesales, no estimo adecuada ni su subsunción en otro delito ni su destipificación.

Lo que sí sería aconsejable, *de lege ferenda*, sería una restricción o concreción del tipo contenido en el artículo 525 CP, mediante la introducción de una cláusula similar a la contenida en el StGB¹⁶ (Código Penal alemán) o en el texto punitivo luso¹⁷ —que se encuentra fuertemente influido por el texto germano—, es decir, el añadido de la fórmula «de forma adecuada para alterar la paz pública», o un aserto similar, como elemento del tipo, que implique un mayor grado de objetividad, permita una mejor interpretación y restricción en la aplicación del delito y, en última instancia, evite el subjetivismo a que puede conducir la actual regulación, así como la instrucción de procedimientos que desde un inicio se pueden entender como atípicos. El derecho penal debe ser, efectivamente, la *ultima ratio*, pero no debe dudarse en acudir al mismo cuando se pongan en peligro las bases de la convivencia social.

1.2.4. Reflejo en las normas civiles

En último lugar, en este esbozo sobre la regulación de la religión en el ordenamiento jurídico, se pueden mencionar algunas normas civiles en las que el hecho religioso introduce modulaciones a la norma general. Podemos atender, en las normas reguladoras del matrimonio, al artículo 59 del Código Civil (en lo sucesivo CC), que

¹⁶ §166 StGB: «(1) Quien públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11 inciso 3) ultraje el contenido de credos religiosos o de concepciones del mundo de otros de manera que sea apropiada para perturbar la paz pública, será castigado [...]. (2) De la misma manera será castigado quien públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11 inciso 3) ultraje a una iglesia existente en el país o a otra sociedad religiosa o asociación ideológica, ultraje sus instalaciones o costumbres de tal manera que sea apropiada para perturbar la paz pública».

¹⁷ Artículo 251 del Código Penal Portugués: «1. Quien públicamente ofenda a otra persona o haga escarnio de ella con motivo de su creencia o función religiosa, de forma adecuada para perturbar la paz pública, será castigado con pena de prisión [...] o con pena de multa [...].

2. En la misma pena incurre a quien profane un lugar u objeto de culto o de veneración religiosa, de forma adecuada para perturbar la paz pública».

establece: «El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de este», así como al artículo 60, que manifiesta que «1. El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles. 2. Igualmente, se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España [...]». Con ello se reconoce la validez de los matrimonios contraídos conforme a los ritos religiosos que profesen sus contrayentes. Asimismo, en cuanto a la declaración de nulidad del matrimonio canónico, el artículo 80 CC dispone: «Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Para culminar este recorrido, en sede de derecho de sucesiones se fija una prohibición para los testadores, evitando que la sugestión de los ministros de culto pueda conllevar beneficios para ellos en sus disposiciones testamentarias. El artículo 752 CC preceptúa: «No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto»; atendiendo a la pluralidad religiosa existente en España, la doctrina estima que en lugar de sacerdote debe entenderse ministro del culto correspondiente al testador, y además de la «confesión», se consideran incluidos los ritos religiosos de preparación para la muerte de las distintas comunidades.

1.3. Consideración crítica: de la libertad religiosa al derecho a la independencia ética

John LOCKE fue uno de los primeros defensores de la libertad religiosa, y en su *Carta sobre la tolerancia*¹⁸ efectúa una diferenciación entre religión y poder civil, ya que entiende que «es necesario, sobre todo, distinguir la esfera del gobierno civil de la esfera de la religión y establecer los límites exactos entre una y otra», señalando además los principios de la tolerancia religiosa entre individuos y confesiones religiosas al manifestar que «ningún individuo particular tiene derecho a perjudicar a otra persona en sus derechos civiles por el hecho de abrazar otra iglesia o religión [...]». «Lo que digo con respecto a la tolerancia mutua entre individuos que difieren en religión, lo estimo igualmente en referencia a las iglesias particulares, que tienen entre sí la misma relación que existe entre los individuos singulares». Sin embargo, esta

¹⁸ LOCKE, J. *Carta sobre la tolerancia*, 1689.

consideración se circunscribía a los individuos que profesasen una religión, ya que entendía que «no han de ser tolerados en modo alguno aquellos que nieguen la existencia de Dios». Esta exclusión de los ateos se explica, como señala RICHARDS¹⁹, porque «debido a que tanto Locke como Bayle entendían la independencia moral como una búsqueda de los mandatos de la ética divina, ellos excluyeron el ateísmo del ámbito de aplicación de la tolerancia universal». Partiendo de tal concepto inicial, la libertad religiosa ha evolucionado y en la actualidad protege tanto a religiosos como a no religiosos.

Sin embargo, existen posturas doctrinales discrepantes, que propugnan la necesidad de una evolución del concepto, y que se transite²⁰ desde la libertad religiosa al «derecho a la independencia ética». En síntesis, Ronald DWORKIN considera que las constituciones nacionales y los convenios internacionales, al reconocer la libertad religiosa, restringen la religión a las opiniones sobre la existencia o naturaleza de un Dios, y estima que debe adoptarse un concepto más profundo de la religión que el simplemente teísta, sugiriendo la posibilidad, como señala OLLERO²¹, de la existencia de un «ateísmo religioso». En sus reflexiones a propósito de una «religión sin Dios», el jurista norteamericano manifiesta que la libertad religiosa es un derecho especial, que otorga determinados privilegios a los miembros de las comunidades teístas frente a los sujetos ateos, reconociendo beneficios a los primeros, y que debe transformarse en un derecho general, el «derecho a la independencia ética», que sería idóneo para salvaguardar las convicciones más profundas que se desean proteger y que no incurriría en diferenciaciones de trato injustificadas, estimando que si se niega un derecho especial para el libre ejercicio de la práctica religiosa y se depende solo del derecho a la independencia ética, las religiones se verían forzadas a restringir sus prácticas con el fin de obedecer a leyes racionales que no discriminen y que muestren una preocupación igualitaria por ellas, así como que la prioridad de un gobierno colectivo no discriminatorio sobre el ejercicio religioso privado parece inevitable y correcto.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2.1. Concepto y contenido esencial del derecho

La libertad de expresión aparece regulada en el artículo 20.1 CE, que recoge: «1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Asimismo aparece consagrada en el artículo 19 de la DUDH, en el artículo 19 del PIDCP y en el artículo 10 de la CEDH. Al interpretar el precepto

¹⁹ RICHARDS, D. A. J. «Religión, moral pública y derecho constitucional», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 24, 2011, p. 28.

²⁰ DWORKIN, R. *Religión sin Dios*, Madrid, 2016, pp. 68-91.

²¹ OLLERO TASSARA, A. «En diálogo con Dworkin: moralidad política y Derecho Natural», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Sección Teoría General, n.º 33, 2013, p. 161.

constitucional, debemos tener presente que se trata de un derecho que trasciende al propio sujeto, y del que se predica su carácter institucional, constitutivo de una garantía del Estado social y democrático de derecho. Así, es un límite para los poderes públicos y una garantía del pluralismo político e ideológico. El TEDH, en su sentencia en el asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, afirmó que «la libertad de expresión (art. 10.1 del CEDH) constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso». Por su parte, el TC ha entendido, desde la STC 12/1982, de 31 de marzo, que «no se trata solo de un derecho de libertad, que reclama la ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación, sino también de la garantía de una institución política fundamental, la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático». Es decir, el art. 20 CE «garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para 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» (STC 235/2007, de 7 de noviembre, reiterada por la STC 79/2014, de 28 de mayo).

En la STC 226/2016, de 22 de diciembre, se resume la posición del TC, otorgando un amplio margen de actuación a la libertad de expresión, señalando que «la libertad de expresión comprende, junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otros, aun 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». En el marco amplio que se otorga a la libertad de expresión quedan amparadas, según nuestra doctrina, «aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público». No obstante, se reconoce que no existe un pretendido derecho al insulto y «no cabe utilizar, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente protegida, expresiones “formalmente injuriosas” [...], o “absolutamente vejatorias” [...]; es decir, quedan proscritas «aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate».

De esta breve reseña se desprende que el TC entiende la libertad de expresión de una forma muy amplia, y que las limitaciones a la misma resultan excepcionales, de lo que se colige que en la ponderación de derechos, cuando entre en colisión con otros derechos fundamentales, la libertad de expresión tiene carácter preferente.

2.2. Colisión con la libertad religiosa

Los conflictos entre ambos derechos surgen cuando la exteriorización de un pensamiento crítico con los fenómenos religiosos produce un sentimiento de ofensa en una comunidad religiosa en concreto. Aparece, por tanto, una quiebra en la convivencia social, dado que entran en confrontación dos derechos fundamentales. Algunos autores fundamentan el origen del conflicto en la globalización, la expansión de las religiones más allá de un determinado territorio y su influencia trasnacional a través Internet y los medios de comunicación social. Por otro lado, y como contrapartida, se señala como factor coadyuvante en esta problemática la secularización en las sociedades contemporáneas²²: «la secularización, entendida como la pérdida del valor o peso público de una religión, no necesariamente significa que haya desaparecido del horizonte humano lo sagrado, lo separado. Sencillamente ha cambiado de objeto protegido. Si antes la religión fue objeto de especial protección y consideración social, ahora no lo es en la misma medida, ya que ha quedado confinada a la esfera privada, bajo la forma jurídica de un derecho fundamental individual», con lo que surgen áreas de conflicto y, siguiendo al sociólogo norteamericano DAVISON HUNTER, expone PALOMINO que lo que se estaría produciendo sería «un choque entre nociones diversas acerca de la misma realidad, acerca de lo sagrado, acerca de aquello que debe permanecer al margen o por encima de los vaivenes de la política, de la economía, o sencillamente de la vida diaria».

No obstante, otro grupo de autores²³ entiende que la libertad religiosa es, al mismo tiempo, una forma de libertad de expresión, y potenciando este carácter, considera que se trata de «un derecho de expresión individual cuyo propósito es alentar un debate crítico y que presupone el derecho a recibir puntos de vista sobre la religión al igual que a proporcionarlos. Por lo tanto, la libertad religiosa que es restringida por límites a la libre expresión religiosa es tanto la de quienes difunden mensajes como la de quienes desean recibir mensajes». Sin embargo, esta consideración se basa en la concepción individual de la libertad religiosa, centrándose en su aspecto crítico-expresivo, y analizando el carácter del discurso religioso, con lo que todo se incardinaria en el ámbito de la libertad de expresión y sus limitaciones; no obstante, con dicho postulado se dejan al margen el elemento colectivo, las implicaciones espirituales y el sentimiento herido de una determinada comunidad.

En este enfoque del problema, podemos estimar acertado el análisis de BORAGNO GIL²⁴, quien, partiendo del fenómeno globalizador, de la multiculturalidad, de la diversidad de mensajes existentes y de la posibilidad de que la libertad de expresión

²² PALOMINO LOZANO, R. «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius canonicum*, vol. 49, n.º 98, 2009, p. 517.

²³ SCOLNICOV, A. «La libertad religiosa, como derecho a la libertad de expresión», *Derecom*, n.º 20, marzo 2016-septiembre 2016, p. 3, <http://www.derecom.com/derecom/> Acceso el 28/01/2017.

²⁴ BORAGNO GIL, I. «Libertad de expresión, ofensa y religión», *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, II época, n.º 9, 2014, pp. 116-122.

colisione con la libertad religiosa, entiende que se debe atender a los principios del daño, de la ofensa y a la justificación moral de la propia conducta. En cuanto al «principio del daño», sintetiza la postura de John STUART MILL, señalando que el único motivo legítimo para que el poder limite la libertad de expresión es que se perjudique a otro, que se le cause un daño; no obstante, expone lo difícil de precisar dicho daño, entendido como «la acción que tiene como consecuencia invadir los derechos de los otros». Combina ese criterio con la posición alternativa de Joel FEINBERG, que atiende al principio de la ofensa como límite a la libertad de expresión, enumerando cinco supuestos en que se causa de manera directa un daño: «difamación y verdad maliciosa, invasión de la privacidad, provocación de pánico, provocación de violencia vengativa e incitación al crimen o la insurrección». En último término, combina la síntesis de tales principios con el autocontrol ético del sujeto: ¿cómo debe ejercer cada uno su libertad? A lo que se debe responder teniendo en cuenta el análisis de los anteriores principios. No obstante, entiendo que tales criterios son válidos y útiles *ex ante*, como forma autocrítica de afrontar la controversia, cuando todavía no se ha producido el ejercicio de la libre expresión, puesto que, una vez que aparece su exteriorización, los jueces debemos efectuar la ponderación de derechos conforme a los criterios del TC, tributarios de la jurisprudencia del TEDH.

2.3. ¿Burla u ofensa?

Conviene diferenciar aquellos casos en que la confrontación se produce por expresiones reflejadas en medios de comunicación social, y aquellos supuestos en que los particulares hacen uso de su derecho a la libertad de expresión en el contexto de reuniones y manifestaciones públicas.

2.3.1. Las publicaciones satíricas

Los medios de comunicación social cumplen una función esencial en un Estado. Constituyen lo que el TEDH ha denominado «el perro guardián de la democracia». A través de los *mass media* los sujetos conocen qué sucede, cómo y dónde, formando su juicio crítico, por lo que son un instrumento esencial a la hora de conformar una opinión pública libre e informada. No solo sirven para informar, sino que también reflejan una determinada opinión o línea editorial, que puede consistir en la crítica de las convicciones ético-morales y políticas existentes. En este contexto cobran especial relieve las publicaciones satíricas y, esencialmente, el periodismo gráfico a través de caricaturas, viñetas o láminas. Son tristemente célebres a este respecto los casos acaecidos en Europa a propósito de la difusión por el periódico danés *Jyllands-Posten*, en el año 2005, de unas caricaturas de Mahoma, que suscitaron revueltas y protestas en países musulmanes. También se puede mencionar el caso de la revista satírica francesa *Charlie Hebdo*, en la que, a raíz de una serie de viñetas satíricas sobre el islam, se produjo un atentado en su sede de París el 7 de enero de 2015, que acabó con la vida de doce miembros de la publicación.

Estos dos ejemplos sirven para contextualizar la situación de conflicto entre ambos derechos y ponen de relieve la necesidad de fijar unas coordenadas de interpretación

de los mismos. En primer lugar, el punto de partida es el concepto de sátira que se aborda, y podemos concluir²⁵ que, concebida para hacer reír, generar sorpresa o estupor, la sátira se hace presente como instrumento de denuncia y crítica social en las distintas manifestaciones del arte.

La mayor dificultad a la hora de abordar el análisis de las publicaciones satíricas es el alcance del *animus iocandi*, es decir, la voluntad humorística, y sus fronteras con la ofensa gratuita. Se produce una tenue separación entre el humor negro, el humor de mal gusto y el insulto. No es fácil efectuar dicha delimitación, por lo que habrá que estar al caso concreto y valorar todas las circunstancias. Debemos partir de una premisa: la regla general es la preferencia de la libertad de expresión, y en ella se encuadra la sátira religiosa. Un grupo de autores²⁶ efectúa una defensa acérrima de la libertad de expresión, entendiéndolo que debe prevalecer en todo caso y que el pensamiento, la conciencia y la religión, así como el ateísmo y el agnosticismo, deben gozar de la misma protección; se expone que los derechos humanos protegen a los seres humanos, no las ideas que estos pueden sostener sobre los orígenes del mundo, su posterior orden, o cualquier otro asunto, y que, por ende, la religión está sometida a crítica, ya sea razonada, satírica o despectiva. Partiendo de que existe parte de razón en lo apuntado, sin embargo, la libertad de expresión no es una libertad ilimitada, y habrá que atender a diversos factores que pueden determinar la ilicitud de lo manifestado: el contexto, el número de los afectados y sus características grupales, el cariz de la expresión y sus connotaciones, si se trata de un simple insulto —recordando que no existe un derecho al insulto—, que no se fomente el odio a una religión, credo o ausencia de creencia, si ha existido reiteración en la burla, o el carácter del medio en que se efectúe —si se trata de un medio cómico o no—.

Otros criterios a tener en cuenta²⁷ son los siguientes: que se provoque diferenciación, se fomente el racismo, la intolerancia o se plantee una apología discriminatoria. Si, analizados tales elementos u otros equivalentes, se estima que la sátira ha sobrepasado los límites de lo tolerable, acudiendo a parámetros como la adecuación social vilipendiadora de la expresión, o su potencial lesivo, habrá de concluirse que la libertad de expresión pierde su carácter preferente, y que se trata de una manifestación ilícita, dejando de estar protegida por el manto protector del ejercicio legítimo de un derecho fundamental, debiendo prevalecer la protección de los sentimientos religiosos. En cuanto a la responsabilidad de los propios *mass media*, debemos tener en cuenta

²⁵ VALERO HEREDIA, A. M. «Libertad de expresión y sátira política: un estudio jurisprudencial», *Revista Internacional de Historia de la Comunicación*, n.º 2, vol. 1, 2014, p. 87.

²⁶ STURGES, P. «Blasfemia y difamación de las leyes religiosas. Implicaciones para los medios y los bibliotecarios». *El profesional de la información*, vol. 24, n.º 3, mayo-junio, 2015, pp. 338-340.

²⁷ ESPINOZA ARIZA, J. «El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad religiosa ¿Existe un derecho a blasfemar? A propósito del caso de la revista *Charlie Hebdo*», *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 13, n.º 15, 2015, pp. 106-109.

que los mismos han de asumir una serie de obligaciones²⁸: deben fomentar la cultura de la tolerancia, eliminar estereotipos estigmatizadores asociados a determinadas creencias religiosas y difundir ideas que refuercen el diálogo intercultural, entendiendo, que²⁹ «la mejor defensa de la libertad de expresión es su ejercicio responsable».

2.3.2. El ejercicio por los particulares

Podemos atender a dos supuestos específicos, que nos servirán para exponer una posterior visión de conjunto: las parodias carnavalescas y las manifestaciones en lugares de culto.

a) Parodias en Carnavales

En determinados conmemoraciones y festejos colectivos, el humor, la ironía, la crítica a las convenciones sociales, a los centros de poder de todo tipo y a las instituciones sociales se convierten en algo aceptado por la comunidad. El mayor exponente de este ambiente lúdico-festivo son los Carnavales, en los que se producen desfiles, chirigotas y comparsas que reflejan, en tono humorístico y mordaz, cuestiones de actualidad, se critican normas de conducta y se cuestionan determinados comportamientos. En ese contexto se producen con habitualidad mofas a las confesiones religiosas, parodias de sus dogmas o ministros de culto, así como imitaciones burlescas de sus prácticas y ritos. Debe tenerse presente el ambiente en que se producen tales expresiones, ya que, como señala CALVO GONZÁLEZ³⁰ «en el Carnaval esas leyes son las de la libertad cómica. En ella se concreta la capacidad de ruptura con la “normalidad”, ciertamente caracterizada por una “subversión” de los cánones sociales o de “la realidad”. Pero tal mascarada de inversión de las normas sociales, o sea su “carnavalización”, cualquiera pretenda ser la finalidad simbólico-apropiativa perseguida, que en otros tiempos tuvo como principal objetivo la evasión del control eclesial, se ha de expresar a través siempre de determinados parámetros identificadores; es decir, responden las leyes de la libertad cómica a específica tipificación».

Así, para interpretar la colisión referida, ha de estarse al contexto ambiental: se permiten ciertos excesos verbales, amparados por el *animus iocandi*, se flexibiliza la interpretación de las normas prohibitivas y se consienten sátiras y parodias. No se pueden criminalizar, por ende, tales manifestaciones de la libertad cómica: pueden entenderse como expresiones de mal gusto, poco apropiadas, faltonas, carentes de la pretendida gracia, o simplemente insulsas, pero el reproche moral de quienes profesan

²⁸ ZEA MARQUINA, E.; PAZO PINEDA, O. A.; ZELADA CASAHUAMÁN, K. B. «Sátira religiosa y libertad de expresión. Pautas para el análisis de un conflicto recurrente en las sociedades modernas», *Cuaderno de Investigación*. Serie Libertades Comunicativas. Universidad San Martín de Porres, año 2, n.º 2, noviembre 2015, pp. 22-24.

²⁹ ESPINOSA, A. «Libertad de expresión vs. Creencias religiosas», *Cuadernos de periodistas*; revista de la Asociación de la Prensa de Madrid, n.º 25, 2012, p. 17.

³⁰ CALVO GONZÁLEZ, J. «Libertad de expresión y libertad cómica», *Dikaiosyne. Revista semestral de filosofía práctica*, n.º 18, 2007, p. 27.

una determinada creencia no puede convertirse en determinante de su sanción penal. No obstante, siendo esta la regla general, debemos entender que los excesos en el derecho, cuando se sobrepasen los límites de lo tolerable y se ubiquen en el discurso del odio, perderían la protección de la libertad de expresión, y podrían ser sancionados en vía penal; pero este caso es completamente excepcional, para supuestos de máxima gravedad, que nos situaría en los delitos de odio, y no en los cometidos contra los sentimientos religiosos.

b) Las manifestaciones en lugares de culto

El derecho de manifestación se encuentra íntimamente vinculado con los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión, ya que tales reuniones tienen como finalidad la exteriorización de pensamientos, ideas y opiniones ante una masa indeterminada: el público que transite por los lugares en que se desarrollen o tengan lugar. En nuestro análisis, nos centraremos en aquellas manifestaciones que tienen como fin efectuar una crítica religiosa, y se desarrollan en las cercanías o en los propios lugares de culto. Debemos atender brevemente al caso de la concejal del ayuntamiento de Madrid Rita Maestre, que nos servirá como ejemplo para centrar la problemática de fondo y precisar sus elementos esenciales: el 10 de marzo de 2011, junto con otras personas, Rita Maestre entró en la capilla del Campus de Somosaguas, portando retratos del Papa con esvásticas, llegando hasta el altar, y allí leyó un manifiesto con proclamas contra la Iglesia católica, y, finalizada la lectura, se quedó en sujetador, mientras otras integrantes de la comitiva se desnudaron de cintura para arriba, en el interior del templo, al tiempo que continuaban profiriendo expresiones contra la religión católica, y se besaban delante de los feligreses que allí se encontraban. Inicialmente, fue condenada a la pena de doce meses de multa por el Juzgado de lo Penal n.º 6 de Madrid, en sentencia 69/2016, de 18 de marzo, ya que se apreció voluntad de ofender los sentimientos religiosos de los allí presentes. No obstante, dicha sentencia fue revocada por la sentencia de la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, n.º 684/2016, de 16 de diciembre, en la que, partiendo de los hechos probados de la resolución apelada, se expuso que no se podía aplicar el artículo 524 CP por no concurrir la profanación, entendiendo esta en su vertiente física, considerando que tales actos de profanación punible «implican un trato directo vejatorio, físicamente violento, contra algún elemento básico de la liturgia católica o de las representaciones propias de esta religión», y manifestaba que en el presente caso «no tocaron el sagrario, no alteraron la disposición del altar [...], no accedieron a ningún elemento de la capilla, no llevaron a cabo actos obscenos ni grotescos (un beso difícilmente puede ser calificado de tal) y salieron a continuación», por lo que se absolvió a Rita Maestre del delito acusado.

Con este esbozo de la sentencia se pone de manifiesto la dificultad para precisar la existencia de profanación y de intención de ofender sentimientos religiosos cuando estas conductas se cometen por particulares. Respecto a la primera, hay que entender que la profanación requiere una determinada actividad física, una vía de hecho que altere la situación preexistente de forma ilegítima, que exista un cambio en los elementos del templo, en su ordenación, en su forma, que con violencia se modifique

la ubicación de símbolos, signos y elementos de culto. La intención de ofender sentimientos religiosos añade un elemento subjetivo adicional al tipo: no basta con la voluntad de manifestar una protesta o una idea, sino que esta exteriorización del pensamiento debe tener como finalidad la vejación del otro, su ofensa, y que su destinatario perciba como ofensivas y dañosas las manifestaciones vertidas. Se evidencia la dificultad con que nos encontramos los juzgadores, en orden a la interpretación restrictiva que debe darse a los preceptos del texto punitivo, como normas limitativas de derechos. Los elementos de los tipos penales deben cumplirse en su integridad para que el reproche culpabilístico en que consiste la pena pueda imponerse al acusado. Otro principio que se debe tener en cuenta es el *in dubio pro reo*, ya que cuando existan dudas, debe estarse a la interpretación más beneficiosa para el acusado. Con ello se constata que nos encontramos ante un sistema garantista, en que los delitos son interpretados de forma restrictiva, y en los que las colisiones entre derechos fundamentales se resuelven según la ponderación efectuada siguiendo criterios de técnica jurídica.

Se concluye, por lo tanto, que la libertad de expresión también debe prevalecer frente a la libertad religiosa en sus manifestaciones por los particulares, en mayor medida que en los *mass media*, ya que el destinatario de las expresiones es un público más reducido, y no se pueden comparar la trascendencia, repercusión y deseos de emulación producidos en uno u otro ámbito. De esta forma, las normas morales de una determinada confesión no se pueden erigir en parámetros a través de los cuales se enjuicie la legitimidad de las normas del ordenamiento. Los ciudadanos tienen derecho a criticar las confesiones religiosas, sus dogmas, ritos, creencias, prácticas, ministros de culto, organización, financiación y actuación. Tampoco se puede restringir la libre manifestación de tales ideas, ni se puede constreñir su difusión; ahora bien, cuando tales proyecciones públicas constituyan actos de profanación o tengan como finalidad el simple insulto o la vejación del hecho religioso, tal primacía debe ceder ante la libertad religiosa, bien jurídico digno de tutela, que debe prevalecer ante los excesos de la libertad de expresión que sean punibles. Un ejemplo reciente de prevalencia³¹ de la libertad religiosa frente a la libertad de expresión viene representado por la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (STS) 835/2017, de 19 de diciembre de 2017, en que se confirmó la condena a un año de prisión por un delito contra la libertad religiosa impuesta por la Audiencia Provincial de Baleares a cada

³¹ Fundamento Jurídico 2.º de la STS 835/2017: «La CE reconoce también el derecho a la libertad de expresión y el derecho de manifestación. Es posible que, en algunas ocasiones, esos derechos puedan colisionar con el derecho a la libertad religiosa. Pero es claro que, para resolver esos supuestos, no siempre será preciso concluir que la ponderación necesaria haya de conducir a establecer la supremacía de un derecho sobre el otro hasta el punto de anular absolutamente el ejercicio de uno de ellos. En algunas ocasiones será posible otra solución que los haga compatibles, y en ellas, el ejercicio de uno de los derechos no justifica la lesión del otro. [...]». Es claro que les asistía el derecho de expresar libremente su opinión, y de manifestarse para ello, dentro de los límites legales. Sin embargo, ello no les autorizaba a hacerlo de forma que, actuando en el interior del lugar destinado al culto, suprimieran un derecho fundamental de los demás, en el caso, el de libertad de culto, cuando el ejercicio de ambos era compatible, sin que, por ello, fuera preciso sacrificar uno de ellos para la subsistencia del otro. No era preciso resolver la colisión mediante el establecimiento de una relación de supremacía [...]».

uno de los cinco jóvenes que interrumpieron una misa en la iglesia de Sant Miquel de Palma de Mallorca, en febrero de 2014, con una protesta contra la reforma de la ley del aborto.

En ese ejercicio de ponderación los jueces debemos abstraernos de convicciones morales o ideológicas propias y atender, de forma exclusiva, al caso concreto, a su dinámica y a los elementos concurrentes, y declarar, a la vista de la prueba practicada, qué derecho debe prevalecer, teniendo presente la trascendencia de nuestra actuación y su relevancia para la protección y efectividad de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de derecho.

2.4. La jurisprudencia del TEDH

Es importante atender a las sentencias del TEDH, ya que, según el artículo 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». En tales tratados se incluye el CEDH, por lo que habrá que tener en cuenta su interpretación por el TEDH. No obstante, con carácter previo, debemos partir de que³² la libertad de opinión constituye el núcleo básico de la libertad de expresión, y se trata de un verdadero derecho subjetivo frente a la Unión Europea, que ha de ser interpretado de modo amplio, por lo que es merecedor de tutela todo tipo de opinión, tanto si es comúnmente aceptada, cuanto si resulta «chocante, provocadora o intranquilizadora». Además, se incluyen las opiniones políticas, religiosas, artísticas o de contenido comercial, y se protegen tanto el contenido como la forma de exteriorización o medio a través del cual se canaliza. Partiendo de dichas premisas podemos mencionar, en primer término, la STEDH Otto Preminger–Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994, en la que el TEDH estimó que no había vulneración del artículo 10 del CEDH por el hecho de que diversas sentencias judiciales austriacas hubieran ordenado la retirada y después la incautación de la película *Das Liebekonzil*, de Werner Schroete. En la resolución citada se recoge una prevención para aquellas personas que ejercitan la libertad de expresión, dado que «quien ejerza los derechos y libertades consagrados en el artículo 10 asume unos “derechos y unas responsabilidades”. Entre ellos —en el contexto de las opiniones y de las creencias religiosas— puede legítimamente estar comprendida una obligación de evitar, en la medida de lo posible, aquellas expresiones gratuitamente ofensivas para los demás, atentatorias a sus derechos, y que, además, no contribuyen de ninguna forma a enriquecer el debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos propios del género humano», por lo que concluía que se había producido una

³² MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. «Libertad de expresión y de información», *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo* (coordinadores A. Mangas Martín y L. N. González Alonso), Bilbao, 2008, pp. 276 y 277.

vulneración del artículo 9 CEDH³³. Sin embargo, como apunta FERREIRO GALGUERA³⁴, el propio TEDH reconoció que, así como no se puede enunciar un concepto unitario de religión válido para toda Europa, «tampoco es posible establecer, con carácter definitivo, cuándo el respeto a los sentimientos religiosos constituye un límite legal a la libertad de expresión», y el citado autor llega a dos conclusiones en el análisis de la mencionada resolución: i) el respeto a los sentimientos religiosos constituye un límite a la libertad de expresión, que debe determinarse judicialmente tras la oportuna ponderación, y ii) dicho límite «es una exigencia de toda sociedad democrática, pluralista y tolerante», en la que se toma como referente esencial el respeto a la dignidad de todas las personas.

También se entendió que se excedía el ámbito del artículo 10 CEDH en la STEDH Wingrove c. Reino Unido, de 11 de noviembre de 1996, en la que el Sr. Wingrove demandaba el amparo del TEDH por cuanto había presentado un vídeo al British Board of Film Classification, y el film se titulaba *Vissions of Ecstasy*, y en él se analizaba la figura de Santa Teresa de Jesús y se ponía el acento en la conexión entre el éxtasis religioso y la pasión sexual, por lo que se consideró que el vídeo vulneraba la Ley de Blasfemia del Reino Unido. Su reclamación ante el TEDH se vio denegada y entre los argumentos esgrimidos por el tribunal se adujo que «el respeto de los sentimientos religiosos de los creyentes puede conducir a que un Estado legítimamente restrinja la publicación de retratos provocativos objeto de veneración religiosa».

En la sentencia I.A c. Turquía, de 13 de septiembre de 2005 (STEDH 2005/93), se analizó por el TEDH una condena por injurias a un editor de novela por considerarla un ataque ofensivo contra el islam, en concreto, un ataque injurioso contra la persona del

³³ «Se puede considerar que el respeto a los sentimientos religiosos de los creyentes, tal como está garantizado en el artículo 9, ha sido violado por la exhibición de imágenes profanadoras de objetos de veneración religiosa. Tales imágenes pueden ser consideradas como una malévolva violación del espíritu de tolerancia que debe caracterizar una sociedad democrática».

³⁴ FERREIRO GALGUERA, J. «Supuestos de colisión entre las libertades de expresión e información y otros derechos fundamentales: la creación artística y el respeto a los sentimientos religiosos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 3, 1999, pp. 218-220.

profeta del islam. La esencia de la resolución se contiene en sus apartados 24 a 29³⁵. Después de subrayar la amplitud de la libertad de expresión y que los individuos que profesen una determinada creencia deben tolerar que existan opiniones críticas con sus propias creencias, o que las nieguen o las discutan, el Tribunal de Estrasburgo subraya, no obstante, que en el caso enjuiciado ha existido un exceso y se ha caído en las injurias, por lo que desestima la demanda.

Podemos mencionar de modo esquemático dos resoluciones relevantes en esta materia, en las que el TEDH ha aseverado que no concurre ofensa de sentimientos religiosos: i) la STEDH *Giniewski c. Francia*, de 31 de enero de 2006, en que los tribunales galos habían admitido³⁶ una acusación de antisemitismo hacia los católicos, y de ser responsables del Holocausto, pero la Corte europea entendió que no atentaba contra los sentimientos religiosos la crítica de una encíclica papal, y se consideró que se trataba simplemente de una tesis sobre la persecución de los judíos en Europa, por lo que era una reflexión sobre un tema importante y no un ataque gratuito a las creencias religiosas en cuanto tales. A su vez, la ii) STEDH *Klein c. Eslovaquia*, de 31 de octubre de 2006, en que se afirmó que no cabe acudir a la protección de los

³⁵ Apartados 24 a 29 de la STEDH I.A. contra Turquía: «24 [...] el ejercicio de esta libertad comporta deberes y responsabilidades. Entre ellos, en el contexto de las creencias religiosas, puede legítimamente figurar la obligación de evitar expresiones que son gratuitamente ofensivas al prójimo o profanadoras (ver *Otto-Preminger-Institut contra Austria* [TEDH 1994, 29] [...]) Resulta que en principio se puede considerar necesario sancionar los ataques injuriosos contra los objetos de veneración religiosa.

25 [...] La falta de una concepción uniforme, entre los países europeos, de las exigencias aferentes a la protección de los derechos del prójimo tratándose de ataques a convicciones religiosas, amplía el margen de apreciación de los Estados Contratantes, cuando regulan la libertad de expresión en ámbitos susceptibles de ofender las convicciones personales íntimas que dependen de la moral o de la religión [...].

26 Un Estado puede legítimamente considerar necesario adoptar medidas que traten de reprimir ciertos comportamientos, incluida la comunicación de informaciones e ideas incompatibles con el respeto de la libertad de prensa, de conciencia y de religión [...]. Sin embargo, corresponde al Tribunal resolver de manera efectiva sobre la compatibilidad de la restricción con el Convenio y lo hace apreciando, en las circunstancias del caso, si la injerencia corresponde a una “necesidad social imperiosa” y si es “proporcionada con la finalidad perseguida” [...].

27 La cuestión que se plantea al Tribunal, concierne, por tanto, a una comparación de los intereses contradictorios partidarios del ejercicio de dos libertades fundamentales: por un lado, el derecho, para el demandante, de comunicar al público sus ideas sobre la teoría religiosa, y, por otro, el derecho de otras personas al respeto de su libertad de pensamiento, de conciencia y de religión [...].

28 Pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan una “sociedad democrática” [...]; y quienes deciden ejercer la libertad de manifestar su religión, que pertenecen a una mayoría o a una minoría religiosa, no pueden razonablemente atenerse a hacerlo al abrigo de toda crítica. Deben tolerar y aceptar el rechazo del prójimo de sus creencias religiosas, incluso la propagación por dicho prójimo de doctrinas hostiles a su fe [...].

29 Sin embargo, en este caso, no se trata solo de propósitos que se enfrentan o chocan, ni de una opinión “provocadora”, sino de un ataque injurioso [...].»

³⁶ PÉREZ-MADRID, F. «Protección penal de la libertad religiosa y límites de la libertad de expresión», *Novedades de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. A un año de la reforma del proceso matrimonial* (editores L. Ruano Espina y J. L. Sánchez-Girón), Madrid, 2017, pp. 133-135.

sentimientos religiosos cuando las críticas, injurias u ofensas de que se trate se centran en un sujeto determinado, aunque el mismo sea una alta autoridad eclesiástica. Tras analizar estas sentencias, PÉREZ-MADRID³⁷ las compara con la decisión del TEDH en los asuntos *Otto-Preminger-Institut y Wingrove* y, siguiendo a MARTÍNEZ-TORRÓN afirma que «llama la atención que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin haber modificado explícitamente sus criterios de decisión, en los últimos años tiende a resolver los conflictos entre libertad religiosa y libertad de expresión a favor de esta última».

Por último, debemos atender a la reciente STEDH *Sekmadienis Ltd. c. Lituania*, de 30 de enero de 2018, en la que se condenó a Lituania por no proteger la libertad de expresión de una empresa textil que utilizó para una campaña publicitaria a dos modelos, caracterizados como Jesús y María, y que fue multada por atentar contra la moral pública. El TEDH ha fallado contra Lituania, por considerar que no se atenta contra los sentimientos religiosos. En este sentido, los párrafos 79-83 contienen la esencia de la argumentación jurídica. El párrafo 79³⁸ se centra en el carácter cómico y no religioso del anuncio; por su parte, el núm. 80³⁹ expone que la defensa estatal alude a un estilo de vida de las personas religiosas, pero sin concretar en qué les

³⁷ PÉREZ-MADRID, F. «Incitación al odio religioso o ¿hate speech? y libertad de expresión», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 19, 2009, p. 24.

³⁸ Párrafo 79: «[...] Las autoridades consideraron que los anuncios eran contrarios a la moral pública porque habían utilizado símbolos religiosos “con fines superficiales”, habían “distorsionado [su] propósito principal” y habían sido “inapropiados” (véanse los párrafos 13, 23 y 25 *supra*). En opinión del Tribunal, esas declaraciones son vagas, y no explicaban suficientemente por qué la referencia a símbolos religiosos en los anuncios era ofensiva, salvo por el hecho de que se había hecho con fines no religiosos (véase, *mutatis mutandis*), *GINIEWSKI*, citado anteriormente, §§ 52-53, y *TERENTYEV v. Rusia*, n.º 25147/09, § 22, 26 de enero d’e 2017; comparar y contrastar *Balsytė-Lideikiénė*, citado anteriormente, § 80). También observa que ninguna de las autoridades abordó el argumento de la compañía solicitante de que los nombres de Jesús y María en los anuncios habían sido utilizados no como referencias religiosas sino como interjecciones emocionales comunes en lituano hablado, creando así un efecto cómico (véanse los párrafos 14, 17, 20 y 24 *supra*), (ver también, *mutatis mutandis*, *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, n.º 68354/01, § 33, 25 de enero de 2007), aunque parece que esas interjecciones emocionales deben haber sido conocidas por ellos».

³⁹ Párrafo 80: «La Corte se refiere especialmente al razonamiento proporcionado en la decisión del SCRPA, que posteriormente fue confirmada por los tribunales nacionales en su totalidad. El SCRPA sostuvo que los anuncios “promovieron un estilo de vida que [era] incompatible con los principios de una persona religiosa” (ver el párrafo 18 anterior), sin explicar cuál era ese estilo de vida y cómo los publicitaban, ni por qué un estilo de vida que es “incompatible con los principios de una persona religiosa” sería necesariamente incompatible con la moral pública. La Corte observa que, aunque todas las decisiones internas se referían a “personas religiosas”, el único grupo religioso que había sido consultado en el proceso interno había sido la Iglesia Católica Romana (véase el párrafo 16 *supra*), a pesar de la presencia de varios otros cristianos y comunidades religiosas no cristianas en Lituania (véanse los párrafos 38, 39 y 56 *supra*). A este respecto, el Tribunal observa que el Tribunal Constitucional de Lituania ha sostenido que “ningún punto de vista o ideología puede ser declarado obligatorio y ejercido sobre un individuo” y que el Estado “no tiene ningún derecho a establecer un sistema obligatorio de opiniones” (ver el párrafo 45 arriba). También llama la atención sobre la posición del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de que las limitaciones de los derechos con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se derivan exclusivamente de una sola tradición (véase el párrafo 48 *supra*)».

afecta la campaña publicitaria, además, critica que solo se haya tenido en cuenta a un único grupo religioso en el proceso interno, ya que ello contraviene lo preceptuado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por cuanto las limitaciones a derechos cuando se pretenda «proteger la moral pública» no se pueden basar en una única tradición dentro del Estado en cuestión. El párrafo 81⁴⁰ se centra en que las reclamaciones de los ciudadanos que se sienten ofendidos no son suficientes para limitar la libertad de expresión y reitera su doctrina de que los individuos que pertenezcan a una comunidad religiosa deben soportar las críticas a sus dogmas e incluso la negación de los mismos; no obstante, se afirma que en la campaña publicitaria no se contiene crítica religiosa alguna.

En el párrafo 82⁴¹ se pone el foco de atención en la protección de las minorías y en su efectividad práctica: si manifestar algo contrario a lo sustentado por la mayoría conculca la moral pública, ello puede suponer vaciar de contenido la libertad de expresión de los grupos minoritarios cuando la misma sea contraria a la posición del grupo predominante: con esta conclusión se produciría una suerte de censura oficial, un acatamiento cuasi forzoso de los postulados mayoritarios, so riesgo de ser silenciado o, en última instancia, perseguido.

⁴⁰ Párrafo 81. «El Tribunal observa además que algunas de las autoridades atribuyeron un peso significativo al hecho de que aproximadamente un centenar de personas se habían quejado de los anuncios (véanse los párrafos 18 y 25 *supra*). No hay ninguna razón para dudar de que esas personas hayan sido genuinamente ofendidas. Sin embargo, el Tribunal reitera que la libertad de expresión también se extiende a ideas que ofenden, conmocionan o perturban (véanse las referencias proporcionadas en el párrafo 70 *supra*). También reitera que, en una sociedad democrática pluralista, quienes eligen ejercer la libertad de manifestar su religión no pueden razonablemente esperar estar exentos de toda crítica. Deben tolerar y aceptar la negación por parte de otros de sus creencias religiosas e incluso la propagación por parte de otros de doctrinas hostiles a su fe (véase *Otto-Preminger-Institut*, § 47, y *Í.A. v. Turkey*, § 28, ambas citadas *supra*, véase también la posición de la Comisión de Venecia en el párrafo 49 *supra*). En opinión del Tribunal, aunque los anuncios tenían un objetivo comercial y no pueden considerarse “críticas” a las ideas religiosas (véase el párrafo 76 *supra*), los principios aplicables son similares (a este respecto, véanse en particular las conclusiones de los informes de las autoridades nacionales, de que los anuncios “alientan una actitud frívola hacia los valores éticos de la fe cristiana” en el párrafo 18 anterior)».

⁴¹ Párrafo 82: «En sus observaciones, el Gobierno argumentó que los anuncios también debían considerarse ofensivos para la mayoría de la población lituana que compartía la fe cristiana (véase el párrafo 56 *supra*), mientras que la empresa solicitante alegó que cien individuos no podían considerarse representativos de esa mayoría (véase el párrafo 61 *supra*). En opinión de la Corte, no puede suponerse que todos los que hayan indicado que pertenecen a la fe cristiana necesariamente considerarían ofensivos los anuncios, y el Gobierno no ha presentado ninguna prueba que demuestre lo contrario. No obstante, incluso suponiendo que la mayoría de la población lituana encontrara ofensivos los anuncios, la Corte reitera que sería incompatible con los valores subyacentes de la Convención si el ejercicio de los derechos de la Convención por parte de un grupo minoritario estuviera condicionado a su aceptación por la mayoría. Si esto fuera así, los derechos de un grupo minoritario a, entre otras cosas, la libertad de expresión se volverían meramente teóricos más que prácticos y efectivos según lo requerido por la Convención (ver, *mutatis mutandis*, *Barankevich v. Russia*, n.º 10519/03, § 31, 26 de julio de 2007; *Alekseyev v. Russia*, n.ºs 4916/07 y 2 otros, § 81, 21 de octubre de 2010, y *Bayev y otros*, citados anteriormente, § 70)».

Por otro lado, en el núm. 83⁴², el TEDH refiere que Lituania no ha efectuado una adecuada ponderación entre la protección de la moral pública y el derecho a la libertad de expresión de la empresa que solicita el amparo. De este modo, no se puede oponer de forma automática la existencia de unos sentimientos religiosos que se ven afectados —sin que se concrete el modo de afectación, su grado ni la relevancia de la lesión causada— frente a la posibilidad de expresar las opiniones, ideas o, en este caso, una campaña publicitaria.

En este orden de cosas conviene tener presente que algún autor⁴³ ha manifestado que el TEDH ha mostrado una «actitud cautelosa» cuando entra en juego el componente religioso en el espacio público, lo que le ha llevado a «aceptar limitaciones especialmente severas de los derechos implicados por parte de los Estados». Apunta asimismo SOLAR CAYÓN que se observan dos caras en dicha jurisprudencia: la concepción restrictiva de la libertad de manifestación de las creencias religiosas y, a su vez, la especial restricción de la libertad de expresión cuando esta incide en las creencias religiosas, por lo que entiende que se produce una «muy devaluada concepción del valor del pluralismo» en la materia analizada. Por todo ello concluye que se produce una problemática en la doble acepción del pluralismo: por un lado, el denominado «pluralismo en el plano nacional interno», que en esencia actúa como un factor que persigue la integración europea y que tiende a un control activo por parte del TEDH para garantizar el respeto de la pluralidad de opciones dentro de cada Estado. Como contrapunto, «el pluralismo en el plano internacional», que se ve favorecido por el «margen de apreciación nacional» y que conlleva una autolimitación del propio TEDH en sus funciones de control, propiciando el respeto a la pluralidad de tradiciones nacionales, y que en dicha disyuntiva, dado que el Tribunal de Estrasburgo remite al margen de apreciación nacional en materia religiosa, el pluralismo se ve menoscabado irremisiblemente en esta materia.

⁴² Parágrafo 83: «En consecuencia, el Tribunal concluye que las autoridades nacionales no lograron un equilibrio justo entre, por una parte, la protección de la moral pública y los derechos de las personas religiosas, y, por otra parte, el derecho de la empresa solicitante a la libertad de expresión. La redacción de sus decisiones, como “en este caso el juego ha ido demasiado lejos” (ver el párrafo 11 anterior), “el respeto básico por la espiritualidad está desapareciendo” (ver párrafo 15 arriba), “uso inapropiado [de símbolos religiosos] los degrada [y] es contrario a las normas morales y éticas universalmente aceptadas” (ver párrafo 25 arriba) y “ las personas religiosas reaccionan muy sensiblemente a cualquier uso de símbolos religiosos o personas religiosas en la publicidad” (ver párrafos 11, 13, 15 y 18 arriba) demuestran que las autoridades dieron primacía absoluta a la protección de los sentimientos de las personas religiosas, sin tomar en cuenta adecuadamente el derecho de la compañía solicitante a la libertad de expresión».

⁴³ SOLAR CAYÓN, J. I. «La libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el elemento religioso como factor de riesgo», *Estudios de Derecho español y europeo. Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria* (coordinadores M. C. Arranz de Andrés y M. Serna Vallejo), Santander, 2009, pp. 897 y 898.

En la misma línea, en decir de BUSTOS GISBERT⁴⁴, existe una clara tendencia del TEDH «a dejar mucho más margen de apreciación a las autoridades nacionales para determinar la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad de expresión en el campo de las creencias religiosas que en el campo de la moral en general», y echa en falta que «entre los deberes y responsabilidades de quienes defienden los propios sentimientos religiosos se incluyera también la obligación de respetar las convicciones de los defensores de una ética cívica de carácter no religioso».

No obstante, tales afirmaciones deben ser matizadas por las últimas sentencias del TEDH a que hemos hecho referencia, por cuanto se considera que los sentimientos religiosos constituyen un límite a la libertad de expresión, en efecto, pero se restringe su capacidad limitadora y se amplía el campo de protección de la libertad de expresión. Así, se da una mayor entrada a la valoración de los elementos cómicos, artísticos, publicitarios o científicos. Es doctrina consolidada del TEDH que los miembros de una comunidad religiosa deben soportar las críticas a sus creencias, y tales manifestaciones están protegidas por la libertad de expresión, pero dicha libertad no es ilimitada sino que, cuando se convierte en ataque injurioso, es legítima su represión, estando facultados los Estados para adoptar medidas sancionadoras. Sin embargo, por lo que respecta al margen de apreciación de las autoridades nacionales, podemos convenir en que la nueva línea del TEDH ha supuesto una reducción del amplio campo de actuación que detentaban los Estados: en la condena a Lituania se aprecia que el margen de apreciación interno resulta refutado, por lo que los Estados pueden, de modo indirecto, aquietarse a la nueva orientación jurisprudencial y, en consecuencia, reducir al mínimo las restricciones a la libertad de expresión, o bien arriesgarse a mantener estándares elevados de protección y de primacía de unos derechos frente a otros —en este caso sería la protección a ultranza de los sentimientos religiosos en detrimento de la libertad de expresión—, y exponerse con ello a severos correctivos de alcance internacional, con la consiguiente llamada de atención que ello supone sobre un determinado ordenamiento jurídico. De esta manera podemos concluir este apartado apuntando que las resoluciones analizadas van a tener un impacto relevante en las actuaciones internas de ponderación de derechos en liza: con ello se produce un enriquecimiento jurídico y una mayor adaptación de los ordenamientos nacionales al acervo y doctrina europeos.

3. EL DISCURSO DEL ODIOS RELIGIOSO

La mayor manifestación de exceso en la libertad de expresión, no cubierta por la protección del derecho fundamental como es evidente, es el discurso del odio. Dentro de los delitos de odio se encuentra el *hate speech* o discurso del odio, que se ha definido en la Recomendación N.º 97 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Discurso del Odio de la siguiente manera: «formas de expresión que

⁴⁴ BUSTOS GISBERT, R. «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (art. 10 CEDH)», *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (coordinadores F. J. García Roca y P. Santolaya Machetti), Madrid, 2005, p. 554.

propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacida de la inmigración». En nuestro estudio, es preciso acotar aún más los términos y definir el discurso del odio religioso, para lo que estaremos a la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Blasfemia, insultos religiosos y discursos de odio contra personas por causa de su religión, que considera discursos de odio «las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión o por cualquier otro motivo»; no obstante, como subraya alguna autora⁴⁵, en la legislación nacional, siguiendo el artículo 10.2 CEDH, solo deben penalizarse aquellas expresiones sobre cuestiones religiosas «que alteren grave e intencionadamente el orden público y en las que se haga un llamamiento público a la violencia», con lo que se limita la penalización de dichas expresiones con el criterio de la gravedad y del llamamiento público a la violencia.

Dentro del ordenamiento jurídico español debemos hacer mención de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se valoró una cuestión de inconstitucionalidad frente al artículo 607.2 CP, cuando dicho texto castigaba a quienes negasen la existencia de un delito de genocidio. El máximo intérprete constitucional efectuó un detallado estudio del contenido esencial de la libertad de expresión, del discurso del odio en la jurisprudencia del TEDH y, en último lugar, de las propias conductas típicas contenidas en el referido precepto.

⁴⁵ QUESADA ALCALÁ, C. “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 30, 2015, p. 8. Disponible en: www.reei.org/index.php/revista/num30/articulos/labor-tribunal-europeo-derechos-humanos-torno-al-discurso-odio-partidos-politicos-coincidencias-contradicciones-con-jurisprudencia-espanola. Acceso el 26/02/2017.

Después de su examen llegó a la conclusión de la inconstitucionalidad del aserto «nieguen o» contenido en el meritado tipo⁴⁶, ya que «la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)». Dicha resolución ha tenido una gran relevancia cualitativa, por cuanto ha conllevado la eliminación de una conducta típica tomando como parámetro de valoración el derecho a la libertad de expresión.

En otro orden de cosas, debemos efectuar una breve referencia a la jurisprudencia del TEDH sobre el discurso del odio. En concreto, atenderemos a dos resoluciones: i) La STEDH Soulas y otros c. Francia, de 10 de julio de 2007, en la que se recurría por parte de los autores de un libro la condena impuesta por su contenido. En concreto, en el libro titulado *La colonización de Europa. La verdad sobre la inmigración y el islam* se criticaba la inmigración musulmana, los peligros que conllevaba y la necesidad de adoptar medidas frente a la misma que, en última instancia, llamaban a una «guerra civil étnica». Los tres demandantes fueron condenados por la comisión de un delito de incitación a la discriminación, al odio y a la violencia, de acuerdo con los artículos 23 y 24.6 de la ley francesa de 29 de julio de 1881, sobre libertad de expresión. Frente a su recurso, Francia solicitó la inadmisión de la demanda en virtud del artículo 17 CEDH⁴⁷. La Corte desestimó la petición de inadmisión, pero consideró que la medida limitativa de la libertad de expresión era oportuna, dado que⁴⁸ bastantes pasajes del libro ofrecen una imagen negativa de las comunidades a las que se refiere, asimismo, recuerda el TEDH que debe situarse en un primer plano la lucha contra la discriminación

⁴⁶ En el Fundamento Jurídico 8.º de la resolución analizada se detalla: «La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente –como sugiere el Ministerio Fiscal– puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 12), la constitucionalidad, *a priori*, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal».

⁴⁷ Artículo 17 CEDH: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

⁴⁸ BOUAZZA ARIÑO, O. «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, n.º 177, 2008, p. 329.

racial en todas sus formas y manifestaciones. Centrado en el tenor literal empleado se pone de manifiesto que existe una finalidad de provocar en los lectores un sentimiento de rechazo y antagonismo, que se ve incrementado por el uso de un registro lingüístico de carácter militar, considerando a las comunidades a las que se refiere como el enemigo principal. Concluye que no ha habido vulneración del artículo 10 CEDH, pero que los hechos no revisten la gravedad necesaria como para que se aplique el artículo 17 CEDH. ALCÁCER GUIRAO⁴⁹ ha llamado la atención sobre la aplicación de dicho precepto por el TEDH, y ha apuntado la existencia de un doble rasero en el Tribunal de Estrasburgo. Así, ha puesto de manifiesto, dentro del discurso del odio, que resulta llamativo que «haya reaccionado el TEDH con el criterio más radical frente a las modalidades menos graves del mismo», ya que mientras algunos supuestos de incitación a la violencia y a la discriminación «han sido incluidos bajo la órbita de protección del derecho fundamental y sometidos, con ello, al filtro de la ponderación de las circunstancias del caso concreto», la negación del Holocausto ha sido excluida radicalmente del ámbito de la libertad de expresión, con lo que se rechaza su tutela *a limine* por considerarla un abuso de derecho.

ii) La STEDH Kutlular c. Turquía, de 29 abril 2008, valoró la pena impuesta a un director de un diario turco que en una ceremonia religiosa en que se repartieron folletos en los que se relacionaba un seísmo sufrido en Turquía en 1999 con un «anuncio divino» como resultado de los abusos; además, el Sr. Kutlular pronunció un discurso en el que criticaba la no utilización del velo islámico y otras cuestiones políticas actuales. Por estos hechos fue condenado por incitación al odio y a la hostilidad mediante la discriminación religiosa. El Tribunal europeo detalló en su parágrafo 44 que «[...] la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones de su progreso y de la plenitud de cada individuo. Sin olvidar el apartado 2 del artículo 10, no solo vale para las “informaciones” o “ideas” bien acogidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que hieren, chocan, inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia, el espíritu abierto, sin los que no sería una “sociedad democrática”». Asimismo, en su parágrafo 48⁵⁰, atiende al contenido de los temas tratados por el Sr. Kutlular y a la relación entre

⁴⁹ ALCÁCER GUIRAO, R. «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n.º 33, n.º 97, 2013, pp. 322-324.

⁵⁰ Parágrafo 48: «[...] La particularidad del litigio no reside, sin embargo, en el contenido de estos temas en sí mismos, sino en la relación causa efecto establecida entre ambos. En efecto, el demandante trata el seísmo como un fenómeno espiritual, conforme a sus convicciones, y a las de una parte de la sociedad turca, en el seno de la cual se encuentra, en concreto, el público que asistía a la ceremonia conmemorativa en la mezquita. El Tribunal subraya que, confiriendo un sentido religioso a una catástrofe natural y sobre todo evocando una relación causal entre la catástrofe y la falta de reacción de la mayoría de la población contra algunos actos del Gobierno, el discurso pretende infundir superstición, intolerancia y oscurantismo. Termina, de este modo, por servir al proselitismo e incluye un tono ofensivo hacia los “no creyentes”, al mismo tiempo que hacia el Gobierno».

el seísmo y la explicación ofrecida, y en el párrafo 49⁵¹ se atiende a la virtualidad suasoria del discurso, es decir, a la potencialidad para generar violencia u odio en los destinatarios, y se concluye que las expresiones manifestadas no son conducentes ni aptas para dicho resultado. En el estudio de esta resolución se ha aseverado que⁵² el elemento central no fue tanto el contenido de las declaraciones como el público al que se dirigieron, por lo que, pese a que eran ofensivas, no eran aptas para generar un clima de odio o persecución, por lo que Turquía resultó condenada.

En la sociedad postmoderna en que vivimos, el discurso del odio religioso ha encontrado nuevos cauces de canalización y difusión en Internet y en las redes sociales. Al amparo del anonimato, se vierten comentarios injuriosos y denigrantes para con determinadas comunidades religiosas. La rapidez con que se difunden, comparten, actualizan y renuevan tales contenidos facilita la generalización de tal práctica. Existe un vicio de origen: la consideración que se tenga de la «realidad virtual». Debe partirse de que las redes sociales son un medio de comunicación, un instrumento que facilita la sociabilidad y las relaciones interpersonales, pero no deben confundirse con la realidad material de las cosas. Por tanto, un primer obstáculo de partida es el carácter absoluto o dogmático que se da a lo sucedido en tal ámbito: vivimos en la sociedad del retuit, de la rapidez, de los 140 caracteres—ahora ampliados a 280—, de la ocurrencia ingeniosa, de la crítica acerada, de los *followers* y *unfollow*—también, por ende, de la hipérbole del neologismo en detrimento de nuestro idioma y de nuestra cultura—, pero que tiene su reverso en la facilidad del insulto y el menosprecio, en la caricaturización exacerbada y en que la denigración y el linchamiento virtual—lo más parecido a la antigua pena de muerte civil— conllevan juicios sumarios en red.

El discurso del odio religioso encuentra así un caladero perfecto de gestación y expansión: el uso de identidades falsas en los emisores de las injurias, quienes propagan comentarios de odio; en segundo lugar, el carácter laxo de los controles existentes en las propias redes sociales, ya que, sin que se esté pidiendo desde aquí la existencia de una censura en Twitter o Facebook, debe ponerse de manifiesto que no se efectúa un estricto control de lo publicado por parte de los responsables de dichos medios; en tercer lugar, la falta de formación de muchos de los consumidores de tales mensajes, que no analizan de forma crítica los contenidos visitados, y estiman como certeras informaciones sesgadas, injuriosas, imprecisas e interesadas. A mayores, como cuarto factor, puede subrayarse la pasividad del resto de usuarios de tales redes, que no denuncian los mensajes visualizados ante los administradores de tales páginas, o ante las propias autoridades gubernativas. En estos supuestos, se subraya

⁵¹ Párrafo 49: «[...] por chocantes y ofensivas que las declaraciones del demandante puedan ser para quienes no comparten las creencias y opiniones del público al que se dirigen, no incitan a la violencia y no pretenden fomentar el odio contra las personas que no forman parte de la comunidad religiosa a la que pertenece el demandante».

⁵² CELADOR ANGÓN, O. *Libertad de conciencia y Europa: un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2011, p. 124.

que⁵³ «es legítimo restringir su acceso en aras de evitar discriminaciones, segregaciones o la incitación a cometer delitos contra grupos que son minorías en una determinada sociedad. Al ser Internet un medio de difusión con cobertura mundial, las autoridades y personas concernidas deben estar prestas a denunciar contenidos no aptos, en aras de preservar una sociedad pluralista e incluyente».

En este sentido, también ha incidido la Recomendación General n.º 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015 en Estrasburgo, en que las nuevas tecnologías constituyen un medio a través del cual se está incrementando⁵⁴ el discurso del odio. Asimismo, dentro de las medidas para luchar contra este se alude a la educación, a la necesidad de enfrentarse con el mismo y de condenarlo, así como la responsabilidad en esta tarea de los líderes políticos, religiosos y sociales, con capacidad para influir en amplias capas de la ciudadanía. También se menciona la particular contribución que los medios de comunicación pueden realizar en este campo, tanto en su difusión como en la lucha frente al mismo. Otro aspecto relevante es la adopción de códigos de conducta de voluntario cumplimiento y de sistemas de autorregulación, que se consideran medios eficaces para prevenir y condenar el discurso del odio. Se reconoce a su vez que la respuesta penal es insuficiente y no siempre constituye el mecanismo idóneo, y que las víctimas deben contar con todos los medios a su alcance para responder a estos ataques: bien sea mediante réplicas y condenas, o a través del recurso a las autoridades y a los tribunales competentes. Por último, podemos destacar entre los considerandos iniciales la importancia de evitar todo apoyo a las organizaciones que fomentan el uso del discurso de odio, así como de prohibir todas aquellas que lo hacen con objeto de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra las personas a las que van dirigidas, o pueda razonablemente esperarse que se produzcan tales efectos, o la importancia de que se investiguen de forma rápida y eficaz las denuncias del uso de discurso de odio y de evitar toda interpretación restrictiva indebida de las disposiciones referentes a su uso.

⁵³ BERNAL RAMÍREZ, E. J., «La libertad de expresión en la Internet», *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 10, 2016, p. 178.

⁵⁴ Entre sus considerandos se apunta: «Reconociendo que el uso del discurso de odio parece estar aumentando, especialmente a través de los medios de comunicación electrónicos, que magnifican sus efectos, pero que su alcance preciso sigue sin poderse determinar claramente, debido a la falta de una recogida sistemática de datos e información sobre su incidencia, situación que debe subsanarse, sobre todo prestando el apoyo pertinente a las personas afectadas o a quienes van dirigidas estas expresiones».

CARRILLO DONAIRE⁵⁵ propone tres soluciones para evitar la proliferación del *hate speech* religioso, que comparto plenamente: i) un nuevo entendimiento de la tolerancia, conceptualizada de forma proactiva, como «valor cívico ligado a la idea de libertad personal, pero comprometido activa y positivamente con el reconocimiento de unas reglas de juego inquebrantables que consisten en el respeto mutuo de derechos universales que son inherentes a todo ser humano y, por ello inalienables e inviolables». ii) La reivindicación de la teoría del abuso de derecho en el marco de una democracia militante, que debe servir de cláusula de cierre del sistema de protección de derechos fundamentales, evitando que las mayorías se impongan sobre las minorías y entendiendo que «la democracia en Europa está hoy asentada sobre las bases proactivas de una democracia militante, de una democracia activamente comprometida con los pilares que la sostienen», en la que debe prevalecer el pluralismo. iii) «la educación en derechos humanos como instrumento para la subversión del desorden establecido».

⁵⁵ CARRILLO DONAIRE, J. A. «Libertad de expresión y "discurso del odio" religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», *Revista de Fomento Social*, n.º 278, 2015, pp. 234-243.

CONCLUSIONES

1. La existencia de una normativa especial que regule los fenómenos religiosos no conlleva discriminación alguna hacia las personas agnósticas o ateas, sino que sirve para atender necesidades específicas de las personas que profesen una religión. Dicha regulación es necesaria y delimita los derechos y obligaciones de los ciudadanos en cuanto a las creencias religiosas. El carácter aconfesional del Estado no impide que se mantengan relaciones de colaboración con las confesiones religiosas, siempre que se respeten los principios y valores constitucionales. Además, la tutela penal de los sentimientos religiosos constituye una última barrera de protección y no se encuentran motivos para la despenalización de tales tipos penales —aunque sí se propone su reforma *de lege ferenda*—, si bien debe efectuarse una interpretación restrictiva de los mismos, y solo se deben aplicar en los casos más graves y que comporten una mayor alteración de la convivencia social.

2. Cuando surjan conflictos entre la libertad religiosa y la libertad de expresión, debe prevalecer esta última, como regla general, tanto en los supuestos de colisiones surgidas a raíz de publicaciones en los medios de comunicación social como cuando se trate de manifestaciones de sujetos particulares. Sin embargo, esta regla cede en aquellos supuestos en que se excedan los límites fijados en la CE y en la jurisprudencia del TC y del TEDH. Cuando se caiga en el insulto, en la ofensa o en la incitación al odio, debe prevalecer la libertad religiosa. En la labor de ponderación se tendrán en cuenta las circunstancias del caso concreto, que servirán para precisar si ha existido exceso en la expresión o no.

3. Para luchar contra el discurso del odio religioso debe efectuarse una adecuada implementación de políticas educativas en derechos y valores democráticos, dado que la formación e instrucción son las mejores herramientas frente a la intransigencia, en aras de la consecución de la paz social y religiosa, la defensa de las minorías y la protección del sistema democrático, sustentado indefectiblemente en el pluralismo como valor esencial. Debe formarse a ciudadanos en valores que tengan como finalidad el respeto a los demás, a su dignidad y que tiendan a una ordenada convivencia en una sociedad presidida por el respeto a los derechos humanos. Es preciso que la población sea autocrítica, ponga de manifiesto los excesos que aprecie y denuncie los casos de discurso del odio, en orden a su definitiva erradicación. En la labor de prevención y erradicación de estas conductas deben implicarse todos los agentes sociales: medios de comunicación, personas de relevancia pública y social. Las distintas organizaciones y asociaciones han de adoptar sistemas de autocontrol y códigos internos de buenas prácticas. Debe darse una respuesta rápida ante la aparición de estos comportamientos y es preciso dotar de cobertura suficiente a las víctimas de dichos abusos. Si tales medidas fallasen, debe acudir a la vía penal, que es la última medida de política criminal a la que debe acudir el Estado cuando han fallado los sistemas educativos, las normas represivas civiles y las de naturaleza administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, R. «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n.º 33, n.º 97, 2013, pp. 309-341.
- BERNAL RAMÍREZ, E. J. «La libertad de expresión en la Internet», *Misión Jurídica. Revista de derecho y ciencias sociales*, n.º 10, 2016, pp. 163-180.
- BORAGNO GIL, I. «Libertad de expresión, ofensa y religión», *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*. II época, n.º 9, 2014, pp. 113-122.
- BOUAZZA ARIÑO, O. «Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, n.º 177, 2008, pp. 319-331.
- BUSTOS GISBERT, R. «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (art. 10 CEDH)», *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (coordinadores F. J. García Roca y P. Santolaya Machetti), Madrid, 2005, pp. 529-564.
- CALVO GONZÁLEZ, J. «Libertad de expresión y libertad cómica», *Dikaiosyne. Revista semestral de filosofía práctica*, n.º 18, 2007, pp. 23-42.
- CARAZO LIÉBANA, M. J. «El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 14, 2011, pp. 43-74.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. «Libertad de expresión y “discurso del odio” religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular», *Revista de Fomento Social*, n.º 278, 2015, pp. 205-243.
- CELADOR ANGÓN, O. «*Libertad de conciencia y Europa: un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*», Madrid, 2011.
- CIÁURRIZ LABIANO, M. J. «El derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español (contenido del derecho fundamental)», *Revista de Derecho Político*, n.º 41, 1996, pp. 37-96.
- DWORKIN, R. *Religión sin Dios*, Madrid, 2016.
- ESPINOSA, A. «Libertad de expresión vs. Creencias religiosas», *Cuadernos de periodistas*; revista de la Asociación de la Prensa de Madrid, n.º 25, 2012, pp. 12-18.
- ESPINOZA ARIZA, J. «El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad religiosa ¿Existe un derecho a blasfemar? A propósito del caso de la revista *Charlie Hebdo*», *Lex; revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 13, n.º 15, 2015, pp. 85-110.
- FERREIRO GALGUERA, J. «Supuestos de colisión entre las libertades de expresión e información y otros derechos fundamentales: la creación artísticas y el respeto a los sentimientos religiosos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 3, 1999, pp. 199-220.
- GARCÍA-PARDO GÓMEZ, D. «La eficacia civil del Derecho de las Confesiones con acuerdo en España», *Perspectivas actuales en la aplicación del Derecho*, (coordinadores M. C. Barranco Avilés, O. Celador Angón y F. Vacas Fernández), Madrid, 2014, pp. 149-168.

- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales», *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 30, 2014, pp. 97-115.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. «Presentación», *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (editores R. Hefendehl, A. Von Hirsch y W. Wohlers), Madrid, 2016, pp. 11-22.
- HERRERA GÓMEZ, M. «Generación y transformación de las instituciones sociales. Los procesos morfoestáticos y los procesos morfogenéticos», *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, n.º 107, 2004, pp. 49-88.
- LLAMAZARES CALZADILLA, M. C. «En busca de la laicidad: la yincana de los acuerdos con la Santa Sede», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 6, marzo-agosto, 2014, pp. 72-97.
- LOCKE, J. *Carta sobre la tolerancia*, 1689.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. «Libertad de expresión y de información», *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo* (coordinadores A. Mangas Martín y L. N. González Alonso), Bilbao, 2008, pp. 271-286.
- MIRÓ LLINARES, F. «La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17, 2015.
- MONZÓN, J.M. «Relación entre libertad de culto y libertad de conciencia», *Cuadernos de Investigaciones*, 17. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A., 1989, pp. 1-30.
- MUÑOZ CONDE, F. «Derecho Penal. Parte especial», 20.ª ed., Valencia, 2015.
- OLLERO TASSARA, A. «En diálogo con Dworkin: moralidad política y Derecho Natural», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Sección Teoría General, n.º 33, 2013, pp. 148-169.
- PALOMINO LOZANO, R. «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius Canonicum*, vol. 49, n.º 98, 2009, pp. 509-548.
- PÉREZ-MADRID, F. «Incitación al odio religioso o ¿hate speech? y libertad de expresión», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 19, 2009.
- PÉREZ-MADRID, F. «Protección penal de la libertad religiosa y límites de la libertad de expresión», *Novedades de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. A un año de la reforma del proceso matrimonial* (editores L. Ruano Espina y J. L. Sánchez-Girón), Madrid, 2017, pp. 111-142.
- QUESADA ALCALÁ, C. «La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 30, 2015. Disponible en: www.reei.org/index.php/revista/num30/articulos/labor-tribunaleuropeo-derechos-humanos-torno-al-discurso-odio-partidos-politicos-coincidencias-contradicciones-con-jurisprudencia-espanola.

- RICHARDS, D. A. J. «Religión, moral pública y Derecho Constitucional», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 24, 2011, pp. 19-39.
- ROXIN, C. «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15, 2013.
- SCOLNICOV, A. «La libertad religiosa, como derecho a la libertad de expresión», *Derecom*, n.º 20, marzo 2016–septiembre 2016. Disponible en: <http://www.derecom.com/derecom/>.
- SOLAR CAYÓN, J. I. «La libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el elemento religioso como factor de riesgo», *Estudios de Derecho español y europeo. Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria* (coordinadores M. C. Arranz de Andrés y M. Serna Vallejo), Santander, 2009, pp. 867-900.
- STURGES, P. «Blasfemia y difamación de las leyes religiosas. Implicaciones para los medios y los bibliotecarios», *El profesional de la información*, vol. 24, n.º 3, mayo-junio, 2015, pp. 338-344.
- VALERO HEREDIA, A. M. «Libertad de expresión y sátira política: un estudio jurisprudencial», *Revista Internacional de Historia de la Comunicación*, n.º 2, vol. 1, 2014, pp. 86-96.
- ZEA MARQUINA, E./PAZO PINEDA, O. A./ZELADA CASAHUAMÁN, K. B. «Sátira religiosa y libertad de expresión. Pautas para el análisis de un conflicto recurrente en las sociedades modernas», *Cuaderno de Investigación. Serie Libertades Comunicativas*. Universidad San Martín de Porres, año 2, n.º 2, noviembre 2015, pp. 1-24.

MAQUETACIÓN:

Ministerio de Justicia

Secretaría General Técnica

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

