

DERECHO Y RELIGIÓN

Vol. XII
2017

Con una periodicidad anual, *Derecho y Religión* analiza monográficamente alguna cuestión relativa a manifestaciones externas de la religión desde una perspectiva estrictamente jurídica.

Cada volumen consta exclusivamente de trabajos doctrinales, siendo su editor el responsable de la selección de los autores encargados de desarrollar los contenidos.

La edición, que se hace en colaboración entre Delta Publicaciones y el Instituto Metodológico de Derecho Eclesiástico del Estado (IMDEE), se dirige fundamentalmente a los juristas universitarios y tiene una vocación de presencia internacional, por lo que las lenguas de publicación son, principalmente, el español, portugués e inglés.

Derecho y Religión no se solidariza con las opiniones expuestas por los autores en los trabajos publicados.

Published annually, each edition of *Derecho y Religión* analyzes an issue related to outward expressions of religion from a strictly legal perspective.

Every volume exclusively consists of doctrinal subjects, with the editor responsible for selecting the authors who will be in charge of developing the content.

Edited in collaboration with Delta Publicaciones and the Instituto Metodológico de Derecho Eclesiástico (IMDEE), the publication is fundamentally targeted at scholars interested in the juridical aspect of religion and state law. *Derecho y Religión* is aimed at an international audience, and as such is published in both English and Spanish.

Derecho y Religión do not share the points of view expressed by the authors in published papers.

DIRECTOR / DIRECTOR

Isidoro Martín Sánchez
(Univ. Autónoma de Madrid)

SUBDIRECTOR / ASSISTANT MANAGER

Marcos González Sánchez
(Univ. Autónoma de Madrid)

SECRETARIO / SECRETARY

Antonio Sánchez-Bayón
(Univ. Internacional de La Rioja e ISEMCO-Univ. Rey Juan Carlos)

CONSEJO EDITORIAL / ADVISORY BOARD

Iván C. Ibán (Univ. Complutense de Madrid)
Agustín Motilla (Univ. Carlos III de Madrid)
Marco Ventura (Univ. de Siena)
Gerhard Robbers (Univ. de Trier)
Isabel Aldanondo (Univ. Autónoma de Madrid)
Juan G. Navarro Floria (Univ. Católica Argentina de Buenos Aires)
Derek H. Davis (Baylor University)
Antonio G. Chizzoniti (Univ. Cattolica del Sacro Cuore)
José Luis Soberanes (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM)
Alberto R. Coll (Univ. DePaul)
Javier Saldaña Serrano (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM)
Scott E. Isaacson (Brigham Young University)
Miguel Rodríguez Blanco (Univ. de Alcalá)
Isabel Cano Ruiz (Univ. de Alcalá)
Santiago Cañamares Arribas (Univ. Complutense de Madrid)

DERECHO Y RELIGIÓN

Vol. XII • 2017

“Protección penal de los sentimientos religiosos”

Isabel Cano Ruiz
Coordinadora

DELTA
PUBLICACIONES





SUM

**Prese
ISABI**

**La pr
¿un
MIGU**

**El dis
Eu
ISIDO**

**Diritt
ANNA**

**Dalla
sull
ALESS**

**Nicolá
PIER I**

**De los
evol
SERGI**

**Reflex
DANIE**

**El deli
LUIS R**

**La exp
IGOR M**

**Ponde
y rel
e islá
M. OLA**

**Cultur
ISABEL**

Prohibida la reproducción y el almacenamiento total o parcial de esta obra, tanto de su cubierta como de su interior, no pudiéndolo hacer por ningún medio, mecánico, electrónico, fotocopia, vídeo ni de cualquier otro modo, sin el permiso expreso y por escrito de los autores del copyright.

DERECHO Y RELIGIÓN
Vol. XII — Año 2017

Esta Revista está indexada en las siguientes bases de datos: LATINDEX / DICE / DIALNET
ISOC (CCHS-CSIC) / ULRICH'S / CIRC / RESH / MIAR / SUMARIS CBUC / IN-RECS/ ACNP
DULCINEA/ RI-OPAC/ ANVUR/ CARHUS PLUS+

© Derecho y Religión

ISSN 1887-3243
Depósito legal M-2.874-2007

Preimpresión: OutDesign, Publishing Services
Impresión: Print House

<http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/>

DERECHO Y RELIGIÓN

SUMARIO

Presentación	7
ISABEL CANO RUIZ, Universidad de Alcalá	
La prohibición de la difamación de las religiones en el Derecho internacional: ¿una noción inoperante?	11
MIGUEL RODRÍGUEZ BLANCO, Universidad de Alcalá	
El discurso del odio por motivos religiosos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	27
ISIDORO MARTÍN SÁNCHEZ, Universidad Autónoma de Madrid	
Diritto penale, religione e libertà di espressione: modelli europei e questioni aperte.	45
ANNA GIANFREDA, Università Cattolica del Sacro Cuore (Piacenza)	
Dalla “tutela penale dei culti” al Diritto penale di libertà religiosa: piccola nota sull’esperienza italiana	63
ALESSANDRO FERRARI, Università dell’Insubria	
Nicolás de Villa: un proceso por blasfemia en la Inquisición de Toledo	79
PIER LUIGI NOCELLA, Universidad de Alcalá	
De los delitos de herejía medievales al bien jurídico protegido libertad religiosa: evolución histórica de la tutela penal del factor religioso en España	101
SERGIO CÁMARA ARROYO, Universidad Internacional de La Rioja	
Reflexiones acerca del tradicional delito de escarnio de los sentimientos religiosos	137
DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO, Universidad a Distancia de Madrid	
El delito de profanación como ejemplo de un Derecho penal sentimental	167
LUIS ROCA DE AGAPITO, Universidad de Oviedo	
La expresión artística y la tutela de los sentimientos religiosos	193
IGOR MINTEGUA ARREGUI, Universidad del País Vasco	
Ponderación de intereses y resolución de conflictos entre libertad de expresión y religión. Análisis crítico de la diferencia entre las posiciones occidental e islámica	213
M. OLAYA GODOY, Universidad de Extremadura	
Cultura, religión y Derecho penal en la mutilación genital femenina	239
ISABEL CANO RUIZ, Universidad de Alcalá	

IALNET
-RECS/ ACNP

PONDERACIÓN DE INTERESES Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RELIGIÓN. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DIFERENCIA ENTRE LAS POSICIONES OCCIDENTAL E ISLÁMICA

M. OLAYA GODOY

*Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Extremadura*

Resumen

La interrelación entre el mundo occidental y el Islam, fruto de la globalización y del incremento de los flujos migratorios en las últimas décadas, ha generado una serie de conflictos que son el resultado de una visión del mundo y de una escala de valores en parte diferentes. Estas diferencias se hacen especialmente patentes en el seno de una sociedad democrática, plural y multicultural, cuando se aborda el modo de entender la relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa. Siendo ambas objeto de protección tanto en occidente como en el Islam, la distinta perspectiva desde la que se contemplan hace que, cuando colisionan entre sí, la ponderación que se acomete en una y en otra cultura no sea siempre coincidente y origine enfrentamientos. En esa línea, este estudio pretende ofrecer una aproximación comparativa sobre la consideración de la libertad de expresión en occidente y en el mundo islámico.

Palabras clave: Libertad de expresión; libertad religiosa; difamación de la religión; discurso del odio religioso; blasfemia; islam; *sharia*; jurisprudencia TEDH; jurisprudencia TS de EE.UU.

Abstract

The interrelationship between the occidental world and Islam, as a result of globalization and increased migration flows in recent decades, it has generated a series of conflicts that are the result of a different world view and a different way of life. These differences are particularly evident within a democratic, pluralistic and multicultural society, where the way of understanding the relationship between freedom of expression and religious freedom is addressed. Both being subject to protection the West and Islam, the different perspective from that contemplated ago, when they collide with each other, the weighting is undertaken in one and in another culture is not always coincident and origine clashes. In that vein, this study aims to provide a comparative approach on the consideration of freedom of expression in the occidental and in the Islamic world.

Keywords: Freedom of expression; religious freedom; slander of religion; religious hatred speech; blasphemy; Islam; *Sharia*; jurisprudence ECHR; jurisprudence SC of USA.

Sumario: 1. Consideraciones previas; 2. Reconocimiento contenido y límites del Derecho a la libertad de expresión; 2.1. Aproximación a su tratamiento en los países occidentales: doctrina de la posición preferente; 2.1.1. Impacto de la jurisprudencia del TS de EE.UU. y del TEDH; 2.1.2. Análisis de los textos reguladores; 2.1.3. Analogías y diferencias en la doctrina sobre la materia; 2.1.4. Síntesis conclusiva; 2.2. Aproximación a su tratamiento en los países islámicos: doctrina del ejercicio responsable; 2.2.1. La libertad de expresión en la *Sharia*; 2.2.2. La libertad de expresión en las Declaraciones islámicas de Derechos humanos; 2.2.3. La libertad de expresión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: posición de los países islámicos; 2.2.4. La libertad de expresión en los países islámicos: la legislación anti-blasfemia; 2.3. Síntesis comparativa; 3. Principales supuestos de conflicto entre libertad de expresión y religión. 3.1. El respeto a los sentimientos religiosos; 3.2. La difamación de las religiones; 3.3. El discurso del odio religioso: especial referencia a la islamofobia; 4. Alcance de los límites al ejercicio del Derecho a la libertad de expresión: diferencia entre las posiciones occidental e islámica; 5. Reflexión final.

* Fecha de recepción: 20/04/2017. Fecha de aceptación: 10/05/2017.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde hace ya varios años venimos asistiendo a un interesante debate en Naciones Unidas generado en torno a los conflictos crecientes entre libertad de expresión y religión¹. El análisis de los distintos Informes y Resoluciones que han sido elaborados sobre la materia refleja tanto la existencia de un importante consenso acerca de la necesidad de tutelar y proteger ambos bienes jurídicos, como la concurrencia de dos posiciones divergentes lideradas, respectivamente, por los países occidentales y los islámicos². Esa diferencia de criterio se corresponde de forma clara con el distinto enfoque que cada uno de los bloques citados otorga a los Derechos humanos. Ante estas circunstancias, la cuestión objeto de estudio se perfila interesante en el marco de un contexto de convivencia intercultural en el que, junto a la protección del pluralismo y la diferencia, resulta indispensable alcanzar un acuerdo de mínimos delimitado por el respeto a la dignidad de la persona y a todos los derechos que de ella derivan.

Los supuestos de colisión entre la libertad de expresión y la religión que han llegado a constituir noticia, y a alcanzar gran repercusión social, se han multiplicado en la última década. Así podemos recordar la *fatwa*³ lanzada por el Ayatolá *Jomeini* contra *Salman Rushdie* el 14 de febrero de 1989, por la publicación de su libro *Los Versos Satánicos*, la publicación el 30 de septiembre de 2005 de doce caricaturas de Mahoma en el periódico danés de carácter conservador *Jyllands-Posten*, los reiterados conflictos que se manifiestan en los centros docentes europeos por la presencia de símbolos religiosos, las restricciones impuestas por algunos Estados al “uso del velo islámico” en determinados espacios públicos, etc. Estos desencuentros palpables entre religión y libertad de expresión invitan a una reflexión responsable sobre la sociedad actual desde diversos campos: la Política, la Sociología, la Teología, el Periodismo y especialmente el Derecho. Reflexión que debe realizarse teniendo en cuenta la presencia de un factor nuevo en la sociedad: la globalización⁴.

El fenómeno globalizador consiste en un conjunto de procesos tecnológicos que, entre otros, afecta principalmente a las telecomunicaciones, a las tecnologías de la información y el conocimiento, y a la interdependencia económica entre los Estados. A mayores, altera las concepciones originales de espacio y tiempo, diluye las barreras territoriales entre Estados, y genera un efecto de cercanía e inmediatez respecto de acontecimientos y conflictos que suceden a gran distancia. Por su propia naturaleza, la libertad de expresión y el factor religioso constituyen en sí mismos dos elementos de carácter globalizador⁵. El primero porque *internet*

¹ Sobre los conflictos entre libertad de expresión y libertad de religión PALOMINO LOZANO, R., “Libertad religiosa y libertad de expresión”, en *Ius Canonicum*, Vol. 49, Núm. 98, 2009, pp. 509-548; GARCÍA-PARDO, D., “La protección de los sentimientos religiosos en los medios de comunicación”, en *Ius Canonicum*, Núm. 79, 2000, pp. 125-155; y MARTÍN-RETORTILLO, J., “Respeto a los sentimientos religiosos y libertad de expresión” en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Núm. 36, 2006, pp. 593 y ss.

² Sobre la concepción islámica de los derechos humanos COMBALÍA SOLÍS, Z., “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 12, 1996, pp. 481-510.

³ La *fatwa* se define como “un dictamen jurisprudencial, respuesta dada a una cuestión jurídica por un especialista, explicación de la ley a un caso concreto”. Procede resaltar que en el chiísmo las *fatwas* tienen especial autoridad. MAÍLLO, F., *Diccionario de derecho islámico*, Trea, Gijón, 2005, pp. 79-80.

⁴ Sobre la incidencia de la globalización en la sociedad PALOMINO LOZANO, R., “Libertad religiosa y libertad de expresión”, en *o.c.*, pp. 509-511.

⁵ Sobre la interacción entre religión y globalización PALOMINO LOZANO R., “Los problemas de la libertad religiosa en un mundo globalizado. La libertad religiosa a través de los informes internacionales”, *Religión, Derecho y Sociedad* (15), Comares, Granada, 2007, pp. 167 y ss.; y THOMAS, S., *The global resurgence of religion and the transformation of international relations: the struggle for the soul of the twenty-first century*, Palgrave Macmillan, New York, 2005.

permit
plicado
zamier

El p
el cará
efecto
este co
cia, PA
tradic
Así, fre
que se
mando

La i
mento
que so
Estas c
plural
expres
en el
entre s
origine
de orig
línea, e
la liber

2. RE AL

2.1. A d

En las
un dere
tiende

⁶ P.e. las
el terre

⁷ En la re
via inte

⁸ FERRA
2007, p

⁹ PALOMINO
giosa a

¹⁰ El carí
de la g

¹¹ Sobre
respeto
y Dere
del ph

permite canalizar velozmente la transmisión de los mensajes, dotándolos de un efecto multiplicador, de inmediatez, y cercanía⁶. El segundo porque está íntimamente ligado a los desplazamientos migratorios transnacionales⁷.

El proceso de la globalización conlleva un movimiento de desterritorialización en el que prima el carácter de lo universal sobre lo particular, y destaca la ausencia de límites y fronteras⁸. Como efecto colateral de este proceso cabría destacar el desarraigo que provoca en las personas. Ante este conflicto permanente entre lo universal y lo local, entre el desarraigo y el sentido de pertenencia, PALOMINO LOZANO⁹ concluye que la religión oferta un patrimonio común de raíces y tradiciones y se convierte en una comunidad transnacional con una narrativa e identidad propias¹⁰. Así, frente a las corrientes secularistas y laicistas del Siglo XXI en occidente, no debe extrañar que se alcen cada vez con más fuerza las comunidades de los mundos árabe, judío e hindú reclamando con firmeza un espacio para la identidad cultural-religiosa.

La interrelación entre el mundo occidental y el Islam, fruto de la globalización y del incremento de los flujos migratorios en las últimas décadas, ha generado una serie de conflictos que son el resultado de una visión del mundo y de una escala de valores en parte diferentes. Estas divergencias se hacen especialmente patentes en el seno de una sociedad democrática, plural y multicultural¹¹ cuando se aborda el modo de entender la relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa. Siendo ambas objeto de protección tanto en occidente como en el Islam, la distinta perspectiva desde la que se contemplan hace que, cuando colisionan entre sí, la ponderación que se acomete en una y en otra cultura no sea siempre coincidente y origine enfrentamientos. Un buen punto de partida para aportar soluciones a estos conflictos de origen intercultural podría ser el conocimiento mutuo de todas las perspectivas. En esa línea, este estudio pretende ofrecer una aproximación comparativa sobre la consideración de la libertad de expresión en occidente y en el mundo islámico.

2. RECONOCIMIENTO, CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2.1. Aproximación a su tratamiento en los países occidentales: doctrina de la posición preferente

En las democracias occidentales la libertad de expresión se concibe, de forma unánime, como un derecho de carácter preferente. Esta concepción deriva de su propio contenido, que se entiende inherente y consustancial al concepto mismo de democracia y pluralismo. El TC espa-

⁶ P.e. las numerosas manifestaciones registradas en *facebook*, *twitter*, etc. al respecto de acontecimientos como el terremoto de Haití, las revueltas en el mundo árabe o la intervención internacional en Siria.

⁷ En la relación globalización-religión el aspecto anecdótico lo constituiría p.e. la posibilidad de obtener una *fatwa* vía *internet*.

⁸ FERRARI, S., "Religion, Diritto e Conflitti Sociali", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIII, 2007, pp. 44-46.

⁹ PALOMINO LOZANO R., "Los problemas de la libertad religiosa en un mundo globalizado. La libertad religiosa a través de los informes internacionales", en *o.c.*, p. 174.

¹⁰ El carácter universal de las religiones coincide en su potencial expansión con la superación de barreras y límites de la globalización: p.e. la "catolicidad" de la Iglesia, la "comunidad de creyentes (*uma*)" en el Islam, etc.

¹¹ Sobre el pluralismo religioso ROCA FERNÁNDEZ, M.J., "Los deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 17, 2008, pp. 135 y ss; y GONZÁLEZ-VARAS, A., "La proyección jurídica del pluralismo religioso" en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 24, 2008, pp. 55 y ss.

ñol ha realizado una excelente síntesis del contenido de esta doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión y las libertades informativas en su Sentencia de 6 de junio de 1990¹²; empleando una terminología variada para describirla. El Alto Tribunal español habla así de su jerarquía institucional¹³, de su valor superior o su eficacia irradiante del ordenamiento jurídico¹⁴, y de su posición prevalente frente a otros derechos¹⁵. Argumentando, siempre y en todos los casos, que la libertad de expresión constituye un pilar básico del Estado democrático y de derecho. No obstante, la doctrina de la posición preferente no otorga a la libertad de expresión una preferencia de carácter absoluto e ilimitado, lo que significa que, en determinados supuestos de conflicto, puede quebrarse ante intereses o derechos dignos de una mayor protección. La ponderación de los intereses en liza se convierte, pues, en el mecanismo principal para la resolución de conflictos apreciándose, no obstante, notables diferencias entre el sistema europeo y el estadounidense.

2.1.1. Impacto de la jurisprudencia del TS de EE.UU. y del TEDH

La enorme influencia que en materia de libertad de expresión ha desplegado la jurisprudencia del TS de EE.UU. sobre los pronunciamientos del TEDH y, a través de éste, sobre los TTCC de los estados nacionales europeos, exige la realización de un análisis comparativo del tratamiento que se otorga a la libertad de expresión en EE.UU. y en Europa.

Con carácter previo, procede destacar que en EE.UU. el régimen de la libertad de expresión es el que ha establecido el TS y resulta de aplicación para toda la Federación. Por tanto, no se aprecian diferencias reseñables entre los ordenamientos de los distintos Estados. En Europa existen matices diferenciales nacionales. Circunstancia que se comprende porque Estados Unidos es una Federación y Europa no. El poder que el TS de EE.UU. despliega sobre la materia es, pues, muy superior al del TEDH, que otorga a las autoridades de los Estados miembros un amplio margen de apreciación.

Para comprender el poder que ha desplegado el TS estadounidense sobre la materia es necesario recordar que, a finales de los años treinta de la centuria pasada, al salir del *New Deal*, se produjo un gran cambio en el sistema jurídico de EE.UU. al aceptarse la intervención del Estado en la economía, al objeto de superar con mayor facilidad la Gran Depresión económica y financiera en la que se encontraba inmerso el país. En ese contexto el TS pierde el dominio que venía ejerciendo sobre las leyes económicas y acepta limitar su actuación al ejercicio de un control mínimo sobre el contenido y adecuación de las mismas. Los efectos de esa decisión determinaron un cambio en el destino de la libertad de expresión cuando el TS decidió protagonizarlo.

La irrupción del TS estadounidense en el ámbito de la libertad de expresión se produce en 1919 con dos relevantes Sentencias¹⁶: caso *Shenk*¹⁷ y caso *Abrams*¹⁸. El contexto en el que se dictaron ambas fue particularmente importante. Se trataba de un momento en que EE.UU. vivía un periodo de exaltación del nacionalismo belicista que le llevó a participar en la I Guerra Mun-

¹² Sentencia del TC 105/1990, de 6 de junio.

¹³ Sentencias del TC 106/1986, de 24 de julio, 159/1986, de 16 de diciembre, y 171/1990, de 12 de noviembre.

¹⁴ Sentencia del TC 121/1989, de 3 de julio.

¹⁵ Sentencias del TC 240/1992, de 21 de diciembre y 336/1993, de 15 de noviembre.

¹⁶ Sobre *Shenk* y *Abrams*, por todos: SCHWARTZ, B., *Los poderes del Gobierno. Vol.I: Poderes federales y estatales*, UNAM, México, 1966, pp. 180 y ss.; y NEUBORNE, B., *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 64 y ss.

¹⁷ Sentencia TS, asunto *Shenk v. United States*, 1919/249.

¹⁸ Sentencia TS, asunto *Abrams v. United States*, 1919/250.

dial. Para involucrar al país en el esfuerzo bélico y paliar las críticas, se dictaron dos leyes, una de espionaje en 1917 y otra de sedición en 1918, que limitaron la libertad de expresión y que al ser aplicadas dieron entrada al TS que, con sus resoluciones, se incorporó al proceso de configuración del contenido y ejercicio del Derecho a la libertad de expresión.

En el asunto *Schenk v. EE.UU.*, *Charles T. Schenk*, Secretario General del Partido Socialista, había imprimido y ordenado distribuir octavillas contrarias a la Gran Guerra en las que llegaba a invitar a desobedecer las órdenes de combate. Se le condenó por tres delitos tipificados en la Ley de espionaje. El Tribunal Supremo, con ponencia de *Holmes*, confirmó la constitucionalidad de la Ley impugnada, ratificó las condenas impuestas, y alumbró la doctrina del “peligro claro e inminente” que, en una primera aproximación, parecía implicar que en tiempos de guerra, contexto en que vivía el país, no podía admitirse la difusión de octavillas en tales términos. En palabras de *Holmes*: “la mayor protección posible de la libertad de expresión no ampararía a quien, en un teatro abarrotado, gritara ¡Fuego! a sabiendas de que no hay tal fuego (...)”. Esta teoría supuso un ensanchamiento de la doctrina de la libertad de expresión que venían sosteniendo los tribunales estadounidenses, la denominada “*bad tendency*”, conforme a la cual cualquier manifestación que pudiera ocasionar una perturbación de la paz pública podía ser limitada, prohibida o sancionada.

La doctrina acuñada no gustó a los excompañeros de *Holmes* de la Universidad de *Harvard*, donde éste había sido Profesor, que la criticaron con severidad. Estas críticas influyeron en su cambio de criterio en otro caso que hubo de juzgar el mismo año, *Abrams v. EE.UU.* Se trataba en este supuesto de una condena a un ciudadano norteamericano de religión y origen hebreo que había distribuido propaganda criticando duramente al gobierno norteamericano por enviar soldados a Rusia. El TS confirmó la condena aplicando la doctrina “del peligro claro e inminente” pero *Holmes* se apartó del criterio de la mayoría negando que en este caso existiera tal peligro, puesto que a su juicio la envergadura de los hechos de ambos casos no era equiparable y, por tanto, en este supuesto el castigo se imponía sólo por profesar unas ideas contrarias al Gobierno. En su Voto Particular formuló la noción del “mercado de las ideas¹⁹” en los siguientes términos: “si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que el ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios (...)”.

El TS continuó dictando Sentencias restrictivas de la libertad de expresión, con la única discrepancia de *Holmes*, hasta 1925. Ese año el TS, en la Sentencia *Gitlow v. People of New York*²⁰, decidió configurar el Derecho a la libertad de expresión como un Derecho fundamental oponible a los Estados miembros equiparándolo a los derechos y libertades recogidos en la *XIV Enmienda a la Constitución de los EE.UU.*: vida, libertad y propiedad. Esta consideración se consolidó de forma definitiva a lo largo de los años 1931, 1938 y 1939. Sólo a partir de este momento cabe afirmar que, a diferencia de lo que sucede en Europa, el ejercicio de la libertad de expresión en EE.UU. es mucho más amplio y prácticamente ilimitado.

Como destaca TENORIO SÁNCHEZ²¹, este régimen que el TS de EE.UU. diseñó para la libertad de expresión a lo largo del Siglo XX constituye uno de los desarrollos más importan-

¹⁹ La noción de “mercado de las ideas” es para muchos autores la base de la concepción estadounidense de la libertad de expresión. CODERCH, P.S. y otros, *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; y WOLF, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 250-278.

²⁰ Sentencia TS, asunto *Gitlow v. People of New York*, 1925/268.

²¹ TENORIO SÁNCHEZ, P., “La libertad de comunicación en EEUU y en Europa”, en *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 105.

tes del Derecho constitucional estadounidense, al modelar costumbres y facilitar cambios en la concepción moral del país, acompañando así una evolución social que se estaba tejiendo e imponiendo como consecuencia de la férrea defensa que las minorías²² venían ejerciendo sobre sus Derechos civiles, y de las inquietudes de una juventud revolucionaria indignada con el puritanismo tradicional²³.

2.1.2. Análisis de los textos reguladores

El análisis de los textos jurídicos que regulan la libertad de expresión en EE.UU. y en Europa es necesario para valorar si existen o no dos modelos diferenciados en cuanto a su ejercicio.

En EE.UU. el punto normativo de partida lo constituye la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* de 1776 que, en su art. 12, recogía textualmente que “la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y nunca puede ser restringida por gobiernos despóticos”. El texto no contemplaba, pues, la posibilidad de imponer límite alguno a su ejercicio por vía legal.

Esta falta de limitación se repite en la *I Enmienda a la Constitución de Estados Unidos*, que aprobada en 1791 va a establecer tajantemente que “el Congreso no hará ninguna ley (...) que restrinja la libertad de palabra o de prensa”.

Por su parte, en Europa, el punto de partida lo constituye la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* aprobada en Francia en 1789 que, en su art. 11, especificaba que “la libre comunicación de las ideas y de las opiniones es uno de los bienes más preciosos del hombre”, añadiendo que “todo ciudadano puede por tanto hablar, escribir, imprimir libremente (...)”. A diferencia del texto estadounidense, esta Declaración incorporaba un párrafo advirtiendo ya sobre los requisitos de su ejercicio al hacer constar “sin perjuicio de la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”. Esto es, el régimen francés de finales del Siglo XVIII contemplaba ya la posibilidad de regular legalmente la exigencia de responsabilidad por los abusos en el ejercicio de esta libertad y, por tanto, la facultad de limitar su ejercicio.

El art. 10 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*²⁴ aprobado en 1950 (CEDH) contiene, en su primer párrafo, un reconocimiento amplio de esta libertad pública al declarar que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la de recibir o comunicar informaciones o ideas”. No obstante, el párrafo segundo contempla importantes facultades de limitación. Concretamente explica con claridad que el ejercicio de estas libertades conlleva deberes y responsabilidades y que, por ello, puede quedar sometido a “determinadas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones”. Para el ejercicio de la facultad de limitación por parte de los Estados exige, no obstante, la observancia de dos requisitos: que las limitaciones estén previstas en una norma con rango de Ley; y que sean necesarias en una sociedad democrática para salvaguardar una serie de finalidades concretas: seguridad nacional; integridad del territorio o seguridad pública; defensa del orden y prevención del delito; protección de la salud; protección de la moral; protección de la reputación ajena; protección de los derechos ajenos; impedir la divulgación de informaciones confidenciales; y garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

²² Especialmente las Comunidades negras y los Testigos de Jehová.

²³ TENORIO SÁNCHEZ, P., “La libertad de comunicación en EE.UU. y en Europa”, en *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, o.c., p. 107.

²⁴ Al igual que en otros documentos internacionales: *Declaración Universal de Derechos Humanos*, arts. 19 y 29.2; *Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos*, art. 19; y la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*, art. 13.

dos
libe
rela
siór
con
se a
sinc
tant
más
señ.
a la
bás

2.1.

Sól
juri
suc
prá

25 E
p
e
k
e
p
te
y
d
tu
l
li
c
li
p
p
li
in
o
n
d
t
c
e
li
a
26 E
r
l
27 S

Si bien una lectura comparativa de estos textos permitiría concluir *a priori* que existen dos modelos muy diferenciados en el régimen jurídico de la libertad de expresión: una libertad absoluta en EE.UU., y una libertad limitada en Europa; esta distinción tajante debe relativizarse por dos motivos. En primer lugar, porque el ejercicio de la libertad de expresión en EE.UU. nunca ha sido absoluto al recibir importantes limitaciones procedentes del *common law*²⁵. Y, en segundo lugar, porque la *I Enmienda a la Constitución de EE.UU.* no se aprobó para garantizar la libertad de expresión de los ciudadanos frente al Congreso, sino para distinguir las competencias de la Federación y las de los Estados miembros²⁶. Por tanto, con base en la *I Enmienda* no puede argumentarse que la libertad de expresión sea más amplia en EE.UU. que en Europa, al menos hasta 1925, año en que, como ya se ha señalado, el TS dicta la Sentencia *Gitlow v. People of New York*²⁷, configurando el Derecho a la libertad de expresión como un Derecho fundamental y convirtiéndolo en una pieza básica del Sistema.

2.1.3. Analogías y diferencias en la doctrina sobre la materia

Sólo a partir de la Sentencia *Gitlow v. People of New York*, y a merced principalmente de la jurisprudencia del TS, y no de los textos reguladores, cabe afirmar que, a diferencia de lo que sucede en Europa, el ejercicio de la libertad de expresión en EE.UU. es mucho más amplio y prácticamente ilimitado. Y ello por las razones que seguidamente se detallan.

²⁵ En primer lugar, tradicionalmente, por aplicación de los principios seculares del *common law*, el Estado, y toda persona pública, era en EE.UU. un propietario más poderoso que los demás, que podía prohibir al público expresarse en las calles o parques públicos. En segundo lugar, por los límites que afectan al empleado público; lo que mejor ilustra el extraordinario sometimiento que unía al empleado público a sus superiores en EEUU es el *spoiler system*. El partido que gana las elecciones ocupa todos los cargos públicos y nombra a los agentes públicos. En este marco, ante quien lo ha nombrado, el agente público no tiene ninguna libertad de palabra. En tercer lugar, a finales de 1930, el Derecho de los Estados contenía toda tipo de *offences* (tipos penales y civiles) y de hechos delictivos, todos heredados del *common law*, pero agravados por el legislador americano que amordazada la libertad de expresión estableciendo para los autores de afirmaciones u escritos tendenciosos importantes sanciones penales o civiles. En cuarto lugar, estaba el delito de sedición, que ya en una Ley inglesa de 1275 prohibía los cuentos y noticias que condujeran a la discordia entre el Rey y su pueblo y que se definía en la América colonial como la "publicación intencionada sin excusa legal o justificación, de cualquier escrito crítico de un hombre público, de la Ley, o de cualquier Institución Pública" si bien, desde 1735, se estableció la regla de que en América, la verdad de los hechos será siempre causa de exoneración de la responsabilidad por difamación sediciosa. En quinto lugar, en el *common law*, la difamación se fundaba en un régimen que podríamos llamar de "responsabilidad por riesgo". Poco importaba la intención que hubiera tenido el autor de la afirmación considerada difamatoria, bastaba que hubiera publicado escritos tendenciosos, teñidos de mala inclinación en el sentido de que perjudicaran a la reputación o al honor de un ciudadano lanzando sobre él el oprobio público, exponiéndolo al ridículo, al desprecio, al odio o que tendieran a manchar la memoria de los muertos. En todos estos casos la víctima disponía de una acción judicial por libelo. En el *common law* la razón de ser de la acción por difamación no es la protección de un derecho de la persona a la protección de su reputación o de su honor sino la necesidad de prevenir y de evitar la tendencia de toda afirmación difamatoria a causar una alteración de la paz pública. La difamación era doblemente castigable desde el punto de vista civil y en el ámbito penal. Tal y como estaba concebido el sistema tenía un efecto disuasorio sobre la prensa. En teoría la prensa podía decir todo porque no había censura, en la práctica no osaba decir nada sabiendo que se exponía a condenas pecuniarias susceptibles de llevarla al borde de la quiebra.

²⁶ Es decir, lo que prohibía esta *I Enmienda* era que el Congreso regulase la libertad de expresión, pero esta prohibición no se extendía a las cámaras legislativas de los diferentes Estados. En consecuencia, lo que en realidad supuso esta *I Enmienda*, fue una atribución de competencia a los Estados federados frente a la Federación.

²⁷ Sentencia TS, asunto *Gitlow v. People of New York*, 1925/268.

Neutralidad v. democracia beligerante

En su línea evolutiva, el Derecho estadounidense fija como criterio esencial para aceptar la constitucionalidad de una regulación su "neutralidad", es decir, que haga abstracción del contenido de lo que se regula²⁸. Esta idea se apunta en la Sentencia *EE.UU. v. O'Brien*²⁹ en 1968 y se formula ya con nitidez a partir del año siguiente en la Sentencia *Tinker v. Des Moines Scholl District*³⁰.

En la Sentencia de *Brandenburg v. Ohio*³¹ (1969) se aplica específicamente y la distinción entre apología e incitación se emplea para anular la condena a un miembro del *Ku Klux Klan* que había pronunciado una arenga claramente racista, insultante, incendiaria y amenazante. Además, el TS anula incluso la Ley estatal que había fundamentado la condena, por falta de taxatividad en la redacción del tipo penal. También relacionada con el discurso del odio cabe señalar la Sentencia de *RAV v. St. Paul*³², dictada en 1992 con relación a la impugnación de una condena dictada por haber quemado una cruz en el césped del jardín de una familia negra. En su fallo el TS concluye que si bien el acto sigue siendo amenazante ya no tiene el significado que tenía antaño, cuando este acto suponía que o la familia abandonaba el barrio inmediatamente o se arriesgaba a afrontar violentas represalias. El Decreto que se había aplicado en este caso "prohibía la colocación de objetos tales como una cruz encendida o una cruz gamada susceptible de provocar la cólera o el miedo sobre la base de criterios de raza, de fe, o de color". El TS revocó la condena al considerar que el error cometido por las autoridades consistió en regular los insultos e injurias que incitan a la violencia por razón de la raza, el color de la piel, la religión, las creencias, o el sexo. Al legislar sólo sobre estos casos particulares, y no sobre la injuria de manera general, las autoridades habían aprobado un Decreto que se basaba en la expresión, violando de esta manera la Constitución.

Frente a esta interpretación de la neutralidad de la regulación estadounidense, encontramos en Europa y en el TEDH la idea de "democracia beligerante"³³, que no sólo permite la inje-

²⁸ Sobre la doctrina de la "neutralidad del contenido", STONE, G.R. "Content Regulation and the First Amendment" en *Wm&Mary L. Review*, Núm. 189, 1983, pp. 198-200.

²⁹ Sentencia TS, asunto *EE.UU. v. O'Brien 1968/391*. El 31 de marzo de 1966, *O'Brien* y tres compañeros suyos habían quemado sus cartillas militares en los escalones del palacio del Tribunal de Boston para protestar contra la llamada a filas por sorteo que nutría las tropas estadounidenses que combatían en Vietnam. Detenido por el FBI, fue condenado por un Tribunal Federal del distrito de *Massachusetts* a seis años de correccional. Como defensa, invocó su derecho a la libertad de expresión. El asunto llegó al TS, que rechazó su recurso motivando que la Ley federal que preveía sanciones contra "quien falsifica, altere, modifique, destruya, o mutile una cartilla militar", no tenía "intención alguna de censurar la libertad de expresión". Era imparcial y objetiva y, por tanto, válida o como dirá en los años 70 "la Ley era neutra (*content-neutral*) e imparcial (*content-based*).

³⁰ Sentencia TS, asunto *Tinker v. Des Moines Scholl District*, 1969/393. En esta Sentencia el TS reconoció a dos estudiantes de bachillerato el derecho de llevar en el interior del establecimiento un brazalete negro como señal de protesta contra la guerra de Vietnam. A juicio del Tribunal "una restricción a la libertad de expresión debe estar justificada por algo más que un simple deseo de evitar el malestar y el disgusto que un punto de vista impopular nos suscita siempre". En 2007 el TS estimó la que la jurisprudencia *Tinker* no se aplica a las expresiones que no contribuyen a un debate político y, por tanto, no protege a un alumno que puede ser razonablemente considerado como persona que promueve el consumo de droga. En este sentido declaró constitucionales las sanciones impuestas a un estudiante de bachillerato que había desplegado fuera del establecimiento un cartel incomprensible e incoherente que parecía si no estimular, al menos simpatizar con los que fumaban porros. Sentencia TS, asunto *Morse v. Frederick*, 127/2007.

³¹ Sentencia TS, asunto *Brandenburg v. Ohio* 1969/395.

³² Sentencia TS, asunto *RAV v. St. Paul*, 1992/505.

³³ A criterio de TORRES DEL MORAL, la "sociedad democrática" es tolerante pero no inerte. En cuanto democracia militante o democracia que se defiende, debe asegurar la defensa de sus principios esenciales. Por tanto, tiene que luchar contra los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión abiertamente dirigidos contra sus

rencia e
p.e. el c
violento

Por
europeo
sejo de
ha afir
negació
expresi
siderad
gimen
dad co
históric
graved
sionista
notoria
del CE

Por
tirse ur
y el fal
guaje c
aplicac
Reino
y calur
rancia,
pronun
abuso
lo cens
que un
"Islam
de las
nalizac
Por
cia, al
crática

valor
el coi
ceptil
tituci
libert
³⁴ El leg
novie
cusió
³⁵ Sente
2004
³⁶ Sente
³⁷ Sente

rencia en el contenido, sino que impone la adopción de las medidas necesarias para reprimir p.e. el discurso negacionista, el discurso que incita al odio y/o a la intolerancia, y el discurso violento o que incita a la violencia.

Por lo que respecta al discurso negacionista cabe señalar que en Alemania y otros países europeos es constitutivo de delito³⁴, y esta posición ha sido avalada por la *Decisión del Consejo de Europa de 2003, asunto Garaudy c. Francia*. Al respecto cabe señalar que el TEDH ha afirmado la existencia de una categoría de hechos históricos claramente establecidos cuya negación o revisión queda sustraída por el art. 17 del CEDH a la protección de la libertad de expresión reconocida en el art. 10 del CEDH³⁵. Hasta la fecha y en este sentido, se han considerado “verdades históricas notorias” el Holocausto, la persecución de los judíos por el régimen nacionalsocialista alemán, el Proceso de Nuremberg, y los crímenes contra la humanidad cometidos durante la II Guerra Mundial. La prohibición de discutir estas “verdades históricas notorias” se refiere tanto a la realidad de las mismas como a su amplitud o a su gravedad. Para justificar la aplicación del art. 17 del CEDH al discurso negacionista o revisionista el TEDH se apoya no solamente en el motivo de la negación de una “verdad histórica notoria”, sino que apela al mismo tiempo al desconocimiento de los valores fundamentales del CEDH.

Por lo que hace referencia al discurso incitando al odio y/o a la intolerancia, ha de advertirse una aparente contradicción en la jurisprudencia del TEDH, entre la doctrina que formula y el fallo de algunas Sentencias. Así encontramos resoluciones que aunque censuran el lenguaje del odio otorgan a la *postre* el amparo del CEDH invocando, por distintos motivos, la aplicación del art. 10. Merecen especial atención los casos *Günduz c. Turquía*³⁶ y *Norwood c. Reino Unido*³⁷. En el asunto *Günduz c. Turquía* por afirmaciones vertidas que estigmatizaba y calumniaban a hijos de padres no casados invocando el Corán, el TEDH condenó la intolerancia, incluida la intolerancia religiosa, pero consideró que aunque las palabras habían sido pronunciadas en televisión en directo por un dignatario religioso, no se había incurrido en abuso de Derecho. En el asunto *Norwood c. Reino Unido* el TEDH no se limitó a proclamar lo censurable del discurso del odio, sino que consideró un abuso de la libertad de expresión que un ciudadano británico coloque en una ventana de su domicilio un cartel con el texto “Islam fuera de Inglaterra - protejamos al pueblo británico”, acompañado de una fotografía de las Torres Gemelas en llamas. El TEDH en su resolución, consideró inaceptable la criminalización de todos los islamistas.

Por lo que se refiere al discurso violento, considera el TEDH que la incitación a la violencia, al levantamiento, a la resistencia armada, no puede ser tolerada en una sociedad democrática ni siquiera cuando hay detrás una minoría nacional que se considera ilegítimamente

valores. Si la libertad de expresión ocupa un lugar privilegiado entre los derechos y libertades garantizados por el convenio, debe no obstante coexistir con derechos y libertades eventualmente concurrentes, y que son susceptibles de entrar en conflicto con ella. TORRES DEL MORAL, A., “Democracia militante” en *Derecho constitucional para el Siglo XXI*, Navarra, 2006, pp. 35-58. En el mismo sentido, TENORIO SÁNCHEZ, P., “La libertad de comunicación en EEUU y en Europa”, en *o.c.*, p. 118.

³⁴ El legislador español incorporó el negacionismo como delito, pero el TC en su Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, declaró parcialmente inconstitucional la correspondiente Ley por cuanto estimó que la estricta discusión científica sobre hechos históricos no podía considerarse contraria a la Constitución.

³⁵ Sentencias del TEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux et Isorni c. Francia*; de 29 de junio de 2004, asunto *Chauvy y otros c. Francia*; y *Decisión de 24 de mayo de 2003, asunto Garaudy c. Francia*.

³⁶ Sentencia del TEDH de 4 de diciembre de 2003, asunto *Günduz c. Turquía*.

³⁷ Sentencia del TEDH de 15 de febrero de 2004, asunto *Norwood c. Reino Unido*.

sojuzgada. En este sentido cabe citar, entre otras, el asunto *Zana c. Turquía*³⁸, en el que unas declaraciones pretendidamente ambiguas (“apoyo al movimiento de liberación nacional del PKK pero no estoy a favor de los atentados. Todo el mundo comete errores y es por error por lo que el PKK mata a mujeres y niños”) de un independentista kurdo apoyando al partido terrorista kurdo PKK no obtuvieron la protección del CEDH frente a la pena de prisión impuesta por las autoridades turcas.

Aplicación de la doctrina del “peligro claro e inminente”

La doctrina del “peligro claro e inminente” no se aplica en Europa, pero su evolución en el Derecho estadounidense ha jugado un gran papel para ayudar a comprender el talante liberal del TS en la configuración de los límites al ejercicio de la libertad de expresión en EE.UU.³⁹.

En el asunto *New York Times Co. v. EE.UU.*⁴⁰, caso conocido como “los papeles del Pentágono”, el TS invoca esta doctrina para no conceder la restricción solicitada por el Gobierno. Los llamados “papeles del Pentágono” eran un dossier de unas 700 páginas que escribió por encargo del Secretario de Defensa del Presidente *Johnson, Robert McNamara*, un Grupo de Expertos, en las que se ponía de manifiesto la estrategia de ocultación que había tenido la administración demócrata en relación con la guerra de Vietnam. Uno de los autores del documento lo filtró al *New York Times* y al *Washington Post* que iniciaron su publicación. El Gobierno acudió a los Tribunales solicitando que se prohibiera su publicación pero el TS recordó que en materia de Recurso de urgencia interesando la prohibición de una publicación de prensa, le incumbe al demandante la carga de explicar las razones de la misma y le incumbe también aportar la prueba de los perjuicios para la Seguridad nacional. Es decir “el peligro claro e inminente” para la Seguridad Nacional debe ser justificado y probado por quien pide la prohibición.

Como contrapunto procede traer a colación la Sentencia del TEDH en el asunto *The Observer y The Guardian c. U.K.*⁴¹. En este caso, los jueces británicos habían accedido a prohibir cautelarmente, a instancia del Gobierno, la publicación de informaciones del libro *Spycatcher* y otras procedentes del autor. El libro contenía las memorias de su autor, que había sido agente en el servicio secreto británico y narraba numerosas ilegalidades y hechos embarazosos para las autoridades británicas. En este supuesto, el TEDH consideró compatible con el CEDH la medida cautelar establecida por los órganos judiciales británicos durante todo el período de tiempo que había tenido efecto útil⁴². Solamente la consideró contraria al CEDH cuando ya había sido publicado el libro en otros países, por lo que la medida no podía considerarse “necesaria una sociedad democrática”, como exige el art. 10 del CEDH.

³⁸ Sentencia del TEDH de 25 de noviembre de 1997, asunto *Zana c. Turquía*.

³⁹ BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 357 y ss.; y REVENGA SÁNCHEZ, M., *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 42 y ss.

⁴⁰ Sentencia TS, asunto *New York Times Co. v. EE.UU.*, 1971/403.

⁴¹ Sentencia del TEDH 26 de noviembre de 1991, asunto *The Observer y The Guardian c. Reino Unido*.

⁴² SANTOLAYA MACHETTI, P., “El control de los secretos de Estado: la experiencia en Derecho comparado”, *Revista Poder Judicial*, núm.40, 1997, p. 69.

Influe

En la
de la c
cífico

El

Luthe

el Cor

ves, se

con 50

dena e

disuas

punto:

proteg

ha de

cidad.

la prei

una m

La

TEDH-

gens c

triaco,

a *Pete*

título

indign

había

idea d

“ofenc

gens e

la con

43 Sente

44 En e

riesg

taba

a la i

desp

de ur

ción

de ev

era d

sistei

en la

bord

45 En E:

subri

46 Sente

47 MUÑ

OWI

dere

Influencia del caso Sullivan

En la Sentencia *New York Times Co. v. Sullivan*⁴³, el TS estadounidense se aparta del régimen de la difamación que venía establecido por el *common law*⁴⁴ y crea un régimen jurídico específico para la prensa que la convierte en el “perro guardián” de las libertades.

El *New York Times* había publicado un anuncio que respaldaba el movimiento de *Martin Luther King* en el que se aludía a movilizaciones y a respuestas policiales excesivas. *Sullivan*, el Comisario de *Montgomery (Alabama)*, donde se habían producido los incidentes más graves, se consideró aludido y demandó al periódico. Este fue condenado a indemnizar a *Sullivan* con 500.000 \$, cantidad que en aquel momento resultaba muy elevada. El TS revocó la condena al considerar que el Derecho de *Alabama* era contrario a la Constitución por el efecto disuasorio que ejercía sobre la prensa y fijó una jurisprudencia que puede sintetizarse en tres puntos: los errores en la expresión de informaciones son inevitables si lo que queremos es proteger la libertad de expresión, y ello es una garantía para que las libertades puedan respirar; ha de probarse la intención de difamar; y corresponde al perjudicado probar la falta de veracidad. Estos cambios, aparentemente sencillos, supusieron un vuelco radical en el régimen de la prensa que no temerá en lo sucesivo las condenas de los Tribunales siempre que actúe con una mínima diligencia.

La Sentencia *Sullivan* proyectó su influencia más allá de las fronteras de EE.UU. Así, el TEDH incorporó al ámbito europeo la esencia de su doctrina en 1986⁴⁵, en la Sentencia *Lingens c. Austria*⁴⁶. *Lingens* era un periodista que criticó a *Peter*, líder del partido liberal austríaco, por haber sido miembro de la SS. El Canciller *Kreisky* hizo declaraciones defendiendo a *Peter* y acusando a *Lingens* de utilizar métodos mafiosos. Entonces *Lingens* escribió un artículo criticándolo y atribuyéndole el peor y más odioso oportunismo, llamándole inmoral e indigno. *Kreisky* se querelló y los Tribunales condenaron al periodista basándose en que no había probado sus acusaciones tal y como exigía la Ley. El TEDH, en su doctrina, recoge la idea de *Sullivan* al manifestar que quedan protegidas por el CEDH también las ideas que “ofenden, hieren o molestan”. Y por esta razón y porque las expresiones utilizadas por *Lingens* eran juicios de valor y no hechos y por tanto no eran susceptibles de prueba alguna, anula la condena⁴⁷.

⁴³ Sentencia TS, asunto *New York Times Co. v. Sullivan*, 376/1964.

⁴⁴ En el *common law*, la difamación se fundaba en un régimen que podríamos llamar de “responsabilidad por riesgo”. Poco importaba la intención que hubiera tenido el autor de la afirmación considerada difamatoria, bastaba que hubiera publicado escritos tendenciosos, teñidos de mala inclinación en el sentido de que perjudicaran a la reputación o al honor de un ciudadano lanzando sobre él el oprobio público, exponiéndolo al ridículo, al desprecio, al odio o que tendieran a manchar la memoria de los muertos. En todos estos casos la víctima disponía de una acción judicial por libelo. En el *common law* la razón de ser de la acción por difamación no es la protección de un derecho de la persona a la protección de su reputación o de su honor sino la necesidad de prevenir y de evitar la tendencia de toda afirmación difamatoria a causar una alteración de la paz pública. La difamación era doblemente castigable desde el punto de vista civil y en el ámbito penal. Tal y como estaba concebido el sistema tenía un efecto disuasorio sobre la prensa. En teoría la prensa podía decir todo porque no había censura, en la práctica no osaba decir nada sabiendo que se exponía a condenas pecuniarias susceptibles de llevarla al borde de la quiebra.

⁴⁵ En España la incorporación de la jurisprudencia *Sullivan* se produce a partir de 1988, aunque ya antes se venía subrayando la importancia de las libertades informativas para la democracia, e incluso su posición preferente.

⁴⁶ Sentencia de 8 de julio de 1986, asunto *Lingens c. Austria*.

⁴⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de expresión y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 43; FISS OWEN, M., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 18-25; y CODERCH, P.S., *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 64-69.

2.1.4. Síntesis conclusiva

Conforme a lo expuesto en los apartados precedentes, cabe concluir que la libertad de expresión, en el marco de la jurisprudencia del TEDH, no goza de un estatuto tan favorable como el configurado por la doctrina del TS estadounidense: el sometimiento puro y simple a la libertad de expresión rara vez es reconocido por el TEDH. Así, en su jurisprudencia, encontramos resoluciones que, frente a la libertad de expresión, nos presentan un derecho concurrente de oponibilidad reforzada, p.e. la protección de las convicciones religiosas⁴⁸; y otros derechos también concurrentes, que podrán gozar de una oponibilidad atenuada: p.e. el Derecho a la fama⁴⁹, y el respeto a la intimidad de la vida privada⁵⁰.

2.2. Aproximación a su tratamiento en los países islámicos: doctrina del ejercicio responsable

Para abordar la concepción islámica de la libertad de expresión es necesario, con carácter previo, hacer referencia a la posición del islam ante los Derechos humanos⁵¹. En el mundo islámico todos los derechos tienen un fundamento confesional, al ser considerados como dones dados por Dios al ser humano para que pueda cumplir su designio, que es el que indica la Ley islámica (*Sharia*). Esto significa que, en la cultura islámica, los Derechos humanos están grabados en la *Sharia*, y no en la naturaleza o en la dignidad de la persona⁵². Las libertades

⁴⁸ El derecho a la protección de las convicciones religiosas ha sido reconocido por el TEDH, frente a la libertad de expresión, en la protección de los derechos y libertades de los demás. Así lo hizo en el asunto *Otto-Preminger-Institute v. Austria*, Sentencia del TEDH de 22 de septiembre de 1994. Se trataba de la prohibición y confiscación de una película ofensiva para la religión católica por parte de las autoridades judiciales austriacas. La película era claramente blasfema contra Dios, contra Cristo, y contra la Santísima Virgen. El TEDH se basó en que el 80% de la población tirolesa era católica para confirmar las resoluciones de los órganos judiciales austriacos.

En algún otro caso importante el TEDH se ha basado en la protección del efectivo pluralismo religioso, en la idea que tolerar ataques muy duros a creencias religiosas puede desembocar en que las personas que las profesan no se atrevan a hacerlo públicamente. Éste fue el fundamento con el cual se confirmó la decisión del Reino Unido de denegar la licencia para la distribución y proyección de un video acerca de los éxtasis de Santa Teresa, video en el que éstos se venían a confundir con la pasión carnal llegando insinuarse correspondencia de Cristo. En este supuesto, caso *Wingrove c. Reino Unido*, el TEDH, en su Sentencia de 25 de noviembre de 1996, consideró que la medida cautelar adoptada por el Reino Unido estaba legitimada y se encuadraba dentro del margen de apreciación estatal.

⁴⁹ Ninguna disposición del CEDH garantiza expresamente un Derecho a la fama. Esto explica que sólo sea susceptible de protección cuando constituye una restricción legítima del ejercicio de la libertad de expresión en cuanto a componente "de la protección de los derechos de los demás". En todo caso, estadísticamente, es manifiesta la prevalencia reconocida a la libertad de expresión en caso de conflicto con la salvaguarda de la reputación de los demás. A título de ejemplo, Sentencias del TEDH de 11 de octubre de 2007, 15 de febrero de 2005, asunto *Steel y Morris c. Reino Unido*, asunto *Kanellopoulo c. Grecia*, 29 de febrero de 2000, asunto *Fuentes Bobo, c. España*, 20 de mayo de 1999, asunto *Bladet Tromso c. Noruega*, 21 de enero de 1999, asunto *Fressoz y Roire c. Francia*.

⁵⁰ La libertad de expresión goza en los supuestos de conflicto con el respeto a la vida privada de un amplio margen pero no de superioridad jerárquica. El elemento determinante de la ponderación entre ambos derechos es la contribución del mensaje al debate de interés general o de interés público. En la Sentencia del TEDH de 24 de junio de 2004, asunto *Hannover c. Alemania*, el Tribunal si bien reitera su doctrina sobre las ideas que chocan y el concepto de prensa como "perro guardián", avanzando en el reconocimiento del respeto a la vida privada, establece que cuando una publicación no enriquece el debate pierde su amparo "a pesar de la curiosidad del público y del interés comercial".

⁵¹ Sobre las diferencias entre la concepción islámica y occidental de los Derechos humanos, COMBALÍA SOLÍS, Z., *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Gráfica Ed., Navarra, 2001, pp. 57 y ss.

⁵² A este respecto resulta ilustrativo el Preámbulo de la *Declaración de los Derechos Humanos en el Islam* (conocida como Declaración de El Cairo), promulgada en 1990 por la Organización de la Conferencia Islámica (OCI), que

en el isl
contenid
chos de
mica. C
pañados
concesi
En c
Derecho
límite d
pondier
refleja
suscrito
miso a l

2.2.1. L

Procede
en la S
hombre
amplia
Califas
islámico
bertad
cuencia
protege
Con
tener e

afirma
de la r
por su
adorac
ellos i

⁵³ Así se
el Co
refere
deber
vicev

⁵⁴ COM

⁵⁵ KAM

⁵⁶ Aunq

para
quien
se ext
mient

⁵⁷ COM

islám

⁵⁸ COM

y CO

⁵⁹ Junto
los di
mico,

en el islam no constituyen, pues, espacios de autonomía a los que cada sujeto pueda dar el contenido que desee, siempre que con ello no invada el espacio ajeno o menoscabe los derechos de terceros, sino que tienen el contenido, la finalidad, y los límites que fija la Ley islámica. Conforme a este planteamiento, estos derechos y libertades se reconocen siempre acompañados de sus correspondientes obligaciones y deberes; esto es, la causa principal de la concesión de derechos al individuo es posibilitar el cumplimiento de sus deberes⁵³.

En contraste con la concepción occidental, el carácter confesional del fundamento de los Derechos humanos radica en la *Sharia* y, en consonancia, ésta determina el contenido y el límite de los derechos que, como ya se ha señalado, sólo se reconocen ligados a sus correspondientes obligaciones y deberes. Esta peculiar consideración de los derechos en el Islam se refleja en los foros internacionales puesto que al ratificar los Tratados de Naciones Unidas suscritos, los países islámicos suelen introducir cláusulas de reserva vinculando su compromiso a la compatibilidad del texto con el contenido de la *Sharia*⁵⁴.

2.2.1. La libertad de expresión en la Sharia

Procede destacar que es unánime la afirmación del reconocimiento de la libertad de expresión en la *Sharia*. Así, el Corán sostiene que “el Compasivo ha enseñado el Corán. Ha creado al hombre, le ha enseñado a explicar” (55, 1-4). Sobre la base de este precepto, se sustenta una amplia serie de tradiciones y prácticas documentadas de la época del Profeta y los primeros Califas defendiendo que la libertad de expresión está reconocida desde los orígenes del Derecho islámico⁵⁵. Conforme a la concepción islámica de los Derechos humanos, el objetivo de la libertad de expresión es, pues, manifestar la verdad y defender la dignidad humana⁵⁶. En consecuencia, la difusión del mal o de la inmoralidad no tiene espacio en la libertad de expresión que protege la *Sharia* y es ésta la que define qué es la verdad y qué es el bien⁵⁷.

Como señala COMBALÍA⁵⁸, al precisar el contenido de la libertad de expresión, hay que tener en cuenta que el Corán y la *sunna*⁵⁹ establecen algunas limitaciones que, siguiendo a

afirma: “en la fe de que los derechos universales y las libertades fundamentales, de acuerdo con el Islam, forman parte de la religión islámica (...) y que se trata de normas inalterables contenidas en el libro revelado por Dios y transmitidas por su Profeta para completar los mensajes divinos precedentes, y teniendo en cuenta que su protección es un acto de adoración y que toda transgresión a los mismos está prohibida por la religión. Todo ser humano es responsable de ellos individualmente y la comunidad de los creyentes es responsable de ellos colectivamente”.

⁵³ Así se indica en la *Declaración Islámica Universal de Derechos del Hombre* promulgada en París, en 1981, por el Consejo Islámico de Europa (CIE) que, antes de enunciar el elenco de derechos, aclara que aunque no se haga referencia a los deberes, cada derecho es al tiempo un deber para los otros; esto es, los derechos del súbdito son deberes del gobernante, los derechos del padre una obligación del hijo, los de la esposa un deber del esposo y viceversa, etc.

⁵⁴ COMBALÍA SOLÍS, Z., *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico, o.c.*, pp. 114-116.

⁵⁵ KAMALI, M.H. *Freedom of Expression in Islam*, Islamic Text Society, Cambridge, 1997, p. 25.

⁵⁶ Aunque el Corán afirma que Dios ha dado al hombre la capacidad y la libertad de expresión matiza que es sólo para que haga un discurso recto disponiendo que “a Alá no le gusta la maledicencia en voz alta, a no ser que quien lo haga haya sido tratado injustamente. Alá todo lo oye, todo lo sabe” (4,148); y que “quienes deseen que se extienda la torpeza entre los creyentes, tendrán un castigo doloroso en la vida de acá y en la otra. Alá sabe, mientras que vosotros no sabéis” (24,19).

⁵⁷ COMBALÍA SOLÍS, Z., “El derecho de libertad de expresión en el islam: perspectiva comparada”, en *Derecho islámico e interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, p. 221.

⁵⁸ COMBALÍA SOLÍS, Z., “El derecho de libertad de expresión en el islam: perspectiva comparada”, *o.c.* p. 222 y COMBALÍA SOLÍS, Z., *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico, o.c.*, p.p. 118.

⁵⁹ Junto al Corán, la otra fuente principal de la Ley islámica es la *sunna*, que recoge, a través de los denominados *hadices*, los dichos y hechos del Profeta. Sobre las fuentes del Derecho islámico: COULSON, N.J., *Historia del Derecho islámico*, Eyras, Barcelona, 1988 y LÓPEZ ORTIZ, J. *Derecho musulmán*, Barcelona - Buenos Aires, 1982.

KAMALI, pueden agruparse en restricciones morales y jurídicas⁶⁰. Las primeras, dirigidas a la conciencia del creyente, reprueban acciones como la difamación, la murmuración, la mentira, el escarnio, la exposición de las debilidades ajenas y la disputa enconada. En cuanto a las restricciones jurídicas, alguna respaldadas por sanciones específicas, incluyen, entre otras, la pública exposición de discurso malvado o hiriente, la acusación difamatoria, la calumnia, el insulto, las maldiciones, el discurso sedicioso, y la blasfemia. De estas limitaciones prescritas en la Ley islámica, como explicaremos en otro punto de este estudio, las más polémicas en los foros internacionales de Derechos humanos han sido las que derivan de la blasfemia⁶¹. En todo caso ha de señalarse que las medidas punitivas hacia los usos abusivos de la libertad de expresión, se acogen siempre en la Ley islámica como el último recurso. En esta línea, la *Sharia* hace hincapié en la persuasión moral y el buen consejo, apela a la recta conciencia de los individuos, al respeto y al perdón y dispone que, antes de aplicar medidas punitivas, deben intentarse estos remedios.

En definitiva, cabe concluir que la *Sharia* reconoce la libertad de expresión siempre que se ejercite para el bien que prescribe la Ley islámica y con las limitaciones señaladas en ésta. El problema se suscita cuando la aplicación de la Ley islámica, en lo que respecta a sus restricciones y sanciones, se traslada del terreno confesional al ámbito de los Derechos estatales.

2.2.2. La libertad de expresión en las Declaraciones islámicas de Derechos humanos

A partir de la década de los 80 de la pasada centuria, distintos organismos islámicos promulgaron una serie de documentos respondiendo a una voluntad de sostener una identidad islámica de los Derechos humanos, esto es, un modo de concebirlos de manera genuina, propia y distinta a la afirmación occidental⁶². Así, es común en la doctrina especializada, vincular la redacción de estas Declaraciones con el rechazo en el mundo islámico hacia el corte occidentalizado de los documentos de Naciones Unidas⁶³.

Para comprender la idiosincrasia islámica es necesario observar los términos con que estos textos acogen la libertad de expresión pues, en consonancia con la concepción islámica de los Derechos humanos, su ejercicio se garantiza únicamente si se lleva a cabo de modo responsable, orientado a la propagación del bien, y a la proscripción del mal religioso y moral⁶⁴.

⁶⁰ KAMALI, M.H., *Freedom of Expression in Islam*, o.c., pp. 117 y ss.

⁶¹ La blasfemia en el Derecho islámico se define como injuriar a Dios o injuriar al Profeta y se superpone a la apostasía en tanto que, para un musulmán, un acto de blasfemia equivale a apostasía. De este modo, es habitual que los juristas clásicos en sus tratados las equiparen prescribiendo para ambos la pena de muerte. Sin embargo, a juicio de algunos autores, la blasfemia es separable de la apostasía. Esto queda especialmente de manifiesto cuando la blasfemia contra el islam se comete por un no musulmán que, al no ser creyente, no puede apostatar. KAMALI, M.H., *Freedom of Expression in Islam*, o.c., pp. 212 y ss.

⁶² *Declaración de los Derechos Humanos en el islam* promulgada en El Cairo, en 1990, por la Organización de la Conferencia Islámica (OCI) y la *Declaración Islámica Universal de Derechos del Hombre* promulgada en París, en 1981, por el Consejo Islámico de Europa (CIE).

⁶³ Alude MARTÍN MUÑOZ al convencimiento que, en algunas esferas islámicas, se consideró "la Declaración Universal de Derechos Humanos (...) un producto etnocéntrico, en el que participaron Estados europeos que mantenían a buena parte del mundo musulmán en situación colonial o semicolonial, y fruto de la cultura judeo-cristiana que voluntariamente ignoró la aportación humanística del islam". MARTÍN MUÑOZ, G., "La igualdad entre los sexos y la cuestión de los derechos humanos y del ciudadano en el mundo árabe", en *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*, Madrid, 1995, p. 15. En el mismo sentido COMBALÍA SOLÍS, Z., "El derecho de libertad de expresión en el islam: perspectiva comparada", o.c., p. 224.

⁶⁴ MARTÍN MUÑOZ, G., *Democracia y Derechos Humanos en el mundo árabe*, Madrid, 1993, pp. 78 -80; y COMBALÍA SOLÍS, Z., "El derecho de libertad de expresión en el islam: perspectiva comparada", o.c., p. 224-226.

Así, el art. 22 de la *Declaración de los Derechos Humanos en el Islam de 1990* establece: “Todo ser humano tiene derecho a la libertad de expresión, siempre y cuando no contradiga los principios de la *Sharia*. Todo ser humano tiene derecho a prescribir el bien, y a imponer lo correcto y prohibir lo censurable, tal y como dispone la *Sharia* islámica. La información es una necesidad vital de la sociedad. Se prohíbe hacer un uso tendencioso de ella o manipularla, o que ésta se oponga a los valores sagrados (del Islam) o a la dignidad de los Profetas. Tampoco podrá practicarse nada cuyo objeto sea la transgresión de los valores, la disolución de las costumbres, la corrupción, el mal, o la convulsión de la fe. No está permitido incitar al odio nacionalista o sectario, o cualquier otra cosa que conduzca la discriminación racial en cualquiera de sus formas”.

Con un alcance muy similar, el art. 12.1 de la *Declaración Islámica Universal de Derechos del Hombre de 1981* establece que “Todo ser humano tiene derecho a pensar y a creer y, por tanto, a expresar aquello que piensa y cree sin que nadie se inmiscuya o se lo prohíba, en tanto en cuanto se mantenga en los límites que la Ley islámica ha estipulado. Nadie tiene derecho a propagar el error o a difundir aquello que pudiera perjudicar la moral o envilecer a la comunidad islámica”.

En consecuencia, cabe afirmar que, para el mundo islámico, la *Sharia* se presenta, a su vez, como fundamento y límite de la libertad de expresión y, por tanto, un ejercicio de ésta que atente contra lo dispuesto en La ley islámica no entra dentro de su ámbito de protección⁶⁵.

2.2.3. La libertad de expresión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: posición de los países islámicos

El principal punto objeto de debate que precedió a la aprobación de la redacción dada al art. 19 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que se ocupa de garantizar la libertad de expresión⁶⁶, fue la conveniencia de incluir en el texto del precepto la siguiente cláusula: “el ejercicio del derecho previsto en el párrafo segundo de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales”. Procede señalar que aunque el contenido de esta cláusula se acomoda al pensamiento islámico, no fue insertada en el texto por iniciativa de los países islámicos sino como resultado de la aprobación de una enmienda formulada por el Reino Unido. La oposición a la propuesta británica, sostenida principalmente por EE.UU., argumentaba que durante el proceso de elaboración de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* se había acordado de forma unánime hacer más hincapié en los derechos que en los deberes y, en consecuencia, se había decidido que la cuestión de los deberes y responsabilidades se abordaría, con carácter común a todo el texto, en un único artículo que se situó al final de la *Declaración*. Asimismo también se argumentó que otras disposiciones del borrador del *Pacto* podían a su vez entrañar deberes y responsabilidades, por lo que entendían innecesario referirse a los deberes únicamente en un artículo cuando deberían entenderse implícitos para todos⁶⁷. En sentido contrario, los países que defendieron una posición favorable a la en-

⁶⁵ COMBALÍA SOLÍS, Z., “El derecho de libertad de expresión en el islam: perspectiva comparada”, *o.c.*, p. 225.

⁶⁶ Art. 19 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

⁶⁷ UN Doc. E/CN.4/SR.165, p. 15.

mienda, subrayaron que la libertad de expresión no es solo una preciosa herencia, sino también un peligroso instrumento por la influencia que despliegan los medios de comunicación, razón por la cual conviene enfatizar los deberes y responsabilidades que su ejercicio acarrea⁶⁸.

El Pacto fue ratificado por 50 de los 57 estados miembros de la OCI⁶⁹. Egipto supeditó el alcance de su compromiso con el Pacto, a la compatibilidad de su contenido con la *Sharia* islámica caso de Egipto. Y sólo Pakistán introdujo una reserva expresa al art. 19 en la que afirmaba que “la República Islámica de Pakistán declara que las disposiciones (...) y del artículo 19 se aplicarán en la medida en que no vulneren las disposiciones de la Constitución de Pakistán y de las leyes de *Sharia*”. Estas reserva suscitaron observaciones por parte de terceros Estados⁷⁰ poniendo de manifiesto que son incompatibles con el objeto y el propósito del Pacto; puesto que esa vinculación a la compatibilidad con la *Sharia* no permite conocer con claridad el alcance del compromiso que el Estado, contrae por lo que a su juicio tal vinculación es incompatible con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

2.2.4. La libertad de expresión en los países islámicos: la legislación anti-blasfemia

La mayor parte de los países islámicos garantizan la libertad de expresión en sus constituciones nacionales⁷¹. Sobre su ejercicio práctico KAMALI sostiene que, con el fin de destacar la inspiración islámica, debería completarse la normativa constitucional con una legislación de desarrollo que resaltase ese ejercicio responsable de la libertad de expresión, típicamente islámico, incluyendo referencias a conceptos coránicos como la *hisbab* (ordenar el bien y prohibir el mal), la *nasihsh* (consejo moral), la *shura* (consulta) o la *ta'awun* (cooperación en las buenas obras)⁷². A juicio de COMBALÍA SOLÍS, la introducción de estas exhortaciones morales en el ámbito del Derecho secular sería una fuente inagotable de conflictos, bien por su ineficacia, si no fuesen acompañadas de sanción; bien por la confusión que generarían entre el orden moral (más exigente y dirigido al bien integral de la persona) y el jurídico (menos exigente y limitado a la tutela del bien común)⁷³.

En los supuestos de colisión entre libertad de expresión y religión bajo el amparo de lo dispuesto en la *Sharia*, han resultado particularmente polémicas las leyes anti- blasfemia contempladas en la legislación de algunos países islámicos.

⁶⁸ UN Doc. E/CN.4/SR.165, p. 16.

⁶⁹ Todos los Estados miembros salvo Arabia Saudí, Brunei, Emiratos Árabes, Malasia, Omán, Palestina y Qatar.

⁷⁰ BADERIN, M.A., *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 128.

⁷¹ A título de ejemplo Pakistán, en el art. 19 de su Constitución, sostiene que “todo ciudadano tendrá derecho a la libertad de palabra y expresión y existirá libertad de prensa, sujeta a las restricciones razonables impuestas por la ley en el interés de la gloria del Islam o de la integridad, seguridad, o defensa de Pakistán, o de cualquier parte del mismo, de las cordiales relaciones con los Estados extranjeros, el orden público, la decencia, o la moralidad, o en relación con el desacato a la autoridad del tribunal, la comisión, o la incitación al delito. En Egipto, el art. 47 de la Constitución “se garantiza la libertad de opinión. Toda persona tiene el derecho de expresar y propagar su opinión mediante la palabra, el escrito, la imagen, o por otro medio de expresión, dentro de los límites de la ley. La autocrítica y la crítica constructiva garantizarán la seguridad de la estructura nacional”. La Constitución de la República de Irán, en su art. 24, sostiene que “las publicaciones y la prensa gozan de libertad de expresión, excepto cuando atente contra los principios fundamentales del islam o los derechos del pueblo, los detalles de esta excepción se especificarán por ley”.

⁷² Para KAMALI el derecho de estos países debería resaltar que la libertad de expresión “está en armonía con la guía normativa del Corán y la sunna, que prohíbe la acción en materia de religión, por una parte, y por la otra, exige al individuo participar activamente en la búsqueda de la rectitud moral y en la defensa de la verdad. Sólo los que están sujetos a esas normas islámicas disfrutan de plena libertad de expresión, pero se les exige también observar las limitaciones necesarias que garanticen un uso responsable de esa libertad si evite los abusos”. KAMALI, M.H., *Freedom of Expression in Islam*, o.c., p. 260.

⁷³ COMBALÍA SOLÍS, Z., “El derecho de libertad de expresión en el islam: perspectiva comparada”, o.c., p. 229.

Res
en 198
que “c
cualqu
grado
tambié
(...) el
con pe
profan
y con
ofende

La
al utili
represi
censur
menos
Mahor
perten
multitu
ciales,
en apli
en toda

An
Nacion
ñaland
lación
de abu
cial, co
por bla

No
la blas

En
lima A
muerte
dicial
ultraje
una or

⁷⁴ Art. 2

⁷⁵ Sigui
muni
de B
se ha

⁷⁶ *Inforn*

⁷⁷ UN D
85; y

⁷⁸ Escrit
del S

⁷⁹ UN E

Resulta especialmente ilustrativo el caso de **Pakistán**. La Ley Anti-blasfemia se introdujo en 1986 para defender al Islam y a su Profeta de ofensas e insultos. El Código penal⁷⁴ señala que “cualquiera que mediante palabras, ya sea oralmente o por escrito, o por la imprenta o por cualquier imputación, murmuración, o insinuación, directa o indirectamente, profane el sagrado nombre del Santo Profeta Mahoma será castigado con la muerte, cadena perpetua, y también responderá con multa”, y que “todo el que deliberadamente profane, dañe, o deshonre (...) el Sagrado Corán (...) será castigado con la pena de cadena perpetua”. Asimismo, castiga con pena de prisión de hasta tres años y /o con una multa a quien directa o indirectamente profane el sagrado nombre de cualquier mujer o miembro de la familia del Sagrado Profeta, y con pena de hasta 10 años de prisión y/o multa a quien conscientemente ofenda o intente ofender los sentimientos religiosos de cualquier ciudadano de Pakistán.

La regulación, especialmente severa, ha presentado grandes dificultades en su aplicación al utilizarse en ocasiones al servicio de intereses meramente personales, como instrumento de represión religiosa contra determinadas minorías (cristianas principalmente) e incluso para censurar páginas de internet⁷⁵. Así, se ha destacado que, en Pakistán, “entre 1986 y 2010 al menos 993 personas han sido acusadas de haber profanado el Corán o difamado al profeta Mahoma. Entre ellos 479 eran musulmanes, 120 cristianos, 340 ahmadíes, 14 hindúes y 10 pertenecían a otras religiones. También se ha utilizado como pretexto para que individuos o multitudes enfurecidas perpetre en agresiones, venganzas personales u asesinatos extrajudiciales, 33 en total. Desde el año 2001 hasta la actualidad, al menos 50 cristianos han muerto en aplicación de la Ley anti-blasfemia, al haber aumentado los sentimientos anti-occidentales en todo el país como consecuencia de la intervención estadounidense en Irak y Afganistán⁷⁶.

Ante estas circunstancias, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas presentó una serie de recomendaciones a las autoridades de Pakistán⁷⁷, señalando que la blasfemia, “en su calidad de ataque contra la fe, puede ser objeto de una legislación especial. Sin embargo, esta legislación no puede ser discriminatoria ni constituir fuente de abusos; y tampoco puede ser tan vaga que atente contra los Derechos humanos y, en especial, contra los de las minorías”. Señalando, asimismo, que “la aplicación de la pena de muerte por blasfemia parece desproporcionada e incluso inaceptable”.

No obstante, Pakistán no ha sido el único país islámico con una legislación polémica sobre la blasfemia.

En relación con **Bangladesh**, el Relator Especial también denunció que la escritora *Taslima Nasreen*⁷⁸, a su regreso al país, había sido objeto de exhortaciones para que se le diera muerte lanzadas por extremistas musulmanes que la acusaban de blasfemia⁷⁹. El proceso judicial contra la escritora se reactivó en virtud del art. 295 del Código penal, que castiga el ultraje deliberado y malicioso a los sentimientos religiosos y durante su tramitación se dictó una orden de detención contra su persona y se ordenó la confiscación de sus bienes.

⁷⁴ Art. 295 a), b) y c).

⁷⁵ Siguiendo las instrucciones del Ministerio de Información y Tecnología, el portavoz de la Autoridad de Telecomunicaciones pakistaní anunció el 26 de junio de 2010 que en virtud de una Sentencia emitida por un Tribunal de *Bahawalpur* había ordenado el bloqueo de *TouTube*. Esta aplicación arbitraria y poco rigurosa de la norma se ha denunciado ante Naciones Unidas y se ha reflejado en el *Informe 2010 sobre Libertad Religiosa en el Mundo*, pp. 392 y 393.

⁷⁶ *Informe 2010 sobre Libertad Religiosa en el Mundo*, p. 384.

⁷⁷ UN Doc. E/CN.4/1999/58, 11 de enero de 1999, Comisión de Derechos Humanos, 55º período de sesiones, núm. 85; y UN Doc. A/54/386, 23 de septiembre de 1999, Asamblea General, 54º período de sesiones.

⁷⁸ Escritora feminista famosa por su severa crítica al islam en su libro *Venganza*, cuya publicación y difusión a finales del Siglo XX le obligó a abandonar el país ante las amenazas virulentas de los fundamentalistas islámicos.

⁷⁹ UN Doc. A/54/386, 23 de septiembre de 1999, Asamblea General, 54º período de sesiones.

En **Indonesia**, se prohíben las interpretaciones y actividades que constituyan una desviación de los principios básicos de una de las religiones oficialmente reconocidas, y se castiga con penas de hasta cinco años de prisión los insultos o difamación a esas creencias. Las religiones reconocidas son, conforme a una norma de 1965, el Islam, el protestantismo, el catolicismo, el budismo, y el hinduismo. En 1998 se añadió el confucianismo. El precepto fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad presentado en octubre de 2009 por un grupo de Ong's argumentado que la Ley violaba el Derecho constitucional a la libertad de expresión y las obligaciones contraídas por Indonesia en el marco de los Tratados Internacionales de Derechos humanos. El TC indonesio en su Sentencia 8-1, de 19 de abril de 2010, concluyó que la Ley constituye una restricción legítima de las creencias religiosas de las minorías porque permite el mantenimiento del orden público.

En último término, cabe destacar también que en otros países musulmanes también se han cometido abusos a pesar de no contar con una legislación específica anti- blasfemia. Así, en **Afganistán**, la Constitución establece que ante un vacío legal sobre cualquier tema se aplique directamente el Derecho islámico (art. 475). Esto significa que todos los casos de blasfemia quedan en manos de los Tribunales de *Sharia*. Lo mismo ocurre en **Nigeria**, donde en octubre de 1999, 12 de los 36 Estados de la Federación ampliaron la aplicación de la *Sharia* del ámbito del Derecho de familia en el que estaba vigente al ámbito del Derecho penal⁸⁰.

2.3. Síntesis comparativa

Las posiciones de los países occidentales y del mundo imagen islámico coinciden al defender la garantía tanto de la libertad de expresión como del respeto a los sentimientos religiosos y en la necesidad de luchar contra el discurso del odio, especialmente, el que tiene su origen en motivos religiosos.

Asimismo, en la legislación de muchos Estados occidentales existen normas que penalizan la blasfemia o las ofensas a los sentimientos religiosos⁸¹. Las principales diferencias entre estos países occidentales y los países islámicos radican en que, en los países occidentales, el objetivo de la norma es sancionar la incitación al odio religioso o la ofensa a la religión en casos particularmente graves, pero nunca la crítica. Además, la sanción se extiende a todas las religiones, las penas son proporcionadas y se hace una aplicación muy restrictiva de la norma. En esta línea cabe destacar que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa dictó en 2007 una *Recomendación*⁸² precisando que la blasfemia, en cuanto mero insulto a una religión, no debería considerarse delito⁸³, y recomendando al Comité de Ministros que asegurará la revisión de los Derechos internos de los Estados miembros para despenalizar la blasfemia en el sentido apuntado⁸⁴. Distinta es la posición que se mantiene en torno al discurso

⁸⁰ Informe 2010 sobre Libertad Religiosa en el Mundo, p. 372.

⁸¹ La blasfemia se recoge como delito en Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Italia, Liechtenstein, Países Bajos y San marino. El insulto religioso en Andorra, Chipre, Croacia, República Checa, Dinamarca, España, Finlandia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rusia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania. La incitación al odio religioso se acoge como delito en todos los países del Consejo de Europa con excepción de Andorra y San Marino.

⁸² Recomendación 1805 (2007) sobre Blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio contra las personas por razón de sus creencias. entiende que los Derechos internos de los Estados miembros únicamente deberían penalizar expresiones sobre asuntos religiosos cuando, de modo intencionado y grave se altere el orden público o se incite a la violencia (Punto 15).

⁸³ Puntos 4 y 5.

⁸⁴ La Recomendación entiende que los Derechos internos de los Estados miembros únicamente deberían penalizar expresiones sobre asuntos religiosos cuando, de modo intencionado y grave se altere el orden público o se incite a la violencia (Punto 15).

del odio que, a juicio de la Asamblea, si debería penalizarse siempre cuando vaya dirigido a una persona o grupo de personas incitando al odio, a la discriminación, o a la violencia por motivos religiosos o por razón de sus creencias⁸⁵. La *Recomendación* citada aclara, no obstante, que las Confesiones Religiosas están legitimadas para reprobar en el plano moral e imponer sanciones religiosas a las ofensas a las creencias, pero no para imponer penas que supongan una amenaza para la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad de las personas o cualquier otra lesión o menoscabo de sus Derechos fundamentales⁸⁶.

3. PRINCIPALES SUPUESTOS DE CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RELIGIÓN

3.1. El respeto a los sentimientos religiosos

Entre los supuestos en los que el respeto a los sentimientos religiosos ha operado como límite a la libertad de expresión en el islam, uno de los primeros casos con alto impacto en la comunidad internacional fue el del escritor *Salman Rushdei*⁸⁷. El 14 de febrero de 1989, a raíz de la publicación del libro *Los Versos Satánicos*, el *Ayatolá Jomeini* promulgó una *fatwa*⁸⁸ obligatoria contra su autor en los siguientes términos: “comunico al orgulloso pueblo musulmán del mundo que el autor del libro *Los Versos Satánicos* y todos los que hayan participado en su publicación conociendo su contenido están condenados a muerte”. Aunque tres días más tarde, el entonces presidente *Ali Hoseyni Jamenei* declaró que si *Salman Rushdei* se arrepintiera “es posible que el pueblo lo perdonara”, el *Ayatolá Jomeini* consideró insuficiente la disculpa ofrecida por *Salman Rushdei* y completó su *fatwa* en los siguientes términos: “aun si se arrepiente y se convierte en el hombre más piadoso de nuestro tiempo, incumbe e a todo musulmán emplear todo lo que tiene, su vida y su riqueza para mandarlo al infierno. Si un no musulmán se entera de su paradero y puede ejecutarlo antes que los musulmanes, incumbe a los musulmanes pagarle una recompensa o unos honorarios por esa acción”⁸⁹. Cuatro años después, el presidente de Irán, *Akbar Hashemi Rafsanjani*, refiriéndose a esta *fatwa* afirmó que “está prescrita por una ley islámica milenaria (...) quienquiera que maldiga al Profeta está condenado a muerte”⁹⁰.

Desde el asunto *Salman Rushdei* se han sucedido diversos casos que han motivado un intenso debate internacional sobre las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el respeto a los sentimientos religiosos. Otro enfrentamiento con amplia repercusión en la Comunidad Internacional fue el suscitado por la publicación en la prensa danesa de unas caricaturas de Mahoma; la internacionalización del conflicto y la escalada de violencia que desató, llevó al pronunciamiento de distintas declaraciones en el seno de Naciones Unidas. La cronología de los hechos fue la siguiente.

El 30 de septiembre de 2005, cuando *Jorn Mikkelsen*, uno de los redactores del diario danés conservador *Jyllands-Posten*, decide convocar en su diario a algunos dibujantes para ilustrar un

⁸⁵ Punto 12.

⁸⁶ Punto 13.

⁸⁷ Informe presentado por la Asociación para la Educación Mundial (UN. Doc. E/CN4/1999/NGO/43, de 29 de enero de 1999, CHR, 55º período de sesiones).

⁸⁸ MAILLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico, o.c.*, p. 79.

⁸⁹ El Relator Especial sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias condenó este insólito llamamiento en la presentación de su Informe Anual y el Gobierno de Irán respondió haciendo constar que su intervención estaba fuera de su mandato y, por tanto, no estaba justificada. (UN. Doc. E/CN4/1990/22, p. 254).

⁹⁰ *Time International*, 24 de mayo de 1993.

libro de literatura infantil titulado *Vida de Mahoma*⁹¹. Recibió y publicó doce caricaturas del Profeta. Una de ellas mostraba a Mahoma con un turbante en forma de bomba con la mecha encendida, otra lo representaba a la entrada del paraíso ofreciendo jóvenes vírgenes a los autores de los atentados suicidas, otra con un turbante cuyas puntas sugerían tanto los cuernos del demonio como los extremos de una media luna; en varias caricaturas la mujer aparecía sojuzgada. Tal acción comprendía dos errores de cierta gravedad: por una parte, identificar de forma indiscriminada el Islam con la lesión de los derechos de la mujer y con el terrorismo; y, por otra parte, representar gráficamente al Profeta; cuestión esta última no permitida por las principales corrientes del Islam⁹². A la semana de la publicación, la comunidad islámica de Dinamarca reclamó formalmente una explicación que el periódico se negó a dar. El 12 de octubre, once embajadores de países musulmanes protestaron por escrito dirigido al Gobierno danés y solicitaron ser recibidos por el Primer Ministro que se negó, argumentando que “(...) la inclinación a someter todo a un debate crítico es lo que ha conducido al progreso de nuestra sociedad (...). Esta es la razón de que la libertad de expresión sea tan importante. Y la libertad de expresión es absoluta. No es negociable (...)”. A partir de esta negativa del Gobierno danés a recibir a los diplomáticos, el conflicto se recrudeció y se internacionalizó.

El 7 de diciembre se incluyó como asunto a tratar en el orden del día de la cumbre de la OCI⁹³, que elevó formalmente una protesta ante Naciones Unidas. Comenzó entonces un boicot a los productos daneses, se sucedieron manifestaciones y disturbios, y varios países musulmanes cerraron sus embajadas en Dinamarca. El cariz que fueron tomando los acontecimientos y la falta de apoyo hicieron que Dinamarca se viera forzada a abandonar su silencio y así, el 29 de enero de 2006⁹⁴, *Fleming Rose* (redactor jefe de la sección de cultura del *Jyllands-Posten*) compareció en *Al Jazeera* (uno de los principales canales de televisión del mundo árabe) pidiendo excusas no por la publicación en sí sino por el hecho de que ésta hubiera ofendido inadvertidamente a la comunidad musulmana. Transcurridos tres días, el Primer Ministro danés declaró ante *Al-Arabiya* (el otro gran canal de difusión en árabe) que los daneses no habían tenido intención de insultar a los musulmanes. No obstante, los musulmanes insistieron en que Dinamarca debía pedir expresamente disculpas por la publicación de las caricaturas y, a los dos días, comenzaron los ataques a las embajadas danesas sitas en países islámicos. En el mes de febrero, las Naciones Unidas, la Unión Europea y la Organización de la Conferencia Islámica adoptaron una decisión sin precedentes: publicar una declaración conjunta haciendo un llamamiento a la moderación y la calma ante el conflicto.

Respecto a la valoración jurídica de los hechos descritos, el Derecho danés, al igual que otros ordenamientos europeos, junto a la garantía del Derecho fundamental a la libertad de expresión protege el respeto a los sentimientos religiosos incluso penalmente, al tipificar como delito la difamación, la blasfemia, y la instigación al racismo⁹⁵. Los hechos anteriormente relatados fueron investigados por el Fiscal Regional de *Viborg* que decidió proceder a su archivo el 6 de

⁹¹ Se reproduce en parte la síntesis elaborada por COMBALÍA, Z., “Libertad de expresión y Difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto de las caricaturas de Mahoma”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 19, 2009, pp. 2 y ss.

⁹² Sobre el tema puede consultarse CRUZ, M., “Mahoma imagen prohibida en el mundo islámico”, *Aceprensa, Análisis*, 8 de febrero de 2006.

⁹³ La Organización de la Conferencia Islámica (OCI) es un organismo internacional creado en 1969 durante la Conferencia de Rabat y que agrupa actualmente a más de cincuenta Estados de mayoría musulmana (www.oic-oci.org).

⁹⁴ Cuatro meses después de la publicación.

⁹⁵ Así el Código penal en su art. 267 sostiene que “(...) toda persona que atente contra el honor de otra persona con palabras o conductas ofensivas o haciendo o difundiendo alegaciones que puedan redundar en descrédito de esa persona ante sus conciudadanos podrá ser sancionada con una multa o pena de cárcel que no exceda de cuatro meses”. Respecto a la blasfemia contempla en su art. 140 que “(...) toda persona que en público ridiculice

enero de 2
de los tipic
ciones y p
firmó ínte
constituye
insultante
escarnio l
terroristas
sostuvo q
rencias ge
publicació
nistrativa
declaró q
como reit
niones so

Afirm
tada, se e
mente tar
Políticos,
de Nacio
fobia y f
sectores
gente de
nacionale
religión,
todos los
cionales

En ci
plementa
cuando l
religión.
la misma
y destaca
Occident
subrayar

o insult
a una p
último
un círc
un grup
⁹⁶ Esta ape
Jordani
lorrusia
⁹⁷ UN. Do
⁹⁸ COMB.
a propó

enero de 2006 al descartar la existencia de indicios que justificasen la concurrencia de alguno de los tipos delictivos descritos. Contra esta decisión la Comunidad Islámica y otras organizaciones y particulares presentaron una apelación ante el Director del Ministerio Fiscal que confirmó íntegramente la decisión de la fiscalía regional argumentando, al respecto del art. 140, que constituye una práctica generalmente aceptada en Dinamarca la expresión, incluso ofensiva e insultante, de una opinión. Alegó además que en las caricaturas no había intención de burla o escarnio hacia Mahoma o el Islam sino una crítica a los grupos islámicos que cometen actos terroristas en nombre de la religión. Con relación al art. 266 b) el Director del Ministerio Fiscal sostuvo que también debe interpretarse en sentido estricto y que los dibujos no contienen referencias generales a los musulmanes ni los representan de modo despreciativo o humillante. La publicación de las caricaturas de Mahoma no se estimó merecedora de sanción penal o administrativa alguna en el Derecho danés. No obstante, el propio Director del Ministerio Fiscal declaró que aunque no había fundamento para iniciar un procedimiento penal, no era cierto, como reiteradamente afirmaba el periódico, que existiera un derecho ilimitado a expresar opiniones sobre asuntos religiosos⁹⁶.

Afirmar, como pretendía el periódico, que la libertad de expresión es jurídicamente ilimitada, se encuentra en oposición con lo prescrito en los documentos internacionales, concretamente tanto en el art. 19.3 como en el art. 20 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, referentes al odio religioso racial. Y así lo puso de manifiesto el Relator Especial de Naciones Unidas para las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia que, en referencia a la actitud mantenida por algunos sectores de la opinión pública occidental ante este conflicto, señaló “que la defensa intransigente de una libertad de expresión sin límites ni restricciones no se ajusta a las normas internacionales, que guardan un equilibrio necesario entre la libertad de expresión y la libertad de religión, en particular la no incitación al odio religioso y racial, y que han sido acordadas por todos los estados miembros de las Naciones Unidas en instrumentos internacionales fundacionales de derechos humanos”⁹⁷.

En circunstancias normales el ejercicio de la libertad de expresión y de religión se complementan mutuamente, no obstante, en casos puntuales colisionan entre sí especialmente cuando la libre expresión redunde no en manifestación u opinión sino en difamación de la religión. En estos supuestos es habitual que la perspectiva Islámica y la occidental difieran de la misma realidad. Sobre el texto del art. 19 del *Pacto*, que garantiza la libertad de expresión y destaca que su ejercicio conlleva responsabilidades especiales, COMBALÍA⁹⁸ afirma que Occidente pondría el acento en la libertad (con la mínima restricción necesaria) y el Islam subrayaría la responsabilidad.

o insulte los dogmas o la fe de una comunidad religiosa legalmente existente en este país podrá ser condenada a una pena de cárcel de cuatro meses como máximo o, si existen circunstancias atenuantes, a una multa”. En último término, castiga también en su art. 266 b) al que “(...) públicamente o con la intención de difundirla en un círculo de personas más amplio, haga una declaración o dé información que amenace, insulte, o humille a un grupo de personas por motivo de su raza, color, origen nacional o étnico, creencias u orientación sexual”.

⁹⁶ Esta aparente lenidad contrastó intensamente con lo sucedido en países de influencia islámica. Así en Yemen y Jordania los editores que publicaron las viñetas fueron detenidos y sus empresas fueron clausuradas. Y en Bielorrusia un periodista fue condenado a tres años de prisión por la publicación de las viñetas.

⁹⁷ UN. Doc. E/CN4/2006/17, de 13 de febrero de 2006, p. 12.

⁹⁸ COMBALÍA SOLÍS, Z., “Libertad de expresión y Difamación de las religiones: el debate en Naciones Unidas a propósito del conflicto (...)”, *o.c.*, p. 8.

3.2. La difamación de las religiones

Otro punto de divergencia entre ambas posiciones, se pone de manifiesto cuando desde la perspectiva occidental se defiende la lucha no contra la difamación de la religión, sino contra la discriminación por razón de religión. En el mundo occidental es unánime la consideración que insiste en defender que lo que merece especial protección no son las creencias en sí mismas, sino las personas que las profesan. En consonancia con lo anterior, un discurso de identificación entre Islam y terrorismo no se consideraría necesariamente un supuesto de difamación. A *contrario sensu* se considerarían discriminatorias todas las medidas de tipo administrativo, laboral o penal que con carácter genérico pudieran adoptarse en perjuicio de todas las personas que profesan la religión musulmana, al amparo de una supuesta defensa de la seguridad.

Esta discrepancia se puso de manifiesto en el debate para la aprobación de la *Resolución sobre la lucha contra la difamación de las religiones*⁹⁹, patrocinada por la OCI, cuando el representante de la Unión Europea afirmó que la expresión “difamación de las religiones” debería ser sustituida por la de “incitación al odio religioso” y defendió que, a su juicio, “la difamación de las religiones no es un concepto válido en un discurso sobre Derechos humanos. Desde el punto de vista de los Derechos humanos, los miembros de comunidades religiosas o de creencias no deben verse como partes entidades homogéneas. El Derecho internacional sobre Derechos humanos protege principalmente a las personas en el ejercicio de su libertad o de creencias, pero no a las religiones en sí mismas”.

La posición islámica, por su parte, defiende la necesidad de articular mecanismos de protección contra la difamación de la religión en sí misma, pues considera que ésta es causa principal y directa de la discriminación. En este sentido argumenta que los discursos de identificación entre Islam y terrorismo son los que conducen a adoptar medidas preventivas discriminatorias amparándose en presuntas razones de seguridad. A título de ejemplo, en la *Declaración Islámica contra la islamofobia*¹⁰⁰, se señala que “el Grupo de la OCI expresa profunda alarma por la intensificación de la campaña de difamación contra el Islam, pues menoscaba el disfrute de los musulmanes de su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y limita sus posibilidades para observar, practicar y manifestar su religión libremente y sin temor a sufrir coacciones, violencia o represalias”.

Sobre esta cuestión, la Relatora Especial sobre la libertad religiosa o de creencias *Asma Jahangir* parece inclinarse en su planteamiento hacia la posición occidental, afirmando que “el Derecho a la libertad de religión o de creencias protege principalmente los derechos de la persona y, en cierta medida, los derechos colectivos de la comunidad del caso, pero no protege ni a la religión ni a las creencias en sí mismas. Si bien el ejercicio de la libertad de expresión podría, en algunos casos concretos, afectar al Derecho a la libertad de religión de determinadas personas, es erróneo desde el punto de vista conceptual presentar este fenómeno en abstracto como un conflicto entre el Derecho a la libertad de religión o de creencias y el Derecho a la libertad de opinión o de expresión. Así pues, la cuestión de si las críticas, los comentarios despectivos, los insultos, o la ridiculización de una religión pueden en realidad afectar negativamente al derecho de una persona a ejercer libremente su religión o sus creencias, sólo puede determinarse objetivamente y, en particular, analizando si, por consiguiente, los distintos aspectos de la manifestación de ese derecho también se ven afectados de forma negativa”¹⁰¹.

⁹⁹ Resolución 62/154 sobre la lucha contra la difamación de las religiones, aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2007 (UN. Doc. A/RES/62/154).

¹⁰⁰ *Declaración islámica sobre la islamofobia* aprobada por la OCI el 29 de febrero de 2008 (UN. Doc. A/62/714-S/2008/157).

¹⁰¹ UN. Doc. A/HRC/2/3/, de 20 de septiembre de 2006, pp. 10 y 11.

3.3. E

La inte
diverg
al disc
religié
y de l
cada
desde
gener
nidad

Es
proce
macie
dicien
funde
racter
mien
la di
Islam
fuera
abste
fieste
la Re
relig
tante
gene
cien
text
Por
Uni
tad
cre
hun
] pre

102 /

103 [

104]

105 .

106

107

108

3.3. El discurso del odio religioso: especial referencia a la islamofobia

La interpretación del discurso del odio religioso y su limitación constituye también un punto divergente entre ambas posiciones. Mientras que los países occidentales se refieren por igual al discurso del odio hacia cualquier religión, los países musulmanes, sin excluir a ninguna religión, hacen especial hincapié en la Islamofobia, pues consideran que “el discurso político y de los medios de difusión del mundo occidental respecto de los musulmanes y del Islam, cada vez más negativo, es causa de grave preocupación”¹⁰². A juicio del mundo islámico, desde hace ya varios años, se observa una creciente intolerancia contra los musulmanes, y una generalización de los insultos contra el Islam que ha sido tolerada en algunos países y comunidades de occidente.

Esta diferencia en las posiciones de ambos bloques se hizo especialmente patente en el proceso de elaboración y aprobación de la *Resolución 62/154 sobre la lucha contra la difamación de las religiones*, promovida por la OCI y aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2007¹⁰³. La citada *Resolución* señala que la Asamblea General observa con profunda preocupación la intensificación de la campaña de difamación de las religiones y la caracterización negativa que afecta a las minorías musulmanas a raíz de los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, y subraya “la necesidad de combatir de manera efectiva la difamación de toda la religiones y la incitación al odio religioso, en particular contra el Islam y los musulmanes”. El representante de EE.UU. solicitó que el Proyecto de Resolución fuera sometido a votación y resultó aprobado con 95 votos a favor¹⁰⁴, 52 en contra¹⁰⁵ y 30 abstenciones. Las declaraciones formuladas antes y después de la votación pusieron de manifiesto que los votos en contra y las abstenciones lo fueron, principalmente, por el énfasis que la Resolución otorga a la islamofobia dentro del marco de la lucha contra la difamación de las religiones y el discurso del odio. En este sentido cabe destacar la intervención del representante de EE.UU. que sostuvo que, aunque su Delegación compartía muchos de los principios generales del Proyecto de Resolución consideraba el texto propuesto “incompleto o insuficiente, en la medida en que se centra en una religión en particular”¹⁰⁶. Añadiendo que “un texto más integrador habría cumplido mejor el objetivo de promover la libertad religiosa”. Por su parte la representante portuguesa, que intervino en nombre y representación de la Unión Europea, sostuvo que “la intolerancia religiosa es un problema mundial y no está limitado ni a regiones ni a religiones o creencias concretas. Seguidores de toda la religiones y creencias, y también los no creyentes, pueden ser víctimas de violaciones de los Derechos humanos. Por tanto, cualquier lista de víctimas es por definición excluyente”¹⁰⁷.

En consonancia con esta diferencia de criterio, cabe destacar que todas las Resoluciones presentadas a instancias de la OCI¹⁰⁸ manifiestan la preocupación del mundo islámico por el

¹⁰² Así se hace constar en el Preámbulo de la *Declaración islámica sobre la islamofobia*, aprobada por la OCI el 29 de febrero de 2008 que fue remitida al Secretario General de Naciones Unidas (UN. Doc. A/62/714-S/2008/157).

¹⁰³ UN. Doc. A/RES/62/154.

¹⁰⁴ Entre ellos China y la Federación de Rusia.

¹⁰⁵ Alemania, Andorra, Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, EE.UU., Estonia, Macedonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Micronesia, Moldova, Mónaco, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, UK, Chequia, Corea, Rumanía, Samoa, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Ucrania y Vanuatu.

¹⁰⁶ UN. Doc. A/62/714-S/2008/157, p. 12.

¹⁰⁷ UN. Doc. A/62/714-S/2008/157, p. 17.

¹⁰⁸ Resolución de marzo de 2007 (UN. Doc. A/HRC/4/1.12, de 20 de marzo de 2007), Resolución de marzo de 2008 (UN. Doc. A/HRC/7/1.11, de 27 de marzo de 2008).

incremento de la islamofobia y promueven la imposición de un ejercicio responsable de la libertad de expresión. Como nota común procede señalar que son aprobadas con el voto en contra de la mayor parte de los países occidentales, que emplean dos argumentos para rechazarlas: por una parte, señalan que en la lucha contra el odio religioso, no debe destacarse a ninguna religión; y, por otra parte, manifiestan que resulta jurídicamente complicada la asociación entre discriminación por motivos religiosos y difamación de la religión. En esta línea, las Resoluciones presentadas a instancia de la Unión Europea¹⁰⁹ no se refieren exclusivamente a la islamofobia, sino que equiparan la intolerancia hacia cualquier religión y hacen una interpretación muy restrictiva de las limitaciones a la libertad de expresión incluso en los supuestos que afectan al discurso del odio por motivos religiosos.

Con base en lo expuesto cabe concluir que si bien las posturas de los mundos islámico y occidental coinciden en defender la garantía tanto de la libertad de expresión, como del respeto a los sentimientos religiosos, difieren en los mecanismos para luchar contra el discurso del odio por motivos religiosos.

4. ALCANCE DE LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DIFERENCIA ENTRE LAS POSICIONES OCCIDENTAL E ISLÁMICA

Los países occidentales coinciden al efectuar una defensa preferente de la libertad de expresión, y al considerar que las limitaciones a la misma han de interpretarse con suma cautela, y aplicarse sólo en casos muy extremos donde la incitación al odio religioso, que no la crítica, esté claramente probada. Así, en cuanto al debate sobre el alcance del art. 20 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, relativo a la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso, y su armonización con el art. 19 que garantiza la libertad de opinión y expresión, son ilustrativas las observaciones formuladas por Dinamarca al Comité de Derechos Humanos tras ser denunciada por el asunto de las caricaturas de Mahoma, señalando “que el umbral que establece el artículo 20 es elevado, ya que no sólo debe haber tal apología sino que ésta debe además constituir una incitación a la discriminación, la hostilidad, o la violencia”. Aplicando esta afirmación al caso de las caricaturas, concluyó “que no era ese el propósito del artículo de prensa, sino que trataba de lanzar un debate sobre la autocensura (...). Se necesitan razones de mucho peso para limitar el derecho y la obligación de los medios de prensa a proporcionar información e ideas sobre todas las cuestiones de interés público, aunque se haya recurrido en cierto grado a la exageración o incluso a la provocación”¹¹⁰.

¹⁰⁹ Resolución 6/37 sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las creencias; y Proyecto de Resolución UN/Doc. A/HRC/6/L.15.

¹¹⁰ UN. Doc. CCPR/C/92/D1487/2006, de 18 de abril de 2008, pp. 13 y 14. Con este argumento coincide la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias quien observa “que el artículo 20 del Pacto se redactó en el contexto histórico de las atrocidades cometidas por el régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial. El umbral de los actos a los que se refiere este artículo es relativamente elevado, porque tienen que constituir apología del odio nacional, racial o religioso”. Opina también que no puede establecerse conexión entre el artículo 20 del Pacto y el artículo 4 de la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, que establece que los Estados partes: “declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial (...) contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico (...)”. La *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* no comprende una prohibición de la incitación a la discriminación religiosa similar a la mencionada del artículo de la *Convención*. A juicio de la Relatora Especial, los elementos que constituyen una declaración racista no

E
sobre
en su
“cón
de la
fund
la di
ramc
el m
F
mun
mier
plan
entri
sens
que
no e
que
relig
elen
occi
en l
que
las]

s
F
a
111 C
F
r
r
c
c
c
l
c
] 112 [113]

En el ámbito de Naciones Unidas, se entiende necesario efectuar una reflexión más profunda sobre el contenido de este art. 20 del *Pacto*¹¹¹. La Alta Comisionada para los Derechos humanos en su *Informe sobre incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia*, analiza “cómo debe hacer frente al efecto nefasto del discurso de odio sin poner en peligro la libertad de la palabra, el libre intercambio de pensamientos e ideas y otras libertades que constituyen el fundamento mismo de los Derechos humanos”¹¹². Se constata así que el discurso del odio incita la discriminación y a la violencia pero, si bien los instrumentos internacionales establecen claramente que la incitación al odio racial y religioso se puede proscribir y sancionar, no está claro el modo en que debe interpretarse y aplicarse a la normativa¹¹³.

Haciendo una síntesis conclusiva, cabe recordar que tanto los países islámicos como el mundo occidental coinciden al afirmar que la libertad de expresión y el respeto a los sentimientos religiosos son bienes que merecen protección jurídica, y que los conflictos que se plantean entre ambos deben resolverse mediante el recurso a la ponderación. La diferencia entre occidente y el Islam pivota en torno a los parámetros de la ponderación por la distinta sensibilidad que presentan ambas sociedades. En este sentido, el verdadero conflicto jurídico que se plantea en los supuestos de colisión entre libertad de expresión y libertad de religión no es tanto la ofensa a los sentimientos religiosos como el límite que impone la Ley islámica, que opera como crisol de legitimidad no sólo en el ámbito religioso en el seno de la comunidad religiosa, sino también en el ámbito civil y con consecuencias civiles. En este conflicto el elemento discordante que introduce el Islam, y que choca frontalmente con la perspectiva occidental, es la aplicación de Ley islámica que limita un Derecho fundamental que no radica en la condición religiosa sino en la dignidad de la persona. Al respecto conviene tener presente que la tutela de los sentimientos religiosos no busca proteger las creencias sino la dignidad de las personas que las profesan; y que la crítica respetuosa, aun cuando sea contraria la ortodoxia

son los mismos que los que constituyen una declaración difamatoria de la religión, y las medidas jurídicas, en particular las penales, adoptadas en los sistemas jurídicos nacionales para combatir el racismo pueden no ser aplicables a la difamación de la religión. UN. Doc. A/HRC/2/3, de 20 de septiembre de 2006, p. 12.

¹¹¹ Conjuntamente lo han señalado los Relatores especiales sobre libertad de religión y sobre las formas contemporáneas de racismo, instando al Comité de Derechos Humanos a que considere la posibilidad de adoptar normas complementarias sobre la interrelación entre la libertad de expresión, la libertad de religión, y la discriminación, en particular redactando una observación general sobre el art. 20 del *Pacto*: “la libertad de religión o de creencias y la libertad de opinión y de expresión son interdependientes, como lo es el conjunto de normas de Derechos humanos. Es importante determinar ecuanimemente qué constituye uno de los actos previstos en esa disposición (art. 20 del *Pacto*) y velar porque se mantengan las garantías de la libertad de expresión y la libertad de religión. También es fundamental que los gobiernos y el poder judicial garanticen que los actos que constituyen incitación conforme al artículo 20 del *Pacto* se vigilen estrechamente y no queden impunes”. UN. Doc. A/HRC/2/3, de 20 de septiembre de 2006, p. 14.

¹¹² UN. Doc. A/HRC/2/3, de 20 de septiembre de 2006, p. 4.

¹¹³ El *Informe* señala como la noción de incitación y otros conceptos fundamentales no están bien definidos. Suele utilizarse en tres acepciones: incitación a un acto ilegal que tiene lugar (genocidio, violación discriminación); incitación a un acto ilegal que no tiene lugar pero que crea en la mente del destinatario el deseo del requerido de cometer un acto ilegal; y la creación de cierto estado de ánimo (odio racial) sin vinculación con un acto ilegal preciso (p. 14). Es difícil extraer de la jurisprudencia conclusiones firmes sobre las normas que rigen el discurso de odio (p. 15). Además, a diferencia de lo que ocurre con la incitación a un acto ilegal, en el caso del odio es difícil demostrar que el odio nazca de la difusión de ciertas ideas. La organización de Derechos humanos *Article 19*, recientemente preparó los llamados *Principios de Camden* sobre la libertad de expresión y la igualdad mediante una consulta a oficiales de alto nivel de la ONU y otras organizaciones y expertos. En ellos se afirma que “los Estados no deberán prohibir la crítica dirigida contra, o el debate sobre, las ideas, creencias o ideologías particulares, o las religiones o instituciones religiosas, a menos que dicha expresión constituya expresiones de odio tal y como se definen en el principio 12.1”. El principio de referencia establece que los términos odio y hostilidad se refieren emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo.

de un determinado credo, no hiere la dignidad de las personas, sino que es manifestación de la dignidad de quien piensa y se expresa en libertad.

El punto de divergencia jurídico entre el Islam y occidente no es, pues, el respeto a los sentimientos religiosos, sino ese "nadie tiene derecho a propagar el error o a difundir aquello que pudiera perjudicar la moral o envilecer a la comunidad islámica" que proclama el art. 12.1 de la *Declaración* del CIE. Según los parámetros de separación que rigen en occidente, la comunidad política no es competente para pronunciarse sobre la veracidad de las creencias religiosas y la decisión sobre esas cuestiones compete a las personas sin que su opción religiosa pueda influir sobre sus derechos y deberes en la sociedad civil¹¹⁴. En este sentido la dificultad para el consenso con el Islam tiene su origen en la confusión entre sociedad civil y sociedad religiosa. Por tanto, acometer un proceso de la secularización es el gran reto del Islam en este momento; asimismo y, por su parte, el gran reto de occidente es saber gestionar sus derechos y libertades en los nuevos contextos de diversidad cultural y religiosa que se viven.

5. REFLEXIÓN FINAL

De todo lo que se ha expuesto en este estudio cabe inferir que las principales divergencias entre la posición islámica y la occidental en la resolución de los conflictos que se plantean entre libertad de expresión y de religión pueden reducirse a dos.

En primer lugar, las restricciones islámicas al ejercicio de la libertad de expresión, que en ocasiones abarcan no sólo a los supuestos de ofensa a los sentimientos religiosos, sino también a los de crítica a las creencias. Los países islámicos, en algunos casos, aplican sanciones desproporcionadas o arbitrarias para quien en uso de su libertad de expresión, ataca las creencias; y, en general, sostienen una interpretación restrictiva del uso de la libertad de expresión poniendo el acento en un ejercicio responsable. En el mundo occidental, se insiste en una interpretación amplia de la libertad de expresión, reservando las limitaciones a su ejercicio sólo para aquellos supuestos particularmente graves de ofensa a los sentimientos religiosos o incitación al odio por motivos religiosos, con el fin de proteger no las creencias o la religión, sino la dignidad de las personas que las profesan.

En segundo lugar, cabe destacar que los países islámicos continúan insistiendo en la lucha contra la difamación de las religiones, con particular incidencia en la islamofobia, mientras que occidente pretende combatir, no tanto la difamación, como la discriminación por motivos religiosos y, en todo caso, la incitación al odio por motivos religiosos; y ello siempre sin hacer hincapié en ninguna fobia religiosa en particular.

¹¹⁴ Sobre la concepción de la laicidad del estado en Europa y su relación con la libertad religiosa ROCA FERNÁNDEZ, M.J. "Laicidad del estado y garantías en el ejercicio de la libertad: dos caras de la misma moneda", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 3, 2009, pp. 44-51.

Res:

E

mur
man
en n

Pal:

Abs

T

stuc
hun

Key

Su

2.2.

inte

con

de

del

de

* F

1.

Ur

rel

ba

rej

bá

de

fe

me

1

tu

n

f

a

p