

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN*

HATE SPEECH, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SENTIMIENTOS RELIGIOSOS**

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2017

Fecha de aceptación y versión final: 14 de octubre de 2017

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto la reflexión sobre el discurso del odio y los delitos de odio, comparando la postura del derecho europeo y del derecho norteamericano en materia de *hate speech*, las ofensas gratuitas a la religión o el discurso religioso que se califica de *hate speech*.

PALABRAS CLAVE: religión; delitos de odio; libertad religiosa.

Hate speech, freedom of speech and Religious feelings

ABSTRACT: In this article, the author reflects about *hate speech* and *hate crimes*, comparing the position of European law and US law on *hate speech*, the offenses to Religion or the religious speech than could be qualified as *hate speech*.

KEY WORDS: Religion; hate crimes; religious freedom.

* Catedrático de la Universidad Complutense: jmtorron@der.ucm.es.

** Este trabajo se inserta en el marco del Proyecto REVESTRA (DER2015-64717-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1. HATE SPEECH Y HATE CRIMES

Desde hace un tiempo, los *hate crimes* o «delitos de odio» están en la mente de todos, pues ocupan, con más frecuencia de lo que desearíamos, la primera plana de las noticias. Basta leer la prensa de cada día o efectuar una rápida búsqueda en Internet para encontrar numerosas muestras de fanatismos varios: antisemitismo, racismo y otras expresiones de violencia contra la mujer, las personas homosexuales, o la religión. La intolerancia, que durante un tiempo pensábamos erradicada de Occidente, o al menos recluida en espacios marginales, parece estar regresando, y con paso firme.

En esas condiciones, no es extraño que los *hate crimes* constituyan una clara preocupación de las organizaciones internacionales. En Europa, es muy notable a este respecto las acciones de prevención y monitorización que se llevan a cabo tanto en la Unión Europea, a través de la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA)¹, como en el Consejo de Europa, sobre todo mediante la *European Commission Against Racism and Intolerance* (ECRI)², y en la OSCE, mediante el programa sobre *hate crime reporting* dentro del *Office for Democratic Institutions and Human Rights* (ODIHR)³. Por su parte, en España el Ministerio del Interior ha comenzado desde hace un tiempo a prestar particular atención a los delitos de odio, incluyendo estadísticas anuales e información para facilitar su denuncia a las autoridades⁴.

Una de las formas más características de delitos de odio es el llamado *hate speech* o discurso de odio –y es también una de las más sencillas de practicar hoy, por la facilidad que tiene cualquier persona contemporánea para comunicar y difundir mensajes a amplias audiencias mediante Internet–. El concepto generalmente aceptado de *hate speech* es el que hace casi veinte años incluyera el Consejo de Europa en uno de sus documentos clave en esta materia: «toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia»⁵. Es sustancialmente

¹ Vid. <http://fra.europa.eu/en/theme/hate-crime> (1 octubre 2017).

² Vid. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp (1 octubre 2017).

³ Vid. <http://hatecrime.osce.org> (1 octubre 2017).

⁴ Vid. <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio> (1 octubre 2017).

⁵ Recomendación No. R (97) 20 sobre *hate speech* del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 30 octubre 1997.

la misma noción que inspira el art. 510 de nuestro Código Penal (CP), modificado en 2015⁶, cuya redacción es ahora mucho más pormenorizada en cuanto a las actividades que dan lugar a la comisión de este tipo de delitos y en cuanto a las penas y otras medidas que pueden adoptarse⁷, además de incluir el delito que suele conocerse como «negacionismo», siguiendo el camino marcado por otros países europeos⁸.

El discurso del odio no es tema fácil, pues pone sobre la mesa la cuestión de los límites legítimos a la libertad de expresión: algo que ha de manejarse con sumo cuidado, pues esa libertad es uno de los pilares de la democracia, y debe interpretarse de manera extensiva. La libertad de palabra protege no solo la manifestación de ideas razonables o argumentadas, sino también la de opiniones que «ofenden, molestan y escandalizan», como ha dicho con buen juicio el Tribunal de Estrasburgo desde hace años⁹. El ordenamiento jurídico no está para proteger el buen gusto sino el derecho a exponer libremente el propio pensamiento, por estúpido o grosero que parezca a muchos, incluso cuando le parece a casi todos. Sin embargo, la libertad de expresión no es absoluta, y está sujeta a restricciones que se derivan de la protección de otros bienes jurídicos, que incluyen la libertad y la dignidad de cada persona.

A continuación analizaré algunas de las cuestiones que plantea el discurso del odio al hilo de la libertad de expresión y de otras libertades fundamentales, especialmente en el contexto europeo. Naturalmente, no hay pretensión alguna de exhaustividad en las páginas que siguen. Ni siquiera pretendo sugerir que las cuestiones que tocaré aquí sean las más importantes: son solamente algunas que vienen generando un particular debate público y que, en ocasiones, pienso no están siendo correctamente enfocadas o incluso entendidas. Significativamente, la mayoría de ellas, directa o indirectamente, tiene relación con la libertad de religión y de creencias, lo cual podría ser tal vez indicativo de que esta libertad –garantizada en el art. 16 de la Constitución y en el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)– continúa sin ser comprendida

⁶ Por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁷ Por ejemplo, el párrafo 6 del art. 510 CP dispone ahora que el juez habrá de acordar diversas medidas encaminadas a destruir todo vestigio de la expresión pública castigada como *hate speech*.

⁸ Cfr. art. 510.1.c) CP.

⁹ Se trata de un principio reiteradamente afirmado por el Tribunal Europeo desde la sentencia *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976, §49.

en todo su alcance y complejidad en un país como el nuestro, donde la libertad religiosa ha estado ausente hasta hace poco tiempo, y donde la religión continúa suscitando tantas reacciones emocionales y no siempre racionales. Para no pocos, la libertad religiosa y de creencias sigue siendo, desafortunadamente, una «cenicienta» entre las libertades.

2. LA POSICIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE *HATE SPEECH* Y SU CONTRASTE CON EL DERECHO NORTEAMERICANO

El panorama del derecho europeo en materia de *hate speech* ofrece un amplio consenso, al menos en cuanto a sus principios esenciales, y se encuentra sustancialmente reflejada en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo (TEDH).

El TEDH, siguiendo las tendencias internacionales predominantes, ha declarado inequívocamente que el discurso o lenguaje de odio *no* constituye una parte integrante de la libertad de expresión garantizada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰. Es decir, va más allá de la mera afirmación de que el *hate speech* puede ser limitado legítimamente por los Estados, en uso de su margen de apreciación, de acuerdo con el artículo 10.2 CEDH. Lo que el Tribunal subraya es que no goza de ninguna manera de la protección del artículo 10.1 CEDH¹¹. Es más, independientemente de la censura moral y social de que puedan ser objeto, esas conductas pueden ser, y son a menudo, penalmente sancionables.

Esta es de hecho la solución adoptada por bastantes países europeos cuya legislación penal establece sanciones por la utilización de *hate speech*, abarcando el lenguaje de odio hacia la religión. Entre ellos se encuentra España, donde el art. 510 CP (modificado por la Ley Orgánica 1/2015, que introdujo abundantes nuevos matices respecto a la redacción anterior) comienza declarando punibles las actividades de «quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente

¹⁰ Vid. sobre la doctrina general del lenguaje del odio en el TEDH, I. MARTÍN SÁNCHEZ, *El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa*: Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 28 (2012), especialmente pp. 18-23 y bibliografía allí citada.

¹¹ Vid. *Jersild v. Denmark*, 23 septiembre 1994, §35; *Gündüz c. Turquía*, 4 diciembre 2003, §§40-41.

al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad»¹².

Volviendo a Estrasburgo, es interesante hacer notar el razonamiento seguido por el Tribunal Europeo para excluir el discurso de odio del ámbito de conductas tuteladas por el art. 10 CEDH. Para el Tribunal, la razón de que el *hate speech* no esté amparado por la libertad de expresión se encuentra en el art. 17 CEDH, que recoge un principio habitualmente conocido bajo el dicho *no hay libertad para los enemigos de la libertad*. Según el artículo 17, ninguna de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos podrá ser entendida en el sentido de implicar «para un Estado, grupo o individuo, derecho alguno a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

Ese principio es tan claro como sensato: resultaría suicida para una sociedad democrática permitir que se utilicen las libertades fundamentales precisamente para destruir ese sistema de libertades. Esto afecta también, naturalmente, a la libertad religiosa, de manera que no puede tolerarse su invocación para legitimar acciones que destruyen o limitan indebidamente otras libertades. De manera que, por ejemplo, la violencia física nunca puede ser considerada una reacción legítima frente a una ofensa verbal o escrita a una religión, a sus dogmas o personas

¹² Por su parte, el art. 130.2 del Código Penal alemán castiga a aquellas personas responsables de la producción o difusión de escritos «que inciten al odio contra sectores de la población de un determinado grupo nacional, racial o religioso, o de un grupo caracterizado por sus costumbres tradicionales, o que promuevan medidas violentas o arbitrarias contra esos grupos, o que lesionen la dignidad humana de otros mediante el insulto o la calumnia o difamación maliciosa contra ciertos sectores de la población de los grupos antes mencionados». En Irlanda, la *Prohibition of Incitement to Hatred Act* de 1989 establece penas ligeramente inferiores a las de Alemania para las personas culpables de incitación al odio, y define *hate speech* de manera que comprende «el odio contra un grupo de personas [...] por razón de su raza, color, nacionalidad, religión, origen nacional o étnico, pertenencia a una comunidad nómada, u orientación sexual» (art. 1).

sagradas, o a sus fieles, por injusta que tal ofensa sea. De ahí que, por citar un caso tristemente bien conocido, la reacción occidental fuera unánime al declarar que no hay sombra de justificación posible para los atentados perpetrados en París contra la redacción de *Charlie Hebdo*, después de que el semanario francés publicara –de nuevo– caricaturas indudablemente ofensivas contra los musulmanes, y que algunos seguidores de esa religión calificaron de lenguaje blasfemo¹³.

Lo que quizá resulta menos claro es la inclusión del *hate speech* dentro de la clase de conductas que contempla el art. 17 CEDH, sobre todo cuando no puede establecerse una directa y necesaria conexión entre el lenguaje público utilizado y determinados ataques a personas o violaciones de libertades: es decir, entre la expresión concreta utilizada y una perturbación del orden o la paz públicos –entendidos en sentido amplio– que se seguiría necesariamente como efecto. Esto último constituye precisamente el núcleo del planteamiento de la cuestión en Estados Unidos.

En efecto, en esta materia la perspectiva europea es muy divergente de la norteamericana, que es mucho más tuitiva de una libertad de expresión casi ilimitada, y más restrictiva de las posibilidades de represión del Estado respecto al *hate speech*, religioso o de cualquier otra clase. En el derecho estadounidense, gran parte de los casos de discurso de odio tenían un marcado carácter racista o antisemita. Y, a pesar de la creciente sensibilidad social en esta materia, la jurisprudencia, como la mayoría de la doctrina jurídica, ha mantenido una defensa a ultranza del *free speech* protegido en la primera enmienda constitucional: no por subestimar la importancia negativa del discurso de odio para la sociedad, sino por considerar que el *ill speech* se cura con *more speech* y no con la represión (*less speech*). Otra cosa –se afirma– sería impensable en una cultura democrática construida sobre la base de una profunda desconfianza hacia una intervención excesiva del Estado dirigida a limitar la libertad de pensamiento político. Sin perjuicio de los muchos matices que requeriría esta afirmación, y dejando de lado los supuestos de calumnia, que requieren la difusión pública y maliciosa –o en algunos casos negligente– de información falsa que dañe la reputación de un ofendido identificable, el discurso de odio solo resulta punible o coercible en los Estados Unidos cuando existe una clara probabilidad

¹³ Me remito, para un análisis de este caso y su contexto, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La tragedia de 'Charlie Hebdo': algunas claves para un análisis jurídico*: El Cronista del Estado social y democrático de derecho 50 (2015) 22-31.

de perturbación de la paz pública, lo cual requiere probar, *ad casum*, la existencia de un *clear and present danger* (peligro claro e inminente) o la utilización de *fighting words* (palabras que inciten a la lucha)¹⁴.

El decidido posicionamiento a favor de la libertad de expresión en casos de discurso de odio está de momento firmemente asentado en la cultura jurídica norteamericana, pese a ser conscientes de que siguen en este ámbito una línea muy diferente a la de la virtual totalidad del mundo occidental. Forma parte de lo que, con término de cierto aroma eufemístico, se ha llamado *American exceptionalism* (junto con, por ejemplo, el mantenimiento de la pena de muerte o el derecho a llevar armas)¹⁵. Pese a todo, dentro de ese acuerdo mayoritario, significativas voces se han alzado recientemente en Estados Unidos contra esa tozuda inmunidad del discurso de odio, que es por lo demás criticado enérgicamente desde la doctrina europea¹⁶.

Personalmente, pienso que ni la postura del Tribunal de Estrasburgo ni la del «excepcionalismo» americano son las más adecuadas, y que probablemente resultaría más apropiado un planteamiento intermedio que –en Europa– recondujera el análisis de las situaciones de *hate*

¹⁴ De entre la ingente literatura jurídica al respecto en Estados Unidos, vid. M. MATSUDA et al., *Words that Wound*, Boulder 1993; R. C. POST, *Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment*: California Law Review 76 (1988) 297-335; C. E. BAKER, *Harm, Liberty, and Free Speech*: Southern California Law Review 70 (1997) 979-1020; M. MINOW, *Regulating Hatred: Whose Speech, Whose Crimes, Whose Power?—An Essay for Kenneth Karst*: UCLA Law Review 47 (2000) 1253-1277; R. M. O'NEIL, *Hate Speech, Fighting Words, and Beyond—Why American Law is Unique*: Albany Law Review 76 (2012-2013) 467-498. En España, Z. COMBALÍA, *Libertad de expresión y religión en Estados Unidos y en Europa: dos modos de entender la democracia*: Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 45 (2017) 1ss. Una interesante comparación entre Estados Unidos y Canadá en K. GREENAWALT, *Fighting Words: Individuals, Communities and Liberties of Speech*, Princeton University Press 1996; y en S. TOMLINS, *The Freedom to Offend? How the "Mohammad Cartoon Controversy" Has Influenced Public Debate on Canada's Hate Speech Regulation*: Journal of Church and State 57 (2013) 44-71.

¹⁵ Vid. M. IGNATIEFF (Ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, 2005.

¹⁶ Vid. J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012. Para una interesante confrontación de las ideas norteamericanas y europeas sobre cómo ha de abordarse el discurso de odio en las sociedades contemporáneas, vid. M. HERZ & P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, 2012; I. HARE & J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009.

speech al art. 10 CEDH en lugar de al art. 17 CEDH. Es decir, un análisis que partiera de un inicial planteamiento omnicompreensivo de las ideas protegibles en virtud del art. 10.1 CEDH, incluidas aquellas que suelen calificarse de discurso de odio. Y que legitimara, en un segundo paso, la restricción (y en su caso la sanción) de la expresión de esas ideas aplicando los criterios del art. 10.2 CEDH, según el cual los Estados pueden establecer medidas limitativas de la libertad de expresión siempre que estén «previstas por la ley», y que sean «necesarias en una sociedad democrática» para la consecución de alguno de los fines mencionados en ese artículo del Convenio, que dan a los Estados un margen de acción más amplio que el reconocido por la tradicional interpretación de la primera enmienda de la Constitución estadounidense.

3. LA IMPORTANCIA DE APLICAR ESTÁNDARES COMUNES A TODAS LAS CLASES DE DISCURSO DEL OUDIO

Sea cual fuere la posición que se adopte en cuanto a las relaciones entre discurso de odio y libertad de expresión, una cuestión que me parece esencial a la hora de abordar las diversas clases de *hate speech* es la necesidad de analizarlas aplicando los mismos estándares a las situaciones reales de conflicto. Lo adecuado de este criterio no parece ofrecer muchas dudas, y así suelen reconocerlo desde hace tiempo la jurisprudencia y legislación europeas¹⁷, incluido el art. 510 del Código Penal español, tanto en su versión actual como en la anterior a 2015: el discurso del odio es inaceptable en todo caso, ya sea motivado por razones de raza, origen nacional, etnia, sexo, orientación sexual, religión, etc. No me detengo en ello porque existe un consenso virtualmente unánime al respecto, al menos en el ámbito europeo. Los problemas vienen cuando se trata de aplicar el principio, y la norma, a las circunstancias de la vida real; y ahí podemos observar notables diferencias, que no me parecen en absoluto justificables. En concreto, puede detectarse una tendencia a aplicar a la definición –y por tanto a la restricción– del discurso del odio antirreligioso criterios más estrictos que los que se aplican a otros tipos de *hate speech*, como aquellos que tienen por objetivo el sexo, la raza o la orientación sexual.

¹⁷ En la jurisprudencia de Estrasburgo, desde la sentencia *Jersild*, antes citada.

Pondré un ejemplo concreto de la praxis judicial española. En 2013, la Audiencia Provincial de Madrid confirmaba la inadmisión de una querrela criminal que se había presentado contra la CNT por razón de cierta campaña mediática contra la visita del papa con ocasión de la Jornada Mundial de la Juventud¹⁸. Algunas de las imágenes incluidas en esa campaña eran: la imagen de un obispo ahorcado (o quizá fuera el papa, no estaba claro); una iglesia ardiendo con la frase «la única iglesia iluminada es la iglesia que arde» (en el contexto de un país donde ese tipo de hechos no son ficción, sino que se produjeron masivamente no hace tantos años); o un fotomontaje con una silueta del papa en el centro de la mira telescópica de un rifle, al pie del cual figuraban las palabras «totus muertos», jugando con las palabras latinas del conocido lema de Juan Pablo II, *totus tuus*.

Entre otras cosas, el auto de la Audiencia Provincial indicaba que esas y otras caricaturas de la campaña no constituían una incitación al odio o a la discriminación, sino simples críticas a la Iglesia Católica y sus instituciones, que entraban dentro del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, y que en ningún caso constituían escarnio público (artículo 525.1 CP) ni, aún menos, discurso de odio (artículo 510.1 CP). Prescindiendo ahora de la referencia al art. 525 CP, me resulta imposible compartir esas observaciones del tribunal madrileño. Cuando analizamos las frases antes mencionadas de la campaña antipapa, y tratamos de distinguir si se trata simplemente de expresiones que «ofenden, molestan y escandalizan», o bien de discurso del odio –es decir, de incitación, promoción o justificación del «odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia»– creo que es de gran ayuda compararlas con expresiones equivalentes referidas, por ejemplo, a judíos, mujeres o personas de orientación homosexual. Imaginemos unos carteles o caricaturas en los que se mostrase una mujer ahorcada, una sinagoga ardiendo, o un homosexual en la mira telescópica de un rifle con la frase «totus muertos» de acompañamiento. ¿Se los hubiera considerado como un ejercicio de crítica jurídicamente aceptable hacia la religión judía, o como una legítima discrepancia e intercambio de ideas en relación con presuntos excesos de los movimientos feministas o impulsores de los derechos de los homosexuales? No parece. Desde

¹⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, Auto nº 73/2013, 24 enero 2013.

luego, no fue esa la actitud de otro tribunal español cuando, con toda razón, condenaba, sobre la base del mismo artículo 510 CP, al imán que explicaba asépticamente en un libro cómo debía efectuarse el castigo físico a las mujeres cuando era necesario «para corregirlas» y sin dejar huella en su cuerpo¹⁹. Por ello, es difícil no ver en esas imágenes una provocación al odio o la discriminación, y más aún en un país como España, en cuya historia la violencia religiosa, de uno u otro signo, está por desgracia lejos de ser una ficción.

La actitud de la Audiencia Provincial de Madrid puede ser indicativa de una actitud, tantas veces inconsciente pero siempre inconsistente, que tiende a aplicar lo que suelen llamarse *double standards* en el ámbito internacional de la tutela de los derechos humanos: se juzgan las situaciones con diferente rasero según de quién se trate. Provocaciones que no se aceptarían en materia de raza o de orientación sexual se admiten sin problema cuando se trata de religión, especialmente si es la mayoritaria. Además, cuando tal cosa se produce se pierde de vista que, en materia de *hate speech*, lo importante no es tanto la previsible efectividad del discurso del odio en cuestión (es improbable que alguien se anime a atentar contra la vida del papa por el hecho de ver la caricatura de la CNT), sino el hecho de que hay conductas que, por intolerantes, una sociedad democrática no puede permitir y debe hacer lo posible por erradicar de manera firme.

4. DISCURSO DEL ODIOS Y OFENSAS GRATUITAS A LA RELIGIÓN

Por otro lado, debido al carácter central que tiene la libertad de expresión dentro de las sociedades democráticas, es de la mayor importancia distinguir cuidadosamente entre el *hate speech* y el lenguaje grosero y deliberadamente ofensivo. Una distinción que resulta especialmente difícil cuando se trata de la religión, por los aspectos emocionales que ese tipo de situaciones presenta. A veces, en efecto, se confunde lo que es en rigor una incitación al odio o la discriminación con lo que es simplemente –por utilizar la terminología del Tribunal

¹⁹ Me refiero a la sentencia condenatoria del imán de Fuengirola dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, con fecha 12 enero 2004 (procedimiento abreviado nº 276/2003).

Europeo de Derechos Humanos– una ofensa «gratuita» de carácter antirreligioso²⁰.

Esta segunda clase de expresiones pueden merecer censura social o moral, pero su restringibilidad desde una perspectiva jurídica resulta más discutible. En el fondo, la cuestión central que plantean consiste en dilucidar si la libertad de religión y de creencias incluye el derecho a la protección de los sentimientos religiosos, ya sea de la mayoría o de una minoría de la población.

El Tribunal de Estrasburgo ha mantenido una posición ambigua o dubitativa a este propósito²¹. Sobre la base de que el art. 10 CEDH protege también las opiniones que «ofenden, molestan y escandalizan»²², el TEDH ha afirmado que las religiones no pueden esperar permanecer libres de crítica. Es más, para el Tribunal el art. 10 CEDH protege la elección deliberada no solo de contenido ofensivo, sino de una forma particularmente ofensiva para transmitirlo²³, así como el recurso a cierta exageración e incluso provocación²⁴. Pero ha mantenido al mismo tiempo que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no impone una política uniforme en esta materia, y que los ordenamientos jurídicos de cada país tienen cierta discrecionalidad para sancionar las expresiones «gratuitamente ofensivas» contra una religión o sus símbolos sagrados. La tendencia del Tribunal, no obstante, es interpretar que solo en casos extremos son justificables las limitaciones a la libertad de expresión cuando se utiliza un lenguaje intencionadamente ofensivo o provocador de signo antirreligioso.

En España existe una norma específica al respecto. El artículo 525 del Código Penal criminaliza el escarnio público, de palabra o por escrito, de los «dogmas, creencias, ritos o ceremonias» de una confesión religiosa con intención de ofender los sentimientos de sus miembros; y aplica la misma pena a una conducta análoga respecto de quienes

²⁰ Sentencia *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 septiembre 1994, §49.

²¹ Para más detalles me remito a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo*, en J. MARTÍNEZ-TORRÓN - S. CAÑAMARES (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Valencia 2014, 83-120, y las referencias allí incluidas.

²² *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976, §49.

²³ Vid. *Oberschlick c. Austria*, 23 mayo 1991, §57.

²⁴ Vid. *Prager and Oberschlick c. Austria*, 26 abril 1995, §38.

no profesan religión alguna²⁵. Afortunadamente es una norma que no se aplica. No somos pocos quienes pensamos que, en su formulación actual, el art. 525 CP es de dudosa justificación porque la tutela de los sentimientos religiosos no forma parte, de suyo, de la garantía de la libertad religiosa.

La doctrina de Estrasburgo parece estar dominada por el hecho de que el ejercicio de la libertad de religión y creencia –ya sea por parte de personas religiosas o no religiosas– requiere un clima de tolerancia y de respeto, libre de ataques que puedan de hecho retraer a los ciudadanos de manifestar sus creencias sin intimidación. Esto es, por lo demás, un rasgo común a todas las libertades fundamentales. *Un entorno social de libre discusión y de libre expresión, incluida la libre expresión de las creencias, es esencial para la democracia*. Y viceversa, un ambiente de agresividad verbal o de violencia no constituye ciertamente el hábitat más adecuado para el ejercicio de las libertades. Desde esta perspectiva, las agresiones a la religión no son intrínsecamente diversas de las agresiones por razón del sexo, la raza o el origen nacional; y recordemos que todos esos factores son mencionados por el artículo 14 CEDH, que prohíbe la discriminación²⁶.

Aun así, no debemos perder de vista que toda restricción de la libertad de expresión, además de perseguir una finalidad legítima, debe ser justificada como «necesaria en una sociedad democrática» a tenor del art. 10.2 CEDH. Lo cual significa que –en palabras del TEDH– debe responder a «una necesidad social imperiosa»²⁷.

Por eso, a mi entender, las expresiones ofensivas para la religión, incluso aquellas gratuitamente ofensivas, solo pueden restringirse o

²⁵ Sobre toda esta temática, desde una perspectiva de derecho comparado, puede verse el conjunto de trabajos reunidos en J. MARTÍNEZ-TORRÓN - S. CAÑAMARES (coords.), *Tensiones entre libertad de expresión...*, o.c. en nota 21.

²⁶ De hecho, la posibilidad de considerar la religión como una causa legítima para restringir la libertad de expresión fue reconocida incluso por los tres jueces que, en *Otto-Preminger-Institut*, escribieron una opinión discrepante y rehusaron aceptar que de la libertad religiosa consagrada en el art. 9 CEDH pueda derivarse un pretendido derecho a la tutela de los sentimientos religiosos. En sus palabras exactas, «la tolerancia se aplica a todos, y el carácter democrático de una sociedad resultará afectado si se permiten ataques abusivos a la reputación de un grupo religioso» (*Otto-Preminger-Institut c. Austria*, opinión discrepante conjunta de los jueces Palm, Pekkanen y Makarczyk, §6).

²⁷ *Handyside c. Reino Unido*, §48.

sancionarse en casos extremos. En concreto, cuando el lenguaje injurioso tiene carácter claramente calumnioso, pues la libertad de expresión no protege el derecho a mentir, y por tanto a calumniar. O cuando, aun sin constituir en rigor *hate speech*, puede traducirse de hecho, por las circunstancias y el contexto, en una limitación al derecho de libertad religiosa de las personas. Por ejemplo, y sobre todo, cuando la ofensa proferida no se limita a herir los sentimientos de determinados fieles, sino que dañan seriamente la reputación de una confesión religiosa o de sus miembros, produciendo así situaciones de discriminación o dificultando que algunos ciudadanos practiquen libremente su religión. En esos casos ya no se trata de un simple desprecio a los sentimientos sino de un ataque a la libertad de otros. Esto es más fácil que suceda con minorías religiosas, por lo general más vulnerables a las consecuencias de la difamación, que con la religión mayoritaria.

5. EL DISCURSO RELIGIOSO QUE SE CALIFICA DE *HATE SPEECH*

Los mismos criterios deben aplicarse al discurso religioso que a veces se califica de *hate speech* sin motivo suficiente. Me refiero a las afirmaciones y orientaciones de carácter moral o doctrinal que un líder religioso o ministro de culto puede efectuar en ejercicio tanto de su libertad de expresión como de su libertad religiosa, ya sea en la iglesia, sinagoga o mezquita, o bien en un medio de comunicación. En ocasiones, ese discurso moral puede resultar ofensivo para ciertas personas.

Un par de ejemplos reales ayudarán a entender el tipo de situaciones a que me refiero. Uno es el de Åke Green, un pastor pentecostal que fue condenado a un mes de prisión, en Suecia, por su fuerte reprobación moral de la práctica de la homosexualidad durante un sermón en su iglesia; absuelto en apelación, su absolución fue confirmada por la Corte Suprema²⁸. Una situación similar vivió en España el Obispo de Alcalá de Henares, quien, tras predicar contra la moralidad de las relaciones homosexuales en una homilía de Viernes Santo, fue llevado a los tribunales, acusado de «homofobia», por una organización que decía defender los derechos del «colectivo gay»; el juzgado de instrucción archivó la

²⁸ Vid. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A45538-2005Jan28.html>; https://en.wikipedia.org/wiki/Åke_Green (1 octubre 2017).

querella por falta de fundamento, considerando que el obispo ejerció su libertad de expresión y su libertad religiosa legítimamente²⁹.

Pienso que la actuación de los tribunales en esos casos fue la correcta. Los líderes religiosos involucrados en esos casos ejercían su libertad religiosa, que les llevaba a defender públicamente, ante sus feligreses, lo que ellos consideraban la postura moral correcta; y ejercían también su libertad de expresión, que implica la libertad de hablar en desacuerdo de las opiniones prevalentes o mayoritarias en una sociedad, con independencia de quién pueda sentirse ofendido por ello. Si antes defendí la libertad de ofender a la religión mientras no exista *hate speech* o lesión real de la libertad de otras personas, sería contradictorio no defender a quienes predicán la inmoralidad de la conducta homosexual, mientras ello no se traduzca en incitación a la discriminación o a la hostilidad contra las personas de orientación homosexual. Una cosa es predicar la intolerancia o el odio; y otra, bien distinta, el juicio moral sobre conductas humanas, por ofensivo que tal juicio resulte a algunos. Esa distinción –tan esencial– se pierde de vista cuando se quiere restringir o criminalizar el discurso moral contra la homosexualidad, lo cual equivaldría, en el fondo, a limitar la libertad de expresión en aras de la dictadura de lo políticamente correcto.

Por eso los casos anteriores son a su vez diferenciables de la condena penal que sufrió el imán de una mezquita de Fuengirola en 2004, en aplicación del art. 510 del Código Penal, por unas páginas de su libro *La mujer en el Islam* en las que justificaba, e incluso aconsejaba, la violencia física del marido a la mujer como un medio legítimo de corregirla cuando se equivoca³⁰. Aquí ya no se trataba de simples juicios morales

²⁹ Cfr. auto de 12 julio 2012 del Juzgado de Instrucción n° 6 de Alcalá de Henares (diligencias previas n° 1368/12, ARP\2012\605), confirmado en mayo de 2014 por la Audiencia Provincial de Madrid. También podría añadirse aquí el caso que enjuiciaba la sentencia *Gündüz*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Gündüz c. Turquía*, 4 diciembre 2003), relativo al líder de una secta islámica que, durante una entrevista en televisión en Turquía, manifestaba duras opiniones contra la noción de democracia laica y el matrimonio civil, llegando a llamar «bastardos» a los hijos nacidos de matrimonio civil; el TEDH daría la razón al demandante, declarando que la condena penal de que había sido objeto era injustificada, pues no se trataba propiamente de lenguaje que contuviera incitación al odio (a pesar de que el término utilizado, *piç*, posee en lengua turca, al parecer, connotaciones particularmente infamantes).

³⁰ Vid. sentencia del Juzgado de lo Penal n° 3 de Barcelona, 12 enero 2004 (procedimiento abreviado n° 276/2003).

negativos sobre conductas humanas, sino propiamente de una incitación a la violencia.

6. LA OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO PARA DIFUNDIR UN MENSAJE OFENSIVO

Siempre dentro del lenguaje meramente ofensivo, y no constitutivo de *hate speech*, otra de las cuestiones que se plantean en esta materia se refiere a si es legítimo, y permisible, ocupar un espacio público para difundir un mensaje cuya sustancia consiste fundamentalmente en la ofensa, o que utiliza de manera vejatoria símbolos religiosos.

Entiéndaseme bien. No estoy pensando en manifestaciones en la vía pública que tienen por objeto protestar contra determinadas medidas gubernativas o legislativas, o mostrar apoyo a ciertas ideas que pueden resultar inaceptables o incluso agraviantes para otros. Esto forma parte ordinaria de la vida democrática, aunque tantas veces se utilicen expresiones zafias o exageradas. Me refiero más bien a manifestaciones públicas en las que el mensaje principal o único consiste en la injuria y la descalificación de instituciones o personas, o bien se recurre a un uso injurioso o blasfemo de simbología religiosa para transmitir un mensaje.

Esto ha sucedido en concreto en relación con la religión, y en concreto con la religión católica. Así, en los últimos años, la Asociación Madrileña de Ateos y Librepensadores ha intentado, sin éxito, celebrar una «procesión atea» a la misma hora y con un itinerario paralelo a las procesiones de Jueves Santo en el centro de Madrid, con el objetivo –declarado por los organizadores– de ofender y provocar a los católicos. La Delegación del Gobierno de Madrid nunca ha permitido esa «procesión» en la fecha y condiciones pretendidas, a veces ofreciendo explícitamente a sus organizadores la posibilidad de celebrarla en otra fecha alternativa. Los tribunales siempre han sostenido la legitimidad de la actuación gubernativa³¹. A ello se unen las distintas «procesiones» que, a veces en fechas y lugares coincidentes con la celebración de la Semana Santa católica, se han llevado a cabo en diversas ciudades españolas, convocadas

³¹ Vid. las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: STSJ Madrid 267/2011, 20 abril 2011; STSJ Madrid 213/2012, 30 marzo 2012; y STSJ Madrid 209/2014, 14 abril 2014.

por organizaciones de orientación radical-feminista o LGBT³², utilizando nombres de connotación ofensiva para la religión³³ y portando la reproducción de una vagina gigante a modo de caricatura grotesca de una procesión católica. En tales eventos, además, han sido frecuentes las expresiones injuriosas contra la Iglesia católica y los católicos, al hilo de *slogans* defendiendo el derecho absoluto de la mujer al aborto.

Pienso que estas situaciones, que incluyen el uso de un lenguaje teñido de agresividad e intolerancia hacia las ideas de otros, han de abordarse siguiendo criterios estrictos. Antes hice notar que la garantía de la libertad de expresión protege la manifestación de ideas escandalosas, incluidas aquellas que pueden resultar gravemente ofensivas, por ejemplo para personas de una determinada religión. Sin embargo, una cosa es el derecho a expresar ciertas ideas, por intolerantes que sean, y otra, bien distinta, el derecho a ocupar el espacio público para hacerlo.

El uso de un lenguaje ofensivo e intolerante puede ser legalmente permisible cuando se utilizan medios privados, pero la libertad de expresión no necesariamente autoriza a apropiarse temporalmente de espacios públicos para esa clase de mensajes. El espacio público ha de estar presidido por la idea de libertad, que implica desde luego la posibilidad de crítica, incluso plena de acritud; pero debe estar presidido también por un clima de respeto hacia los demás y de tolerancia hacia las ideas de otros. Por eso, la libertad de expresión –o la de reunión– no necesariamente reclaman que haya de cederse el uso del espacio público para actuaciones centradas en la ofensa hacia personas o instituciones por razón de sus creencias religiosas, por la misma razón que no debe cederse para lanzar un mensaje contra la homosexualidad o las personas de etnia gitana.

Y el mismo criterio ha de aplicarse en sentido inverso. Un ministro de culto o líder religioso es libre para pronunciar en su templo o lugar de reunión discursos morales que pueden resultar ofensivos para la sensibilidad de determinados ciudadanos identificables por una circunstancia o cualidad personal (la conducta homosexual es un claro ejemplo). Pero ese mismo discurso puede no ser permisible cuando tiene lugar en

³² Son las siglas con las que normalmente se autoidentifican las organizaciones de orientación lesbiana, gay, bisexual o transexual.

³³ Nombres como «procesión del chumino rebelde», «procesión del santísimo coño de todos los orgasmos», o «procesión del coño insumiso».

un espacio público (por ejemplo, en una ceremonia religiosa al aire libre en lugar público).

Por lo demás, entiendo que un planteamiento análogo ha de seguirse cuando hablamos de espacios públicos no en el sentido físico del término –la vía o la plaza pública– sino en sentido más amplio, que incluiría los medios de comunicación de titularidad pública (como cadenas de televisión o radio, publicaciones periódicas municipales, etc.); los eventos de carácter cultural o artístico organizados o financiados por entes públicos; y, desde luego, el entorno de las instituciones educativas públicas.

La cuestión, naturalmente, es, por así decirlo, cómo ha de ser de grave la ofensa o expresión de intolerancia en esas manifestaciones de provocación para que puedan ser prohibidas o en su caso sancionadas. Además, los matices son de gran importancia aquí. Por ejemplo, ¿han de tratarse de igual forma un anuncio en un autobús que forma parte del transporte público (el famoso caso del «autobús ateo»)³⁴ y un autobús privado que hace visible un mensaje determinado en la vía pública (el no menos famoso autobús de la organización Hazte Oír contra ciertas maneras de entender la transexualidad)? ¿Son equiparables el mero tránsito por la vía pública y la ocupación de sectores de la vía pública en condiciones de virtual exclusividad, como ocurre en ciertas manifestaciones? ¿Es comparable la mera autorización de una actividad a su financiación con cargo a fondos públicos?

Estas son cuestiones que merecen un análisis jurídico cuidadoso, atento a los perfiles de cada situación de hecho, y no condicionado por personales convicciones morales o políticas, o bien por la presión de los medios de comunicación o de la corrección política. Y probablemente uno de los grandes criterios de referencia sea el del uso moderado de los mecanismos represivos del derecho: presumir la licitud de la conducta en cuestión –no necesariamente su oportunidad o deseabilidad– y reservar las limitaciones para casos que no solo se muestren como extremos sino también como caracterizados por expresar en rigor una «antídea» más que una idea, es decir, por tener como finalidad condenar o impedir la difusión de ideas de otros más que por difundir una idea propia.

³⁴ Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN - S. MESEGUER, *The atheist bus campaign and the uncertain future of organized atheism in Spain*, en S. TOMLINS - S. C. BULLIVANT (eds.), *The Atheist Bus Campaign: Global Manifestations and Responses*, Leiden 2016, 286-310.

7. NO IDENTIFICAR LEGALIDAD CON LEGITIMIDAD MORAL O APROBACIÓN SOCIAL

Me permitiré acabar estas páginas intentando clarificar alguna afirmación anterior, recordando algunas cosas que son esenciales pero que olvidamos con más frecuencia de la deseable. Cuando hacía notar que, a mi juicio, la tutela de los sentimientos religiosos no forma parte, *per se*, de la garantía de la libertad religiosa, y que solo en casos extremos pueden penalizarse las expresiones ofensivas para la religión, no es que considere que el lenguaje difamatorio es encomiable o que merezca un juicio social, moral o políticamente positivo. Al contrario: creo que ofender sin motivo, en este y en cualquier otro ámbito, es algo a evitar. Pero el respeto a la libertad de expresión, que es una de las libertades clave de un sistema democrático, solo puede restringirse en casos de estricta necesidad. La censura no es en absoluto amiga de la democracia.

El derecho no es una panacea que debamos utilizar para todo, ni es el único punto de referencia para calificar un comportamiento humano como legítimo. Es, sobre todo, un instrumento para la prevención y solución de conflictos en la sociedad, y debe utilizarse –por su carácter coercitivo– de manera mesurada. Una sobredosis de derecho es a veces peor que su abstinencia. En el concreto caso del lenguaje intolerante y ofensivo, y siempre que no se trate en rigor de *hate speech* o discurso del odio, estoy convencido de que el derecho está llamado a desempeñar una función modesta. Además, incluso desde una perspectiva pragmática, hay otros medios que pueden resultar más eficaces que los jurídicos. Por ejemplo, el boicot social.

Identificar legalidad y legitimidad moral, o aprobación social, es un error notable. Hay expresiones ofensivas que el derecho debe permitir, pero que no por ello se hacen acreedoras a un juicio moral positivo por parte de la sociedad. Actuaciones que justificarían un claro rechazo social manifestado de distintas formas, haciendo uso de la propia libertad de expresión, no necesariamente reclaman represión jurídica, y aún menos jurídico-penal. A fin de cuentas, la coerción jurídica es un instrumento que puede funcionar cuando otros medios de solución de conflictos sociales han fallado. El derecho no debe intervenir en cada caso de lenguaje antirreligioso, sino únicamente en casos de particular gravedad por sus consecuencias perjudiciales para la libertad religiosa.

Por eso, en caso de duda, es preferible que el derecho se abstenga de interferir en la libertad de palabra, independientemente de lo deplorable que puedan resultar algunas expresiones ofensivas contra la religión. Un posible abuso del poder para restringir la libertad de expresión es más peligroso para la democracia y el pluralismo que el perjuicio para las creencias religiosas que podrían causar ciertas formas abusivas de expresión.