

ESTUDIOS

Libertad de expresión y “discurso del odio” religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular¹

Juan Antonio Carrillo Donaire²

Resumen: La libertad de expresión es el cauce para la formación de la opinión pública libre, que es el fundamento del pluralismo político y de la democracia misma. El reverso de la libertad de expresión son los discursos del odio, que se dirigen contra un grupo determinado de personas a los que se asignan rasgos denigratorios que persiguen el rechazo social. En nuestro contexto global y tecnológico, el eco de este tipo de discursos se multiplica a través de internet y de las redes sociales, donde la palabra agiganta su potencial destructivo para sembrar el odio. La primera pregunta que surge ante esta realidad es si la libertad de expresión ampara la difusión de cualquier idea, incluso de aquellas que ultrajen la dignidad. La segunda gran cuestión es cómo distinguir entre los discursos del odio, no protegidos por la libertad de expresión, y el discurso crítico o procaz que sí ampara dicha libertad.

Los fenómenos de escala global como la inmigración, el pluralismo cultural y religioso o el terrorismo internacional, propician la aparición de nuevas tensiones ante las que el Derecho titubea y se contradice. Las fricciones no encuentran un mecanismo de respuesta satisfactorio porque las visiones culturales del problema son muy diferentes. Como consecuencia de ello, la construcción del bien jurídico de la tolerancia encuentra serias dificultades en la realidad pluricultural de la globalización.

En este trabajo se describen los modelos jurídicos a escala comparada que, desde distintos planteamientos, sirven para enfocar la resolución de conflictos entre la libertad de expresión

¹ El texto del presente estudio sirvió de base para la lección inaugural del curso académico 2015–2016 de la Universidad Loyola Andalucía, pronunciada por el autor el 11 de septiembre de 2015 en el Teatro Lope de Vega de Sevilla, bajo el título “Libertad de expresión y discurso del odio: la construcción de la tolerancia”.

² Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Loyola Andalucía.

y la libertad religiosa. Se analizan, así, el paradigma norteamericano, caracterizado por la idea de tolerancia a partir de la interpretación de la Primera Enmienda a la Constitución de los EE. UU.; y el modelo europeo, tradicionalmente más restrictivo con la libertad de expresión como consecuencia de la mayor protección que brinda a otros derechos que entran en conflicto con aquella, como el honor, la no discriminación o la libertad religiosa. Junto a ello, se analiza el modelo islámico, el progresivo acercamiento de los paradigmas norteamericano y europeo, así como la posición de NNUU, el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante el problema de la difamación religiosa. Tras ello, se apuesta por una construcción activa de la noción de tolerancia interreligiosa, inspirada en la posición de la UNESCO, que entiende la tolerancia como valor cívico comprometido activamente con los derechos universales inherentes a todo ser humano. Un concepto de tolerancia que no nos hace indiferentes frente a cualquier idea porque sólo acepta las que respetan esos derechos y parten del reconocimiento de los mismos.

A partir de este concepto se enuncian dos propuestas jurídicas para orientar los conflictos entre la libertad de expresión y el hecho religioso: la incorporación de los sentimientos religiosos como elemento protegible de la libertad religiosa, de un lado; y, de otro, la justificación de mecanismos jurídicos de reacción frente al odio religioso que, en última instancia, se amparan en el principio de interdicción del abuso del Derecho.

Palabras clave: *discurso del odio (hate speech), libertad de expresión, libertad religiosa, tolerancia.*

Fecha de recepción: 11 de septiembre de 2015.

Fecha de admisión definitiva: 16 de octubre de 2015.

Freedom of expression and religious hate speech: building tolerance in the post-secular era

Abstract: Freedom of expression is the channel for the formation of free public opinion, which is the foundation of political pluralism and democracy itself. The reverse side of freedom of expression are the speeches of hatred directed against a particular group of people denigrating those traits that pursue social rejection are assigned. In our global and technological context, the echo of this

Liberté d'expression et les discours de haine religieuse: la construction de la tolérance dans l'ère post-séculaire

Résumé: La liberté d'expression est le canal pour la formation d'une opinion publique libre, qui est le fondement du pluralisme politique et de la démocratie elle-même. Le revers de la liberté d'expression sont les discours de haine dirigés contre un groupe particulier de personnes dénigrant ces traits qui poursuivent rejet social sont affectés. Dans

kind of discourse is multiplied through the internet and social networks, where the word gigantic destructive potential to sow hatred. The first question that arises from this situation is whether freedom of expression protects the dissemination of any ideas, even those that despitely dignity. The second big issue is how to distinguish between hate speech not protected by freedom of expression, and critical or obscene speech itself protects this freedom.

Global phenomena such as immigration, cultural and religious pluralism and international terrorism, favor the emergence of new strains to which the law hesitates and contradicts itself. Friction can not find a satisfactory response mechanism because cultural visions of the problem are very different. As a result, the construction of the legal right of tolerance has serious difficulties in the multicultural reality of globalization.

This paper compared the legal scale models from different approaches, serve to focus the resolution of conflicts between freedom of expression and religious freedom are described. Are analyzed as well, the American paradigm, characterized by the idea of tolerance from the interpretation of the First Amendment to the US Constitution; and the traditionally more restrictive to freedom of expression as a result of the greater protection afforded to other rights that conflict with it, such as honor, non-discrimination and freedom of religion European model. Along with this, the Islamic model, the progressive approach of the US and European paradigms as well as the position of the UN, the Council of Europe and the European Court of Human Rights to the problem of religious defamation is analyzed. After that, it is committed to an active construction of the notion of religious tolerance, inspired by UNESCO's position,

notre contexte mondial et technologique, l'écho de ce type de discours est multiplié par l'Internet et les réseaux sociaux, où le mot de potentiel destructeur gigantesque sèment la haine. La première question qui se pose à partir de cette situation est de savoir si la liberté d'expression protège la diffusion de toutes les idées, même ceux qui outragent la dignité. La deuxième grande question est comment faire la distinction entre le discours haineux pas protégée par la liberté d'expression, et le discours critique ou obscène se protège cette liberté.

Les phénomènes globaux tels que l'immigration, le pluralisme culturel et religieux et le terrorisme international, favorisent l'émergence de nouvelles souches à laquelle la loi hésite et se contredit. Friction ne peut pas trouver un mécanisme de réponse satisfaisante parce visions culturelles du problème sont très différents. En conséquence, la construction du droit légal de tolérance a de sérieuses difficultés dans la réalité multiculturelle de la mondialisation.

Ce document compare les modèles juridiques à l'échelle de différentes approches, servent à concentrer la résolution des conflits entre la liberté d'expression et la liberté religieuse sont décrits. Sont analysés ainsi, le paradigme américain, caractérisé par l'idée de la tolérance de l'interprétation du Premier Amendement à la Constitution des États-Unis; et traditionnellement plus restrictive à la liberté d'expression à la suite de la plus grande protection accordée aux autres droits qui sont en conflit avec elle, tels que l'honneur, la non-discrimination et la liberté de religion modèle européen. Parallèlement à cela, le modèle islamique, l'approche progressive des paradigmes américaines et européennes ainsi que la position de l'ONU, le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de

which means tolerance and civic courage actively committed to the universal rights inherent to all human beings. A concept of tolerance that does not make us indifferent to any idea that only accepts that respect those rights and start recognizing them.

From this concept two legal proposals to guide the conflict between freedom of expression and religious acts are set: the incorporation of religious feelings as securable of religious freedom on the one hand; and, secondly, the justification of legal mechanisms of reaction to religious hatred, ultimately, are covered by the principle of prohibition of abuse of rights.

Keywords: *hate speech, freedom of expression, religious freedom, tolerance.*

L'homme au problème de la diffamation religieuse est analysé. Après cela, il est engagé dans une construction active de la notion de tolérance religieuse, inspirée par la position de l'UNESCO, ce qui signifie la tolérance et le courage civique activement engagé dans les droits universels inhérents à tous les êtres humains. Un concept de tolérance qui ne nous rend pas indifférents à toute idée qui accepte seulement que le respect de ces droits et de commencer à les reconnaître.

De ce concept deux propositions juridiques pour guider le conflit entre la liberté d'expression et d'actes religieux sont définis: l'incorporation des sentiments religieux comme sécurisables de la liberté religieuse d'une part; et, d'autre part, la justification de mécanismes juridiques de la réaction à la haine religieuse, en définitive, sont couverts par le principe d'interdiction de l'abus de droit.

Mots-clés: *les discours de la haine, liberté d'expression, liberté religieuse, tolérance.*

1. La libertad de expresión en un mundo globalizado

El vertiginoso desarrollo tecnológico que vivimos, la globalización económica y la revolución de los medios y redes de comunicación hacen del mundo contemporáneo una realidad social cada vez más interdependiente y global, pero no menos conflictiva ni más segura.

Superada la visión bipolar del mundo desde el viejo conflicto este-oeste que marcó el siglo XX, en el siglo XXI se han abierto nuevas fracturas. La creciente desigualdad norte-sur, se agrava con una peligrosa proliferación de conflictos de afirmación identitaria por parte de minorías nacionales, étnicas o religiosas, y con fundamentalismos que han exacerbado la violencia y han dado una nueva dimensión al terrorismo. Los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre de

2001 marcaron el rumbo de la política internacional y redefinieron para siempre los conceptos de libertad y de seguridad.

La globalización genera un efecto de cercanía e inmediatez de conflictos que se localizan a gran distancia, en el otro extremo del mundo. Al mismo tiempo, la revolución tecnológica y de la comunicación han magnificado el poder de la palabra, dándole un eco global que desborda hasta lo inimaginable la clásica ecuación emisor-receptor. El mensaje ya no camina unidireccionalmente, sino que se multiplica en infinitos ecos a través de internet y de las redes sociales. La palabra agiganta así su poder de sublimar, de crear belleza y de transmitir amor. Pero también multiplica exponencialmente su gran potencial destructivo para denigrar y sembrar el odio.

Sobre la libertad de opinión y de palabra se ha construido, en buena medida, el modelo de democracia occidental. La relación entre libertad de expresión y democracia es tan estrecha y simbiótica que puede decirse que toda reflexión sobre la libertad de expresión y sus límites es una reflexión sobre la democracia. La libertad de expresión es uno de los principales barómetros del nivel de democracia de un país, ya que puede medirse grado de democracia según el número y el grado de las limitaciones que aceptamos a la libertad de expresión³.

En una sociedad democrática, allí donde ésta se reconozca como tal, la libertad de expresión es el cauce esencial para la formación de la opinión pública libre, que es el fundamento de pluralismo y de la democracia misma. Y ello es aplicable no sólo a la libertad de información (a la que exigimos límites específicos para su legitimidad, como la veracidad o la relevancia), sino a la libertad de opinión y de palabra en sentido amplio, que abarca tanto las ideas que son recibidas por los demás como inofensivas o de manera indiferente como aquellas otras que escandalizan u ofenden.

La importancia de la libertad de expresión para la subsistencia de la democracia explica su posición de *prima inter pares* en el mundo de los derechos fundamentales. Por esta razón, el Derecho Internacional considera que toda acción encaminada a limitar la libertad de expresión o a sancionar su ejercicio debe ser una medida excepcional, únicamente aplicable en circunstancias previamente delimitadas y a partir de criterios claramente identificados. No obstante, los textos jurídicos

³ REVENGA SÁNCHEZ, M. (2015) "Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?", en *Libertad de expresión y discursos del odio* (dirigido por él mismo), Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Madrid, pp. 13 y ss.

que proclaman la libertad de expresión prevén la posibilidad de limitarla para salvaguardar intereses públicos o privados preponderantes. Significativamente, en las declaraciones internacionales sobre Derechos Humanos, la libertad de expresión es el único derecho del que se predicán explícitamente los “deberes y responsabilidades especiales” que conlleva su ejercicio, en la expresión que emplea el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán “estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; y b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”⁴. Además, con carácter general, el propio Pacto dispone que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la Ley” (art. 20.2).

El fundamento último de estos límites y prohibiciones es que la libertad es igual para todos. De lo contrario no sería libertad, sino privilegio. Como afirma el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Seguidamente prevé que el goce de los derechos proclamados en la Declaración se haga “sin distinción alguna de raza, color (o) sexo” (art. 2), reconociendo la protección contra la discriminación y contra la incitación a la discriminación (art. 7). En este entendimiento de que la libertad y el derecho de cada uno tiene una barrera insuperable en la libertad y el derecho de los demás, la Declaración reconoce que puede ser necesario y legítimo imponer ciertas limitaciones a los derechos en ella sancionados para lograr “el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás” (art. 29).

Tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio son igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. A esta idea obedece la vieja doctrina del abuso del derecho plasmada ya en 1789 en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de los revolucionarios franceses como límite específico de la “libertad de comunicación de los pensamientos y opiniones”, y cristalizada en la frase del jacobino SAINT-JUST ante la Asamblea “no hay liber-

⁴ Artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Por su parte, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 establece que este derecho “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial” (art. 10.2).

tad para los enemigos de la libertad". Prohibición de abuso del derecho que hoy recogen con carácter general la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 30), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 17) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 54) en términos similares.

2. Los discursos del odio. En particular, el *hate speech* antirreligioso

El reverso de la libertad de expresión es el discurso del odio, traducción del término anglosajón *hate speech* que ha hecho fortuna, pero que quizás no sea muy acertada, porque en el odio no hay argumentación ni discurso y, si lo hay, es simplemente aparente. *Hate speech* es cualquier forma de expresión cuya finalidad es propagar, incitar, promover o justificar el odio basado en la intolerancia⁵. El odio es una constante vital que se explica dentro de nosotros mismos y que constituye una importante clave narrativa de la Historia de la Humanidad. Aunque, como ha advertido André GLUCKSMANN, más que el odio en sí, es la resistencia al odio la que ha sido el gran motor de la Historia⁶.

El profesor de filosofía política Bhikhu PAREKH ha señalado tres elementos presentes en los discursos del odio: 1º) se dirigen contra un determinado grupo de personas, delimitándolo de forma precisa (sean musulmanes, judíos, indigentes, homosexuales, etc.) y no contra la sociedad en general. 2º) Fijado el objetivo, se estigmatiza a ese colectivo asignándole algunos estereotipos denigratorios; y 3º) Finalmente, se considera que –por esas características– dicho grupo no puede integrarse en la sociedad, de modo que se les trata con desprecio y hostilidad⁷.

La primera pregunta que debemos hacernos es si el Derecho debe proteger bajo la libertad de expresión la difusión de cualquier idea, incluso de aquellas que resulten repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana. Dicho de otro modo, la cuestión sería ¿a partir de qué punto la práctica de la tolerancia, entendida como actitud de pasiva indulgencia, debe dejar paso a la intransigencia como medida de

⁵ En ese sentido se pronuncian, entre otros documentos, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa 97 (20), de 30 de octubre de 1997 sobre *Hate speech* y la Recomendación núm. 7 de la Comisión Europea contra el racismo y la xenofobia de 13 de diciembre de 2007.

⁶ *El discurso del odio*, Madrid, Taurus, 2005.

⁷ "Hate speech. Is there a case for banning?", *Public Policy Research*, Volume 12, Issue 4, 2006, pp. 213 y ss.

autodefensa del sistema democrático? Más claramente, ¿hasta qué punto estamos dispuestos a llegar para plantar cara a los enemigos del sistema?

A mi juicio, y anticipando alguna de mis conclusiones, si el ejercicio de los derechos fundamentales, y entre ellos de la libertad de expresión, puede ser potencialmente destructivo de las bases que rigen nuestra convivencia, la construcción de la tolerancia no puede ser sino una cuestión de límites al ejercicio de los derechos; es decir, una cuestión de intransigencia ante el abuso del derecho.

La segunda gran cuestión, derivada de la anterior y jurídicamente mucho más compleja, es distinguir entre los llamados discursos del odio, no protegidos por la libertad de expresión, y el discurso crítico, procaz o molesto que sí puede estar amparado bajo la libertad de expresión.

En la era post-secular que vivimos, las identidades religiosas han vuelto a cobrar protagonismo poniendo en cuestión ciertos presupuestos de la neutralidad laica y liberal. Dentro del proceso de desconfesionalización del Estado, la religión sigue teniendo un tratamiento constitucional y jurídico diferente que afecta al discurso del odio cuando se enfrenta a la libertad religiosa, pudiendo reconocerse un régimen particular del *hate speech* antirreligioso.

La Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, de 25 de noviembre de 1981, entiende por tal “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos*”. Por su parte, la Resolución 1510 del Consejo de Europa sobre la libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas de 2006, define el *hate speech* antirreligioso como “*aquellas manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión*”.

En las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos (art. 18 de la Declaración Universal Derechos Humanos, art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), el objeto de la libertad religiosa comprende la libertad de culto y la de manifestación pública y privada del mismo (a través de las prácticas, la observancia de los ritos y la enseñanza). No se protege el dogma ni el credo de las distintas confesiones, sino la libertad de abrazarlo y exteriorizarlo.

Con respecto de los límites que pueden imponerse a la libertad de expresión cuando se proyecta sobre las religiones y creencias se plantean algunos problemas específicos, en particular: si las creencias religiosas requieren una tutela especial frente a los ataques que se hagan a sus dogmas y símbolos, de un lado; y, de otro, si la ofensa a los sentimientos religiosos es o no una dimensión de la libertad religiosa que merezca amparo frente a la libertad de expresión.

En este orden de problemas de los que voy a ocuparme, la construcción de la tolerancia radica en discernir si debemos considerar antijurídicas, o en pro de la convivencia armónica, las expresiones que los creyentes de las distintas confesiones pueden tomar como blasfemas o difamatorias, o si, por el contrario, la libertad de irreverencia es el reverso necesario de la libertad de culto en el marco institucional laico de nuestra convivencia.

Partiendo de la distinción que hacía ORTEGA entre ideas y creencias (las ideas se tienen, en las creencias se está), puede decirse que la razón última de la especificidad jurídica del *hate speech* antirreligioso es que afecta al lugar desde el que el hombre se sitúa ante el mundo. El creyente vive una relación identitaria singular con el conjunto de dogmas y símbolos de su fe, hasta el punto de que las críticas u ofensas a éstos pueden suponer también una ofensa hacia su persona, hacia el estatuto moral que da sentido a su propia existencia, en la medida en que las creencias son definitorias de un modo de estar, de una ética personal (*ethos*) o de un modo moral de ser.

3. Discursos del odio de inspiración religiosa

Los conflictos jurídicos entre libertad de expresión y libertad religiosa tienen dos direcciones posibles. Pueden provenir de las exacerbaciones en la libertad de palabra que consideramos difamatorias o hirientes de los sentimientos religiosos. Pero también pueden tener su origen en el contenido de ciertos discursos de inspiración religiosa que se consideran contrarios a otros derechos fundamentales como la igualdad de género, la libertad sexual o la no discriminación.

Del mismo modo que la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades, tampoco la libertad religiosa puede considerarse ilimitada. Una religión cuya doctrina contradijera derechos fundamentales sería inaceptable, y por eso el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tras reconocer la libertad religiosa y

de culto, permiten las restricciones que estén previstas por la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral pública, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. Por ello, la Recomendación 1804 (2007) del Consejo de Europa sobre “Estado, Religión, Laicidad y Derechos Humanos” hace un llamamiento a los Estados para que prohíban la propagación de principios religiosos que en la práctica puedan significar una violación de Derechos Humanos. Y apela a que, en caso de duda, soliciten a los líderes religiosos una toma de postura clara a favor de la precedencia de esos derechos por encima de cualquier otro principio.

Se recordará, en este sentido y a título de ejemplo, la polémica levantada por el libro del Imán de Fuengirola “La mujer en el Islam”, en el que se explicaba cómo debe castigar físicamente el marido a su mujer. En enero de 2004, un Juzgado de lo Penal de Barcelona le condenó a 15 meses de prisión por la comisión de un delito de provocación a la violencia (arts. 18.1 y 510.1 del Código penal), al tiempo que dispuso el secuestro de la publicación para evitar la propagación de tal mensaje. Según la sentencia,

en un Estado aconfesional, el respeto a la ortodoxia doctrinal no puede servir de fundamento a la publicación de opiniones provocadoras de la violencia física contra la mujer por razón de su sexo, promoviendo conductas que transgreden el derecho fundamental a la integridad física y moral gravemente atentatorias contra la dignidad de aquellas.

En este orden de consideraciones, la cuestión jurídicamente más relevante es si determinados grupos y las opiniones que sostienen y les identifican pueden ser excluidos del debate público o ver restringida su libertad de expresión en razón del carácter discriminatorio de sus opiniones⁸. La respuesta jurídica a esta cuestión está lejos de ser clara y unívoca. Y los pronunciamientos judiciales son divergentes y están muy apegados al modelo social donde se producen y al tiempo en que se dictan, lo que dificulta establecer categorías y criterios jurídicos generales.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el simple hecho de exponer y defender la Ley islámica (*Sharia*), sin emplear la violencia para establecerla, no puede ser considerado como “discurso de odio”⁹, a pesar de reconocer en otros pronunciamientos la imposibilidad de

⁸ CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2014) “La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Un work in progress”, en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa* (dirigida por MARTINEZ-TERRÓN, J., y él mismo), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 17 y ss.

⁹ Sentencias del TEDH *Müslüm Gündüz v. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, y *I.A. v. Turquía*, de 13 de septiembre de 2005.

compatibilizar la *Sharia* y el respeto a la democracia y al valor de la igualdad de la mujer ante la Ley¹⁰. En cambio, ha considerado que la negación del Holocausto nazi no puede entenderse amparada por la libertad de expresión cuando implica un propósito “de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos”, pero no cuando el discurso negacionista se mueve en torno al debate histórico sobre algunos aspectos relacionados con dicho genocidio¹¹. Asimismo, en relación a la valoración de la violencia en los discursos del odio, ha amparado bajo la libertad de expresión la imputación de la culpabilidad de una catástrofe a los “infieles” en la mayor mezquita de Ankara¹²; mientras que ha tachado de discurso del odio, y por tanto proscrito por el Convenio, la presentación catastrofista de la inmigración islámica y su incompatibilidad con la civilización europea en un libro que apelaba a la “guerra civil étnica” como única solución posible frente “a la colonización de Europa por el tercer mundo”¹³.

Si tomáramos como ejemplo el discurso homofóbico que se da desde ciertas orientaciones religiosas, también podríamos citar algunos pronunciamientos discordantes. Se recordará, así, el sobreesimiento acordado en 2012 por un Juzgado de lo Penal de Alcalá de Henares de la querrela promovida por colectivos de gays y lesbianas contra el obispo de aquella diócesis por considerar que el contenido

¹⁰ Sentencia *Refah Partisi v. Turquía*, de 31 de julio de 2001, en la que el Tribunal considera que la ilegalización del *Refah Partisi* (Partido de la Prosperidad turco) puede razonablemente ser considerada como “una necesidad social imperiosa” en la medida en que el Partido de la Prosperidad había declarado su intención de imponer la *Sharia* dejando planear la duda, además, sobre el posible recurso a la fuerza para llegar al poder. Considera esta sentencia que, aunque el margen de apreciación de los Estados debe ser estrecho en materia de disolución de partidos políticos, por ser el pluralismo un valor básico de la democracia, el Estado puede legítimamente impedir la realización de un proyecto político incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹¹ Sentencia *Garaudy v. Francia*, de 24 de junio de 2003. En esta ocasión se examinaban diversos artículos periodísticos que negaban la realidad del Holocausto con la declarada finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío, que el Tribunal condenó teniendo decisivamente en cuenta la intención de acusar a las propias víctimas de falsificación de la Historia. La ausencia de ese ánimo incriminatorio y difamador puede llevar al resultado contrario, como muestran las sentencias *Leideux e Isorni v. Francia*, de 23 de septiembre de 1998 o *Chauvy y otros v. Francia*, de 23 de junio de 2004, en las que el Tribunal advierte de la diferencia entre el debate todavía abierto entre los historiadores acerca de aspectos relacionados con algunos actos genocidas del régimen nazi, amparado por la libertad de expresión, y la mera negación de “hechos históricos claramente establecidos” que los Estados pueden sustraer del ámbito de ejercicio de dicha libertad.

¹² Sentencia *Kutlular v. Turquía*, de 29 de abril de 2008.

¹³ Sentencia *Soulas v. Francia*, de 10 de julio de 2008.

de una de sus homilías tenía carácter homófobo. En ella, el prelado afirmó que, como consecuencia de la ideología dominante, “*los jóvenes piensan desde niños que tienen atracción hacia personas del mismo sexo y, a veces, para comprobarlo, se corrompen y se prostituyen o van a clubes de hombres (...). Os aseguro que encuentran el infierno*”. El juzgado entendió que no había en esas palabras una manifestación de odio hacia los homosexuales, ni suponían una injuria a su condición o una llamada a la discriminación por su orientación sexual. Contrariamente, las palabras del Obispo expresaban, a juicio del órgano judicial, “*una posición crítica hacia la homosexualidad (...) que puede ser lícitamente defendida al amparo de la libertad religiosa*”.

En un caso que presenta ciertas similitudes a éste, el pastor pentecostal sueco Ake Green acusó en su iglesia a los homosexuales de pecar y estar condenados por el mero hecho de serlo al comentar la Primera Carta a los Corintios de San Pablo, que dice que “*ni los afeminados, ni los sodomitas (...) poseerán el Reino de Dios*” (I Cor 6, 9). Fue condenado penalmente por ello en 2004 en aplicación de la Ley sueca de hostigamiento de un grupo minoritario, aunque resultó finalmente absuelto en 2005 por el Tribunal de apelación.

La misma falta de univocidad puede encontrarse en otros modelos jurídicos como el norteamericano, que –como veremos inmediatamente– está dialécticamente enfrentado al europeo. Así, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dio una respuesta afirmativa a esta cuestión en el asunto *Christian Legal Society c. Martínez* (2010) en el que amparó la prohibición de reconocimiento oficial por parte de la Universidad de California de una Asociación cristiana que no admitía como miembros a quienes aceptasen la homosexualidad¹⁴. Aunque 10 años antes el propio Tribunal había considerado que la aplicación de una legislación estatal que obligaba al grupo juvenil de los *Boy Scouts of America* a admitir en sus filas a un homosexual vulneraba la libertad de expresión colectiva de dicho grupo, en la medida en que su presencia en el mismo podría afectar, de modo significativo, la capacidad de ese grupo de defender sus puntos de vista sobre la homosexualidad (Sentencia *Boy Scouts of America c. Dale*, de 28 de junio de 2000).

¹⁴ El Tribunal Supremo introdujo en este caso una distinción entre las nociones de “foro público abierto” y “foro público limitado” para concluir que en un “foro público limitado”, como el de la Facultad de Derecho de una Universidad (en este caso el *Hasting College of Law* de la Universidad de California) se admiten restricciones a la libertad de expresión que sean razonables y tengan un “carácter neutral”; entendiéndose por neutralidad (*neutral viewpoint*) que la restricción pretenda asegurar el principio de no discriminación por razón de la opinión o de la orientación sexual.

4. De la tolerancia norteamericana a la “intransigencia” europea

a) Dos paradigmas jurídicos enfrentados

Desde la perspectiva del posicionamiento de las democracias constitucionales frente a la libertad de palabra y el hecho religioso, tradicionalmente se han distinguido en occidente dos grandes paradigmas.

Por un lado, el paradigma norteamericano, de raigambre liberal¹⁵, que se caracteriza por la idea de tolerancia en materia de libertad de expresión a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la Primera Enmienda a la Constitución de EE. UU. de 1787, según la cual el Congreso no puede aprobar medidas que limiten la libertad de expresión o impidan una práctica religiosa¹⁶.

¹⁵ Las bases político filosóficas del paradigma liberal han sido explicadas por autores como MEIKLE-JOHN, A. (1948) *Free Speech and its Relationship with Self-government*, New York, Harper & Row; o DWORKIN, R. (1985) *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press. Para el primero, la democracia está íntimamente unida a la libertad de expresión; de modo tal que las restricciones de este derecho socavan la legitimidad del sistema político e impiden de forma proporcional el normal desenvolvimiento del vida democrática, que exige conocer todos los puntos de vista concurrentes y que todas las opiniones puedan ser escuchadas por igual. Para DWORKIN las limitaciones a la libertad de expresión impedirían tratar a los ciudadanos como libres e iguales, al imponerles determinados criterios y privar de su capacidad de decisión tanto al emisor como al receptor del mensaje. Las prohibiciones al respecto permitirían al Estado delimitar el contenido del discurso que puede autorizarse, atribuyéndole un excesivo poder que violaría su necesaria neutralidad moral acerca de las distintas opiniones existentes en la sociedad, poniendo en peligro la libertad de los ciudadanos.

¹⁶ La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el particular está marcada por la doctrina de la “propensión indebida” (*bad tendency*) del discurso público opuesto a las intenciones del Gobierno, que para ser censurable ha de pasar el test del “daño concreto y consecuencial” (*clear and present danger*) en el “libre mercado de las ideas”, no bastando la existencia de un peligro potencial y abstracto. Esta tesis introducida por el juez Holmes en los años veinte del pasado siglo y establecida definitivamente por el Tribunal Supremo en el asunto *Branderburg c. Ohaio* de 1969 (que hace equivaler el concepto de peligro claro y presente a la incitación directa a la comisión de un delito), ha marcado una jurisprudencia sumamente favorable a la libertad de expresión a la difusión de críticas “vehementes y causticas, así como ataques incisivos poco gratos” para el Estado o un sector de la población, en la conocida expresión de la sentencia *New York Times c. Sullivan*, de 1964. Véanse, entre otros, BOLINGER, L. (1986) *The Tolerant Society*, Nueva York, Oxford University Press; WALKER, S. (1994) *Hate Speech: The History of an American Controversy*, University of Nebraska Press; LEWIS, A. (2007) *Freedom for the Thought That We Hate. A Biography of the First Amendment*, Nueva York, Basic Books; POST, R. (2009) “Hate Speech”, en HARE, I. y WEINSTEIN, J., *Extreme Speech and Democracy*, Nueva York, Oxford University Press; SULLIVAN, K., y GUNTHER, G. (2007) *First Amendment Law*, Nueva York, Foundation Press; y SHIFFRIN, S. H. y CHOPER, J. H. (2011), *The First Amendment. Cases, Comments, Questions*, Saint Paul MN, Thomson Reuters.

El pluralismo religioso está en el origen de la sociedad americana, en la que desde un principio han coexistido múltiples confesiones que estaban perseguidas en el viejo mundo. El reconocimiento puro y simple de las distintas confesiones se dio por primera vez, en el plano jurídico, en la colonia de Rhode Island, gracias al teólogo baptista Roger Williams, que logró que la Carta fundacional otorgada en 1636 por Carlos II de Inglaterra reconociera la plena tolerancia para la práctica de todas las religiones, incluso las no cristianas. Poco después, la colonia católica de Maryland aprobó su *Toleration Act* de 1649, que puede considerarse la primera Ley sobre esta materia emanada de una Asamblea popular¹⁷.

Como ha advertido el profesor VÁZQUEZ ALONSO, los presupuestos de una democracia plural y formalmente laica como la norteamericana convierten en jurídicamente anómala la idea de sacrilegio, lo que no deja de ser paradójico en una sociedad como la estadounidense que bien puede decirse que es la más religiosa de occidente¹⁸.

La jurisprudencia norteamericana sobre la Primera Enmienda ha sido tradicionalmente reticente a restringir la libertad de expresión por razones derivadas del contenido mismo de lo expresado, a no ser que ello comportara una incitación constatable y directa a la comisión de un delito. De dicha jurisprudencia emana un sólido compromiso con la tolerancia en el marco de un fluir libre y comunicativo de las opiniones y de las ideas por muy molestas u ofensivas que éstas sean para los seguidores de una cierta ideología o credo.

Solo desde este prisma se explican ciertas resoluciones del Tribunal Supremo de los EE. UU. que pueden ser escandalosas a los ojos de un europeo, como las sentencias *R.A.V. c. City of Saint Paul*, de 1992; o *Virginia c. Black*, de 2003, que declaran contrarias a la Primera Enmienda la penalización de la quema de cruces con espíritu racista por parte de simpatizantes del *Ku Klux Klan*. O la jurisprudencia de los 40 y 50 representada, por ejemplo, en los casos de *Cantwell c. Connecticut*, relativo a los ataques al catolicismo por parte de testigos de Jehová¹⁹, o de *Joseph Burstyn*

¹⁷ McCONNELL, M. (1990) “The Origins and the Historical Understanding of Free Exercise of Religion”, *Harvard Law Review*, 103, pp. 1409 y ss.

¹⁸ VÁZQUEZ ALONSO, C. J., “Libertad de expresión y religión en la cultura liberal. De la moralidad cristiana al miedo postsecular”, *Libertad de expresión y discursos del odio*, op. cit., pp. 87 y ss.

¹⁹ Jesse Cantwell y dos de sus hijos hacían proselitismo de los testigos de Jehová en un barrio católico de New Haven, Connecticut. Los Cantwells iban de puerta en puerta, con libros y folletos y un fonógrafo portátil con grabaciones de algunos de los libros que distribuían. Uno de esos libros era “Enemigos”, un ataque a la religión organizada en general y especialmente la Iglesia Católica Romana. Jesse

Inc. c. Wilson, que declara incompatible con la Primera Enmienda la prohibición de distribuir la película “el Milagro” de Rossellini²⁰. Como tampoco se explica, de otro modo, la decisión conocida como “Nazis en Skokie” (*Collins c. Smith*, de 1978) que autorizó una manifestación Nazi en un suburbio de Chicago.

Frente al paradigma norteamericano de la democracia tolerante se erige el modelo de la democracia intransigente al estilo europeo. El paradigma europeo ha sido tradicionalmente más restrictivo con la libertad de expresión, como consecuencia de la mayor protección que se brinda a otros derechos que pueden entrar en conflicto con aquélla, como el honor, la no discriminación o la libertad religiosa.

Esta divergencia con el paradigma norteamericano responde, en gran medida, a la experiencia histórica europea del siglo XX, en la que los discursos odiosos, discriminatorios y racistas desembocaron en el holocausto judío de la Alemania Nazi. También contribuye al contraste entre ambos paradigmas la denominada “cultura europea del honor”, que se asienta en un mayor protagonismo de los valores del honor, la intimidad y la propia imagen en el viejo continente. Finalmente no podemos olvidar el enorme peso de la Historia confesional de Europa, que acuñó

Cantwell solicitó a dos hombres en la calle que oyeran en el fonógrafo una grabación sobre ese libro. Le concedieron permiso, y después de escuchar la grabación, se indignaron y se enzarzaron en una pelea con los Cantwells. Estos fueron arrestados y acusados de solicitar aportaciones de beneficencia con fines religiosos o caritativos sin licencia (cosa legalmente requerida en el Estado de Connecticut a efectos de comprobar que la solicitud de ayuda se hace de acuerdo a “la buena fe, la caridad o la filantropía” y “bajo estándares razonables de eficiencia e integridad”) y de incitación a la violación de la paz cívica (“inciting a common-law breach of the peace”). Cantwells declaró que no solicitaron licencia previa para pedir porque entendían que el Gobierno no tenía el derecho de determinar si los testigos de Jehová eran o no una religión, entendiendo que dicho régimen de licencia vulneraba la Primera Enmienda.

²⁰ El largometraje en cuestión pertenece a la trilogía “Caminos del Amor”, y muestra una historia ficticia en la que una mujer joven desquiciada, mientras cuida un rebaño de cabras, confunde a un extraño paseante con San José, quien la emborracha con vino y la deja embarazada. El Estado de Nueva York prohibió la exhibición de la película por considerar que su contenido era sacrilego, amprándose en una Ley del Estado sobre educación. La compañía distribuidora recurrió la decisión alegando que dicha norma vulneraba la Primera Enmienda por establecer un sistema de censura previa y porque la calificación legal de “sacrilega” no aportaba base suficiente para retirar la licencia de exhibición cinematográfica. La sentencia consideró contrario a la libertad de expresión que la Ley estatal supeditara la concesión de la licencia al eventual juicio censor acerca de un posible contenido sacrilego. Según el Tribunal Supremo, el concepto de “sacrilego” contenido en la Ley del Estado de Nueva York era demasiado amplio y ambiguo, ya que venía referido al desprecio, burla o ridiculización de las confesiones, de suerte que el censor ejercería un control restrictivo potencialmente ilimitado, encontrándose en esta tarea “a la deriva, ante un mar sin orillas, en medio de una pluralidad de visiones religiosas opuestas, sin más cartas de navegación que las proporcionadas por la ortodoxia más ruidosa y poderosa”.

la idea tradicional de que la unidad civil y política de un Reino suponía su unidad religiosa, por lo cual la herejía y la blasfemia no sólo eran un asunto de Iglesia, sino también de Estado. Idea compartida por luteranos, calvinistas y católicos.

Puede decirse, desde esta perspectiva, que la protección de los dogmas religiosos frente a la libertad de expresión en Europa es tan antigua como lo es la tipificación penal de la blasfemia y la difamación religiosa. La resistencia penal del delito de blasfemia o de los delitos de escarnio o vilipendio de la religión ha sido, en este sentido, muy superior en el continente europeo que en Norteamérica. La blasfemia y sus nuevas derivaciones penales ligadas a la idea de difamación o insulto religioso sobreviven en Europa como un residuo de la confesionalidad del Estado, si bien, como también ha explicado el profesor VÁZQUEZ ALONSO, se ha reformulado en muchos casos el bien jurídico protegido frente al “nuevo” blasfemo, que no es ya el dogma asociado a la identidad religiosa del Estado sino los sentimientos religiosos de los ciudadanos o, en último término, el orden público o la paz social.

Como probó el Informe de la Comisión para la Democracia del Consejo de Europa (conocida como Comisión Venecia) sobre Blasfemia y difamación religiosa de 2010, en Europa no existe una concepción unitaria sobre la importancia de la religión en la sociedad que permita acotar qué tipo de restricciones a la libertad de expresión pueden considerarse admisibles cuando está en juego la protección de los sentimientos religiosos²¹. No obstante, pueden distinguirse tres grandes orientaciones diferentes para el ámbito de los conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa.

²¹ El Informe *Blasphemy, insult and hatred. Finding answers in a democratic society* de la Comisión Venecia analiza la situación legal sobre esta cuestión de los 47 países que componen el Consejo de Europa. Al analizar la presencia de los tipos penales en los distintos países, la Comisión constata que la blasfemia sigue siendo delito únicamente en una minoría de Estados (Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Italia, Liechtenstein, Países Bajos y San Marino) mientras que el tipo penal referente al insulto religioso está presente en la mitad de los países miembros (Andorra, Chipre, Croacia, Chequia, Dinamarca, España, Finlandia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rusia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania). En cambio, en todos los países del Consejo de Europa excepto en Andorra y San Marino se considera que la incitación al odio es una acción criminal; aunque en algunos la ley sólo penaliza los actos que dan lugar a una verdadera discriminación o a la violencia, no solamente cuando se promueve el odio (Austria, Chipre, Grecia, Italia y Portugal). Por lo demás, en algunos países la comisión de un delito por motivos religiosos es una circunstancia agravante (Francia, Georgia, Italia, Luxemburgo, Suecia, España y Ucrania). Además, la discriminación realizada por motivos religiosos, está prohibida a nivel constitucional en todos los Estados miembros que en algunos casos cuentan con leyes específicas o previsiones contra dicha discriminación.

En primer lugar destaca la posición de países de larga tradición confesional, como Italia o España, que tras su desconfesionalización han revisado su legislación penal para destipificar el delito de blasfemia, orientando la penalización de este tipo de ofensas a la protección de un bien jurídico distinto, el de los sentimientos religiosos. Tal cosa sucede con el delito de vilipendio en Italia o con el escarnio en España que, como más tarde explicaré en relación a nuestro país, no protegen el dogma ni el credo religioso sino la difamación, el insulto o la ofensa a quien lo profesa. Mención especial merece, dentro de este grupo, el caso de Inglaterra, que pese a su condición confesional, derogó el delito de blasfemia en 2008 tras percibir la profunda discriminación que producía frente a otras religiones que dicho tipo penal sólo protegiera a la religión anglicana. En su lugar, la *Racial and Religious Hatred Act* de 2006 tipificó la incitación al odio religioso, que es un tipo extendido en toda Europa en el marco de los llamados delitos de apología y provocación al odio y la discriminación, siendo la religión una de sus motivaciones posibles.

En segundo lugar, subsiste un grupo de países europeos confesionales, como los Estados luteranos de Dinamarca o Finlandia (a los que podríamos equiparar a la católica Irlanda, cuya Constitución –pese a su carácter no confesional– obliga al Estado a tipificar la blasfemia), que siguen contemplando el delito de blasfemia, aunque lo hacen en clave moderna y plural, castigando las ofensas graves contra el *corpus* dogmático y los símbolos considerados sagrados por cualquier religión, no sólo la oficial del Estado. Dentro de este grupo, es singular la posición especialmente contumaz de Grecia, que regula la blasfemia vinculándola a la protección del fundamento moral del Estado ortodoxo; si bien se trata de un país en el que, como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en alguna ocasión, la separación Iglesia–Estado no alcanza el estándar mínimo en base al cual se entiende vigente la libertad religiosa.

Finalmente, en tercer y último lugar, la difamación de cualquier religión también está tipificada como delito en un pequeño grupo de países, representados por Alemania, en los que el bien jurídico protegido no son los sentimientos religiosos sino la garantía de la paz social. Así, la publicación o difusión de materiales o expresiones que injurien a la religión, las creencias de terceros, las iglesias con reconocimiento oficial o cualquier otra Asociación religiosa, únicamente está contemplada como delito en el Código penal alemán en los supuestos en que tal difamación sea susceptible de alterar o poner en riesgo la paz social o el orden público, lo que se conecta a la amplia persecución penal que en dicho país tiene cualquier forma de antisemitismo.

b) Limitaciones de la protección penal frente al odio religioso

Una vez superadas la concepción preconstitucional en la que el Estado protegía la confesionalidad Católica oficial mediante los denominados “delitos religiosos”, lo que el legislador actualmente protege son los atentados contra el derecho individual que cada uno tiene de profesar las ideas religiosas que mejor se acomoden a su conciencia, como manifestación de la libertad religiosa.

La regulación del discurso del odio antirreligioso en el Código penal español abarca desde su consideración como agravante (art. 22 del CP) a la reciente previsión de un tipo específico de “delito de odio” bajo la nueva regulación del delito de apología o provocación al odio y la discriminación, que incluye el odio religioso (art. 510); pasando por la tipificación del escarnio que ya introdujo el Código penal de 1995. Recientemente, las fronteras entre el insulto a los sentimientos religiosos y el *hate speech* antirreligioso se han difuminado tras la última reforma del Código penal de marzo de 2015, haciendo difícil identificar cuándo estamos ante un discurso insultante frente al sentimiento religioso o escarnio (art. 525) y cuándo hay incitación o provocación al odio por motivo de la religión o de la creencia (art. 510)²².

En todo caso, como ha denunciado el profesor REY MARTÍNEZ²³, en España prevalece un excesivo enfoque penal del discurso del odio que conduce a equiparar erróneamente los conceptos de delitos de odio y discurso del odio, cuando la eficacia del Derecho Penal en este terreno es ciertamente escasa, pues son muy pocas las veces que conductas que pueden considerarse ofensivas contra ciertos valores y derechos constitucionales se penalizan en razón los discursos que pudieran ser tachados de apologéticos, ofensivos o incitadores al odio o a la discriminación²⁴.

²² Tomás VIVES ANTÓN ha explicado las claves de este acercamiento en su trabajo “Sobre la apología del terrorismo como discurso del odio”, *Libertad de expresión y discursos del odio*, op. cit., pp. 31 y ss. Sobre la concreta reforma del artículo 510 se leerá con provecho el trabajo de ALASTUEY, C. (2014) “La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas”, *La Ley*, núm. 8245. Con carácter general, son de gran interés para este tema los trabajos de CUERDA ARNAU, M. L. (2007) en especial, “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión, en la generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas”, *Estudios de Derecho Judicial*, n° 128, pp. 91 y ss.; y el libro de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (2012) *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia, Tirant lo Blanch.

²³ REY MARTÍNEZ, F., “Discurso del odio y racismo líquido”, en *Libertad de expresión y discursos del odio*, op. cit., pp. 49 y ss.

²⁴ La ineficacia del Derecho Penal en este punto es notoria, como puso de relieve el citado Informe de la Comisión Venecia sobre *Blasphemy, insult and hatred*. Por ello, las Recomendaciones del Consejo

En nuestro actual Código penal ya no está tipificada la blasfemia como delito contra la divinidad, la religión o las religiones, sino el llamado "insulto religioso" que en España se contempla bajo la fórmula del escarnio (art. 525 del CP), que castiga a los que, "para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias"; así como a aquellos que "vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican". Se exige, así, la concurrencia de un elemento subjetivo y de otro objetivo para integrar el tipo delictivo: el elemento subjetivo del ánimo o intención de escarnecer, de injuriar o vejar, que se corresponde con el sentimiento del ofendido, por un lado; y, por otro, el elemento objetivo de la existencia de un efectivo escarnio público de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa.

Los Tribunales españoles han venido exigiendo estrictamente la concurrencia de ambos elementos para apreciar el delito de escarnio, marcando una línea jurisprudencial autocontenida y restrictiva que tiene muy presente la reducida posición del Derecho penal frente a la libertad de expresión; que, como ha declarado en algunas ocasiones el propio Tribunal constitucional, sólo se justifica cuando las conductas tienen entidad o relevancia suficiente para afectar al núcleo del "mínimo ético" que se protege en los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos²⁵.

La dificultad de prueba del referido elemento subjetivo del *animus* se ha mostrado casi insalvable en la jurisprudencia española en relación con la apreciación del delito de escarnio²⁶. Puede decirse que estamos aquí ante lo que en Derecho llamamos

de Europa sobre *hate speech* que siguieron a dicho Informe amparan la idea de que el Derecho Penal debe reservarse como última *ratio* y sugiere explorar otras vías represoras de menor intensidad, pero mayor eficacia, como la indemnización civil por daños o las sanciones administrativas.

²⁵ SSTC 105/1990, de 6 de junio, y 287/2000, de 11 de diciembre.

²⁶ La jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al art. 209 del anterior Código penal (que sancionaba el escarnio por escrito o de palabra, de una confesión religiosa, de un lado; y, de otro, el ultraje público de sus dogmas, ritos o ceremonias), sostenía que para la comisión de este delito se requiere dolo o intención de escarnecer (SSTS de 25 de junio de 1935 y de 12 de mayo de 1973), que requiere un específico *animus injuriandi* o propósito deliberado de ofender como elemento subjetivo del injusto (SSTS de 13 de octubre de 1980 y 14 de febrero de 1984); de modo que la simple negación o crítica de la religión de que se trate o de sus dogmas no entraña afrenta ni menosprecio (STS de 26 de noviembre de 1990). La STS de 12 de mayo de 1973 llega a afirmar que ese elemento subjetivo del tipo comporta un "ánimo excluyente no sólo de cualquier forma de tipo culposo, sino incluso del dolo eventual", lo que reitera la STS de 20 de mayo de 1988.

una prueba diabólica. Veámoslo con algunos ejemplos. En 2004, el programa de televisión “Lo + plus” emitió un corto de Javier Krahe titulado “Cómo cocinar un Cristo”, en el que una voz en *off* iba dando la receta mientras hacía referencia a ciertos dogmas de la religión católica relativos al infierno y a la resurrección. Tras su difusión, se presentó una querrela criminal contra los autores del video y la dirección del programa, que fueron imputados por un delito de escarnio contra los sentimientos religiosos. El juzgado penal de Madrid que resolvió el caso, por sentencia de 8 de junio de 2012 (confirmada en apelación por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de abril de 2013), absolvió a los acusados por entender que en el video en cuestión no podía apreciarse *animus injuriandi*²⁷. Es igualmente reveladora de la dificultad de apreciar ese *animus* la absolución por falta de dolo que hizo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 21 de octubre de 2005, en la que se juzga a quien en tiempo de Semana Santa y en las proximidades del paso de una procesión portaba una pancarta con una imagen de la Virgen María y Jesucristo a cuyo pie decía “adúltera con su bastardo”. A pesar de considerar concurrente el escarnio u elemento objetivo del tipo (porque con la conducta descrita se atacaba el dogma de fe de la virginidad de María), la referida sentencia absuelve al acusado porque considera que no concurría el elemento subjetivo, toda vez que se declaró probado que no hubo intención de ofender por parte de quien era, por lo demás, un enfermo con trastorno mental diagnosticado.

Pero, como he dicho, la dificultad de prueba del elemento subjetivo no es el único obstáculo en la aplicación del delito de escarnio, que requiere también de la prueba de la base objetiva de la ofensa o elemento objetivo del tipo: el público escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una religión. Sobre ello es de especial interés una Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1993, que en aplicación del Código anterior y con relación a una figura afín al actual delito de

²⁷ Así, afirma la sentencia que aunque el crucifijo es un símbolo de una creencia, la elaboración y emisión del video no pretendía hacer escarnio del cristianismo, entendiendo por tal una burla tenaz hecha con propósito de afrentar. A su juicio, en el vídeo hay

un inequívoco sentido satírico, provocador y crítico, pero no propiamente un escarnio en el sentido reforzado que exige el elemento objetivo del tipo. La sátira y la irreverencia han sido, en no pocas ocasiones, un recurso artístico para hacer crítica social frente a las distintas manifestaciones del poder, entre las que puede incluirse la Iglesia Católica, que, como institución ha estado históricamente asociada a él. Adicionalmente, la sentencia sostiene que tampoco concurre el elemento subjetivo del tipo; esto es, el ánimo de ofender, ya que en los acusados estuvo ausente la intención de herir o menoscabar los sentimientos religiosos. En consecuencia, la sentencia concluye que la conducta denunciada constituyó un legítimo ejercicio de la libertad de expresión artística que, con un componente burlesco, hizo una crítica del fenómeno religioso en nuestra sociedad (F. J. 3°).

escarnio absuelve a la presentadora de un programa en el que se emitió un video con una cruz y una figura humana con cabeza de animal, por considerar –entre otros motivos– que cualquier cruz no es un crucifijo y, por lo tanto, no siéndolo no puede haber acto de profanación respecto de ella. El mismo criterio se aprecia en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de junio de 2004, que absuelve de responsabilidad penal por escarnio al acusado de publicar, en una página web, un artículo en el que se incluían textos ofensivos contra la Virgen María acompañados por una imagen obscena en la que la Esperanza de Triana aparecía con genitales masculinos. Aun reconociendo el incuestionable carácter ofensivo y soez de la publicación, así como el ánimo ofensivo del autor y el carácter lesivo de las imágenes para el sentimiento de los creyentes, la sentencia considera que para que pueda apreciarse delito no basta con ello, sino que además *“se requiere que esa conducta haga escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, además, se realice con la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos religiosos”*; siendo así que, a juicio de la Audiencia, el autor no pretendía tal cosa, sino hacer notar una crítica a la moral sexual católica.

A la misma conclusión llega la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 29 de julio de 2011, en la que absuelve al autor de un calendario del Colectivo de Gays y Lesbianas de Madrid que empleaba fotomontajes de imágenes alusivas a símbolos católicos, como representaciones de la maternidad, de la piedad o la ascensión de la Virgen, para hacer una sátira burlesca con connotaciones sexuales de ciertos dogmas y ritos del catolicismo. Tampoco aprecia escarnio el Auto de 9 de junio de 2011 de la Audiencia Provincial de Valladolid, que archivó la querrela presentada contra el humorista italiano Leo Bassi a raíz de una parodia sobre el Papa Benedicto XVI, por no contener *“elementos denigrantes o humillantes por representarlo con un andar escasamente ágil o como una persona de avanzada edad”* ni quedar probado que *“la simulación de tirar preservativos al público sea (...) identificable con la administración de la sagrada forma en la Eucaristía”*.

Igual dificultad encontró la Audiencia Provincial de Madrid al archivar en 2013 la querrela presentada por organizaciones católicas frente a la injuriosa campaña de la CNT con motivo de la celebración de la JMJ de Madrid en 2011 y la visita a España del Papa Benedicto XVI, donde se representaban imágenes de Iglesias ardiendo y de obispos ahorcados junto a la frase *“totus muertos”*²⁸.

²⁸ Según el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de enero de 2013, que confirma el archivo de la querrela presentada por la organización católica *“Hazte Oír”* frente a estos hechos, calificar a la Iglesia Católica de *“organización religiosa cuya historia está llena de crímenes”* y de *“enemiga de la justicia social y del progreso humano”* no puede considerarse una ofensa contra los

c) La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el contexto jurídico europeo, merece una especial atención la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los conflictos entre la libertad religiosa y la libertad de expresión. Los términos del debate jurídico ante el Tribunal de Estrasburgo se enmarcan en estos parámetros: en una sociedad democrática, los grupos religiosos deben tolerar la crítica dentro del debate público sobre sus actividades, enseñanzas y creencias, siempre que estas críticas no constituyan insultos gratuitos ni una incitación a la perturbación del orden público, a la violencia o a la discriminación contra los creyentes de una religión. Para apreciar estas circunstancias, la Corte Europea deja un amplio margen de apreciación a los Estados, en el entendido de que nadie mantiene un contacto tan directo con la realidad de un país como sus propias autoridades nacionales.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con expresiones ofensivas contra la religión está marcada por la doctrina sentada por las sentencias *Otto Preminger–Institut c. Austria*, de 24 de septiembre de 1994; y *Wingrove c. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1996²⁹. La primera

sentimientos religiosos de los católicos, porque “*aunque sea una falta de respeto a la verdad histórica o una acentuación de los momentos o actuaciones más censurables de la Iglesia Católica desde el momento actual*”. Por otra parte, a tenor del mencionado Auto, la exhibición de carteles ofensivos contra los obispos, en general y sin particularizar en nadie, y que oponen razón y fe reservando la inteligencia solo la primera

tampoco suponen un escarnio de dogma creencia o rito alguno. Al igual que las censurables expresiones sobre las Iglesias que arden, la omnipresencia divina que supone su presencia bajo una defecación la tacha de inquisidor al Papa no son escarnio de creencias (...), sino descalificaciones de las mismas, donde lo que se pretende es tachar de inutilidad a los templos, o pretendidamente ingeniosas reducciones al absurdo o inadecuado recordatorio de la trayectoria como Cardenal Prefecto de la Congregación de la doctrina de la fe del actual Papa, más o menos mezclada con su obligada contribución adolescente como soldado de la Alemania Nacional Socialista (...). De igual forma es abierta exageración pretender que al imagen de un obispo ahorcado, la referencia a la Iglesia ardiendo o la frase totus muertos constituyen un delito de genocidio.

²⁹ La jurisprudencia del TEDH sobre esta cuestión ha sido estudiada en profundidad, entre nosotros, por MARTÍNEZ-TORRÓN, J., en sus trabajos “Islam in Strasburg: Can Politics Substitute for Law?”, *Islam, Europe, and Emerging Legal Issues*, Ashgate Pub., 2012, pp. 19 y ss.; “Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica*, n° 1, 2008, pp. 35 y ss.; “Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 11, 2006, pp. 5 y ss.; y “¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, op. cit., pp. 83 y ss.

se refiere a la retirada y prohibición de exhibición del largometraje satírico "El Concilio del Amor", basado en una obra teatral del s. XIX en la que Dios aparecía representado como un anciano impotente postrado ante el demonio y en la que Jesucristo era tratado como un retrasado mental. En *Wingrove c. Reino Unido*, se examina la negativa de la *British Board of Film Classification* a expedir la licencia de distribución comercial de un cortometraje que, a juicio de dicha institución, violaba la legislación británica contra la blasfemia al contener una singular interpretación de los éxtasis de Santa Teresa con connotaciones homosexuales y pornográficas.

El planteamiento del Tribunal en estos casos es muy parecido. En ambos se parte de una injerencia en la libertad de expresión de los demandantes y se analiza a continuación la legitimidad de la misma a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal justifica las restricciones de la libertad de expresión afirmando que el espíritu de tolerancia que entraña el equilibrio entre dicha libertad y la libertad religiosa no justifica referencias provocativas, maliciosas y gratuitas a objetos de veneración o a sentimientos religiosos. En ambos casos, además, aun reconociendo que la licencia previa de distribución y el secuestro de publicaciones suponen una injerencia en la libertad de expresión, el TEDH las admite cuando están justificadas en la protección de la libertad religiosa. Asimismo, el Tribunal de Estrasburgo deja en manos de los Estados miembros, en virtud de la referida doctrina del margen de apreciación, el mantenimiento y la aplicación de las leyes penales sobre los delitos de blasfemia y difamación religiosa dada la dificultad de establecer un criterio general y uniforme sobre esta materia por la diversidad de las distintas tradiciones de los países Europeos a la que antes me he referido.

Esta doctrina ha sido confirmada en otros supuesto en los que, sin embargo, la balanza se ha decantado en favor de la libertad de expresión, como sucedió en los asuntos *Paturel c. Francia* (2005), sobre la sanción de la publicación de un libro abiertamente crítico contra determinadas organizaciones católicas calificadas de sectarias; *Giniewski c. Francia* (2006) que condena la publicación de una encendida crítica contra la Encíclica "Veritatis Splendor" del Papa Juan Pablo II en la que se llega a afirmar que la doctrina pontificia es la raíz del antisemitismo; o *Aydın Tatlav c. Turquía* (2006), sobre la sanción penal impuesta por la publicación de un estudio pretendidamente científico contra el Islam y las religiones en general³⁰.

³⁰ No cabe duda que el medio de difusión del mensaje pesa en estas decisiones del TEDH. No es igual la fuerza de las imágenes cinematográficas en los asuntos *Otto Preminger* y *Wingrove*, que los textos escritos que son examinados en estos otros casos. Como tampoco es igual el mensaje de la ficción

El Tribunal de Estrasburgo ha ido estableciendo una serie de precisiones para valorar las restricciones a la libertad de expresión frente a la libertad religiosa, haciendo ver que éstas sólo serán aceptables si responden a una “necesidad social imperiosa” en una sociedad democrática, al tiempo que exige que los medios usados para restringir la libertad de expresión sean proporcionados al objetivo perseguido. De este modo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo considera excluido de la protección del Convenio aquellas expresiones que son constitutivas de discursos del odio, así como aquellas otras que, sin llegar a ese extremo, “son gratuitamente ofensivas” para ciertos colectivos y entrañan una transgresión de sus derechos “que no contribuye de ningún modo a un debate público capaz de promover el progreso en los asuntos humanos”. Por lo que “puede considerarse necesario, en ciertas sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir ataques impropios contra sentimientos religiosos y objetos de veneración”.

d) *El miedo al terrorismo como factor unificador de la regulación jurídica de los discursos del odio*

Adentrándonos en el estado actual de la cuestión en el contexto comparado, en los últimos años se ha producido un acercamiento entre el paradigma liberal Norteamericano y el Europeo a los que antes me refería.

En primer lugar, se está produciendo una constricción de la tolerancia norteamericana frente a expresiones vinculadas al terrorismo internacional que se justifica en la guerra declarada frente a esta amenaza tras los ataques de Al-Qaeda del 11 de septiembre de 2001. Desde ese hito, y en virtud de la reforma operada por la Ley US *patriot Act* en 2002 sobre la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, de 1996, en Estados Unidos comienzan a considerarse discursos odiosos no sometidos a los balances y a los test jurisprudenciales que venían operando en otros ámbitos, y que se enmarcan en la condena de todas las actividades justificadoras del terrorismo o “colaboracionistas” con él que encajen en el concepto de “*terrorist material support*”.

gratuitamente ofensiva que el supuestamente amparado en datos o ideas que, por muy discutibles que sean, pretenden contribuir al debate social sobre temas de interés público. En este sentido MARTÍN-RE-TORTILLO BAQUER, L., *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, pp. 125 a 127; y VÁZQUEZ ALONSO, V., “Libertad de expresión y religión...” *op. cit.*, pp. 109 a 114; y “Libertad de expresión artística. Una primera aproximación”, *Estudios de Deusto*, Vol. 62/2, 2014, pp. 73 y ss.

El punto de inflexión jurisprudencial en este sentido lo marcó la Sentencia *Holder c. Humanitarian Law Project* de 2010³¹, donde por primera vez el Tribunal Supremo de los EE. UU. admite que el concepto legal de “material support” incluye expresiones y manifestaciones de opinión “susceptibles de traducirse en asesoría experta o adiestramiento”. En nombre de las exigencias de la seguridad, la tradicional tolerancia norteamericana en materia de libertad de expresión podría estar cediendo espacio a la intransigencia, o a la tolerancia-cero, frente al *hate speech* de base fundamentalista islámica que pudiera considerarse una incitación al terrorismo o un impedimento en la guerra contra el terrorismo *yihadista*³².

En Europa también están cambiando las cosas. Pudiera decirse que si norteamérica se europeiza, Europa se americaniza abriendo nuevos espacios a la tolerancia que se ven justificados desde la irritación colectiva ante la amenaza terrorista, como pudimos ver hace algunos meses con los sucesos del semanario francés *Charlie Hebdo*.

Un par de asesinos franceses, que invocaron a Alá como inspirador de sus acciones, mataron durante los días 7, 8 y 9 del pasado enero de 2015 a dos policías y a diez miembros de la redacción de *Charlie Hebdo*, conocido por sus caricaturas satíricas de Mahoma. Un tercer asesino fue responsable de un tiroteo en un supermercado *kosher* en el que murieron cuatro judíos. El suceso provocó una conmoción mundial. Más de 4 millones de personas se manifestaron en toda Francia bajo el lema *Je suis Charlie* en defensa de la libertad de expresión. Al frente de la inmensa manifestación de París pudieron verse más de 50 jefes de Estado y de Gobierno de todo el mundo.

³¹ En este asunto, promovido por el Fiscal General Eric Holder, el Tribunal Supremo falló en favor del Gobierno es su negativa a proporcionar ayudas a organizaciones terroristas. El Tribunal llega a la conclusión de que la ayuda consistente en proveer “formación y consejos de expertos” a grupos terroristas extranjeros, “incluso si los que los apoyan buscan promover en estos grupos fines no violentos, encaja en la definición legal de apoyo material (*material support*) al terrorismo” de la *US Patriot Act*. En concreto, el caso se decidía el recurso de un profesor universitario, Ralph Fertig, que había trabajado con el Partido de Trabajadores del Kurdistán (PKK) en Turquía, considerado una organización terrorista por el Departamento de Estado desde 1997. Fertig defendió su colaboración en la que se oponía a la violencia y el terrorismo, y exigió su derecho a aconsejar a grupos en resolver disputas a través de las Naciones Unidas en ejercicio, entre otras cosas, de su libertad de expresión. Otros grupos pro derechos humanos vieron igualmente suspendidas sus ayudas del Gobierno estadounidense en casos similares y se unieron al caso llevado por la firma *Humanitarian Law Project*.

³² COLE, D., “The First Amendment Borders: The Place of *Holder c. Humanitarian Law Project* in First Amendment Doctrine”, *Harvard Law and Policy Review*, núm. 6, 2012, pp. 147 y ss. ha denunciado críticamente el giro radical que esta decisión representa en relación con las líneas maestras de la jurisprudencia sobre la Primera Enmienda.

Al tiempo que se oían voces de solidaridad y de repulsa, un susurro de reprobación señalaba que los crímenes cometidos eran execrables, pero que la libertad de expresión debía tener límites³³. Ese susurro alcanzó su decibelio más alto con las declaraciones del Papa Francisco. Ocho días después de los hechos, al borde del avión que lo llevaba de Sri Lanka a Filipinas dijo: “No se puede provocar, no se puede insultar la fe de los demás. No se puede tomar el pelo a la fe (...). Si alguien insulta a mi madre, puede esperarse un puñetazo”. La frase del Papa Francisco fue citada por rabinos e imanes de todo el mundo. Slimane Chikh, antiguo Rector de la Universidad de Argelia y representante de la Organización para la Cooperación Islámica afirmó en Ginebra que “La libertad de cada uno termina donde empieza la libertad de religión. El recrudecimiento de los ataques de *Charli Hebdo* contra el Islam los convierte en provocación”³⁴.

A la vista del progresivo acercamiento de los paradigmas Norteamericano y europeo, se evidencia que en el debate actual sobre la prohibición del insulto religioso, el miedo constituye un elemento esencial.

5. Respuestas de Naciones Unidas ante la difamación religiosa y la campaña de la Organización para la Cooperación islámica sobre la penalización de la blasfemia

De lo hasta ahora visto puede extraerse una conclusión de carácter general. El actual contexto de globalización, los fenómenos a escala como la inmigración, el pluralismo cultural y religioso o el terrorismo internacional, propician la aparición

³³ TODD, E., *Qui est Charlie? Sociologie d'une crise religieuse*, Seuil, Paris, 2015.

³⁴ Este es el mismo argumento que los medios de comunicación islámicos arguyeron tras la publicación de las viñetas del profeta Mahoma en el semanario conservador danés *Jyllands-Posten*. Las amenazas y los actos de terror que siguieron estas publicaciones, protagonizados por organizaciones radicales islámicas, produjeron una corriente de solidaridad en toda Europa. *Charli Hebdo* fue una de las revistas que se solidarizaron con *Jylland-Posten* publicando las famosas viñetas en lo que, a partir de ese momento, pasó a convertirse en una línea editorial propia y recurrente para el semanario francés. Una de sus portadas, que representaba una caricatura de Mahoma con el subtítulo *C'est dur d'être aimé par des cons*, fue objeto de una querrela penal por injurias interpuesta por la Unión de Organizaciones islámicas de Francia y la Gran Mezquita de París. Finalmente, el Tribunal Correccional de París absolvió al semanario, al considerar que estábamos ante un legítimo ejercicio de la libertad de expresión en el que a través de la sátira se quería criticar el fundamentalismo pero sin ánimo de injuriar a la comunidad islámica. Tras este *affaire*, el periódico iraní *Hamshari* organizó un concurso de viñetas sobre el holocausto judío bajo el lema “¿Dónde está el límite de la libertad de Occidente?”.

de constantes tensiones frente a las que el Derecho titubea y se contradice. Fricciones que se ponen más claramente de manifiesto en el actual marco de la protección multinivel de derechos (reconocidos y garantizados por instancias diversas, estatales y supra nacionales) y con la desaparición de fronteras para la comisión de ilícitos que representa internet³⁵. Como resultado de todo ello, los conflictos relativos a la libertad de expresión y los sentimientos religiosos están, sin duda, entre aquellos que presentan márgenes de indeterminación más amplios, con respuestas que a menudo resultan contradictorias.

Existe un grave problema de incerteza jurídica en este ámbito. Faltan criterios interpretativos consolidados que orienten la ponderación de los derechos en conflicto y la aplicación del juicio de proporcionalidad en la resolución de los mismos. Y aunque hay abundante jurisprudencia y trabajo empírico sobre el tema del discurso del odio, existe todavía una falta de categorización y de clarificación de conceptos.

Todo ello comporta un creciente problema de falta de predictibilidad del Derecho, que se transforma en un poso de inseguridad jurídica que se pone de manifiesto de forma más evidente a medida que ampliamos el foco de visión territorial de los discursos del odio; en el plano transnacional del problema y en el contexto de globalización de la comunicación.

Las fricciones a nivel internacional no han encontrado un mecanismo de respuesta satisfactorio, pues las diferentes visiones del problema a escala global son muy divergentes, como puso de relieve la campaña para la penalización de la "difamación religiosa" promovida por los países islámicos a raíz de determinados acontecimientos de repercusión mundial. Desde la publicación en 1988 de los *Versos satánicos* de Shalman Rasdie y la polémica posterior producida por la *fatwa* del Ayatolá Jomeini, la Organización para la Cooperación Islámica viene promoviendo a escala internacional una lucha contra la islamofobia y la banalización de ciertos dogmas del Islam que se hace desde Occidente que ha cuajado en diversas iniciativas ante distintos organismos e instituciones de NNUU³⁶. A partir del controvertido asunto de las viñetas del profeta Mahoma publicadas en 2005

³⁵ Sobre los problemas jurídicos que plantea el discurso del odio a través de internet véanse RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, M., "El discurso del odio a través de Internet", en *Libertad de expresión y discursos del odio*, *op. cit.* pp. 147 y ss.; y TERUEL LOZANO, G., "Libertad de expresión y censura en internet", *Estudios de Deusto*, Vol. 62/2, 2014, pp. 41 y ss.

³⁶ Resoluciones de la Asamblea General 60/50, 61/164, 62/154; Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos 1999/82, 2000/84, 2001/4, 2002/9, 2003/4, 2004/6, 2005/3; o Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 4/9 y 7/19.

en el Diario danés *Jyllands-Posten*, y en lo que puede considerarse una vuelta de tuerca en este debate, la Asamblea General de NNUU aprobó una serie de Resoluciones en favor de la introducción de medidas penales contra la difamación religiosa en los ordenamientos de los Estados miembros³⁷.

La aprobación de dichas Resoluciones produjo una abierta reacción contraria por parte de los gobiernos occidentales, en particular Europa, EE. UU. y Canadá; reacción compartida por la Relatora especial de NNUU sobre libertad religiosa, que en 2007 presentó un Informe muy crítico ante la propia Asamblea³⁸. El Consejo de Europa actuó como principal adalid frente a esta campaña de penalización de la difamación religiosa. En su Resolución 1510 de 2006 sobre “Libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas”, propuso abiertamente eliminar el delito de blasfemia o de escarnio al tiempo que recordaba que las expresiones ofensivas contra las convicciones personales, morales o religiosas, pueden ser objeto de mayores restricciones que las que tienen por objeto asuntos públicos o de interés público; mientras que la Recomendación 1805 de 2007 del Consejo de Europa sobre Blasfemia, insultos religiosos y *hate speech* contra las personas en razón de sus creencias religiosas (que se basa en los trabajos de la Comisión de Venecia) recuerda que, en una sociedad democrática, los grupos religiosos deben tolerar las declaraciones críticas y el debate público sobre sus enseñanzas y creencias, siempre que esas críticas no entrañen insultos gratuitos o *hate speech* antirreligioso³⁹.

³⁷ Un detallado análisis de las mismas en ANGELETI, S., “Libertad religiosa, libertad de expresión y Naciones Unidas: reconocimiento de valores y derechos en el discurso sobre la difamación de las religiones”, en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, op. cit., pp. 121 y ss.

³⁸ Como ha explicado la doctrina especializada, el concepto de difamación religiosa que maneja NNUU es estas Resoluciones es excesivamente ambiguo. En primer lugar, porque la difamación no se concibe jurídicamente para la protección de grupos, sino de personas. Lo primero conllevaría la necesidad de que el Estado estableciese con carácter general y apriorísticamente juicios de ortodoxia a fin de proteger un corpus dogmático de una religión frente a su posible difamación. Con ello, la anti-difamación puede convertirse en un arma política que reforzaría las mayorías religiosas frente a las minorías. Véase, sobre el particular, COMBALLA SOLÍZ, 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*, n° 19, 2009; y RIVERS, J., “The Question of Freedom of Religion or Belief and Defamation”, *Religion and Human Rights*, n° 2, 2007.

³⁹ Sobre estos documentos del Consejo de Europa y sus implicaciones MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, 2012; y GARAY, A., “Libertad de religión y libertad de expresión ante el Consejo de Europa”, en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, op. cit., pp. 69 y ss.

En este contexto de enfrentamiento, en 2011, un grupo de Estados occidentales y de la Organización para la Cooperación Islámica se unieron para proponer un nuevo enfoque consensuado con el objetivo de reconciliación de las posturas de ambos "bandos". Dicho enfoque se plasmó en la Resolución 16/18 del Consejo de Derechos Humanos de NNUU, de 24 de marzo de 2011, sobre la *"Lucha contra la intolerancia, los estereotipos negativos, la estigmatización, la discriminación, la incitación a la violencia y la violencia contra las personas, basados en la religión o las creencias"*, que supuso el acta fundacional de una nueva estrategia de Naciones Unidas para la lucha contra la intolerancia religiosa, más tarde refrendada por una serie de Resoluciones de la Asamblea General⁴⁰ que en lugar de poner el acento ya en la difamación religiosa inciden en la obligación de los Estados de prohibir la discriminación y la incitación al odio sobre la base del pluralismo religioso y del respeto a la religión y a las creencias⁴¹; así como en otras que apuestan de forma decidida en favor del diálogo y la tolerancia interreligiosa⁴².

Por su parte, la Resolución 68/127 de la Asamblea General, titulada *"Un mundo contra la violencia y el extremismo violento"*, aprobada por consenso el 18 de diciembre de 2013, reconoció la necesidad de un enfoque integral a escala global para luchar contra el extremismo violento y hacer frente a su propagación que parta de la más enérgica condena y represión jurídica de toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Otros textos de NNUU recientes apelan de modo creciente

⁴⁰ RES 67/178, de 20 de diciembre de 2012; 68/169, de 18 de diciembre de 2013; y RES 69/174, de 18 de diciembre de 2014. Esta última condena expresamente *"cualquier apología del odio religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, ya sea mediante la utilización de medios de difusión impresos, audiovisuales o electrónicos o por cualquier otro medio"*; al tiempo que reconoce

que el debate de ideas público y abierto, así como el diálogo entre religiones, confesiones y culturas a nivel local, nacional e internacional, pueden ser las mejores formas de protección contra la intolerancia religiosa y pueden desempeñar un papel positivo en el fortalecimiento de la democracia y la lucha contra el odio religioso, y expresa su convencimiento de que un diálogo permanente sobre estas cuestiones puede contribuir a superar las percepciones erróneas que existen.

⁴¹ Que es una de las claves del llamado Plan de Acción de Rabat del Alto Comisionado de NNUU para Derechos Humanos, adoptado el 5 de octubre de 2012.

⁴² Así, la relativa a la *"Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión o las creencias"* (RES/66/168, de 19 de diciembre de 2011), o la Resolución sobre *"Promoción del diálogo, la comprensión y la cooperación entre religiones y culturas en pro de la paz"* (RES/66/226, de 23 de diciembre de 2011).

a la necesaria cooperación internacional ante la dimensión global y fanática que han cobrado algunos discursos del odio, como hace la Resolución 2178 (2014) de 24 de septiembre de 2014 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a propósito de la *“Lucha contra el extremismo violento para prevenir el terrorismo”*, especialmente centrada en las actividades del llamado “Estado Islámico” y en el uso de internet para la propagación del terror, la difusión de su mensaje o el reclutamiento de combatientes extranjeros.

6. La construcción de la tolerancia como reivindicación de la intransigencia frente a los enemigos del sistema

Los límites tradicionales de la libertad de expresión destinados a proteger el sentimiento religioso se desdibujan en la diversidad y pluralismo de la sociedad actual. La construcción del bien jurídico de la “tolerancia” encuentra, en este sentido, serias dificultades en la era postsecular. Es también difícil la elaboración jurídica del concepto de “sentimiento religioso” por la diversa percepción que del mismo tienen las distintas confesiones y los grupos que en ellas se insertan.

La tolerancia ha sido históricamente, más que una virtud cívica, una práctica necesaria, un útil expediente para garantizar la paz social⁴³. En este sentido, la tolerancia se ha entendido, las más de las veces, como una actitud pasiva de respeto hacia lo distinto, en el sentido etimológico más genuino del término que está en la base del pensamiento liberal de John LOCKE⁴⁴.

Frente a esta concepción pasiva e indulgente de la tolerancia, la *Declaración de Principios sobre la Tolerancia*, adoptada el 16 de noviembre de 1995 por la Conferencia General de la UNESCO bajo el aliento quien entonces era Director General de dicha Organización, Federico Mayor Zaragoza, explica el significado de la tolerancia con estas palabras:

“La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos (...) [Es] la armonía en la diferencia. No sólo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica.

⁴³ MARTÍNEZ PISÓN, J., *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Ed. Tecnos, 2001.

⁴⁴ Ampliamente expresado en su *Carta sobre la Tolerancia* escrita en 1689 (Ed. Tecnos, Madrid, 1985).

Tolerancia no es lo mismo que concesión, condescendencia o indulgencia. Ante todo, la tolerancia es una actitud activa de reconocimiento de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás. En ningún caso puede utilizarse para justificar el quebrantamiento de estos valores fundamentales (...).

Supone el rechazo del dogmatismo y del absolutismo (...). Practicar la tolerancia no significa tolerar la injusticia social ni renunciar a las convicciones personales o atemperarlas. Significa que toda persona es libre de adherirse a sus propias convicciones y acepta que los demás se adhieran a las suyas. Significa aceptar el hecho de que los seres humanos, naturalmente caracterizados por la diversidad de su aspecto, su situación, su forma de expresarse, su comportamiento y sus valores, tienen derecho a vivir en paz y a ser como son”.

Coincido con esta visión de la tolerancia como valor cívico ligado a la idea de libertad personal, pero comprometido activa y positivamente con el reconocimiento de unas reglas de juego inquebrantables que consisten en el respeto mutuo de derechos universales que son inherentes a todo ser humano y, por ello inalienables e inviolables. Un concepto de tolerancia que no nos hace indiferentes frente a cualquier idea o reivindicación, porque sólo reconoce y acepta las que respetan esos derechos y parte del reconocimiento de los mismos.

A mi juicio, este es el sentido que la Declaración Universal de Derechos Humanos quiere dar al concepto de tolerancia cuando recuerda en su Preámbulo que *“el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”* a lo largo de su Historia; para proclamar a renglón seguido, *“como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”*.

En consecuencia, la tolerancia no sólo debe esgrimirse para defender la libertad de expresión, sino también para proteger los sentimientos religiosos y la integridad de los grupos confesionales⁴⁵.

A raíz de ese concepto proactivo de tolerancia formularé a continuación dos tesis para orientar, con carácter general, la resolución de los conflictos entre la libertad de expresión y la libertad religiosa.

La primera parte de la refutación de una extendida opinión que considera que no todas las dimensiones del ser requieren una misma protección jurídica. Para esta

⁴⁵ Como ha sostenido NAVARRO-VALLS, R., “Convicciones religiosas y libertad de expresión”, *Diario el Mundo* el 24 de septiembre de 2007.

corriente de opinión, mientras que las condiciones de raza, sexo o nacionalidad no son, en principio, mudables, las ideas y creencias sí, por lo que no merecerían una protección tan firme. De acuerdo con ello se afirma que las ideas de superioridad de raza son totalmente inaceptables, pero que la crítica y la ofensa a la religión tienen mayor cabida por la mayor volubilidad de las mismas, pues si bien la raza no puede cambiarse, en nuestra relación con la religión caben la conversión y la increencia.

Algunos textos internacionales se han hecho eco de esta diferenciación, siquiera sea implícitamente. Así, mientras que la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación Racial de 1965 prohíbe en términos absolutos la simple difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, independientemente de sus efectos lesivos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado tan solo un año más tarde, acepta restricciones de la libertad de expresión en la medida en que sean necesarias para proteger un interés prioritario. A partir de aquí podría llegarse a la conclusión de que es aceptable un mayor grado de crítica respecto a la religión que respecto a cuestiones raciales, estableciéndose así un doble estándar de protección para el trato discriminatorio cometido por uno u otro motivo.

En desarrollo de esta tesis, la Recomendación 1805 (2007) del Consejo de Europa sobre “*Blasfemia, insultos religiosos y hate speech contra las personas en razón de sus creencias religiosas*” consideró que la blasfemia, como insulto a la religión, no debería ser contemplada como una ofensa criminal porque pertenece al plano moral y no al ámbito legal. Argumenta para ello que las leyes relativas a la blasfemia obedecen a la posición dominante de una religión particular en determinados Estados. De ahí que, a partir de la gran diversidad de creencias en Europa y del principio de separación entre Estado y religión, la criminalización de la blasfemia deba desaparecer. Respecto a los insultos religiosos, el Consejo de Europa parte de afirmar que las Confesiones religiosas deben tolerar la crítica pública y el debate sobre sus actividades, enseñanzas y creencias, siempre que tal crítica no promueva insultos gratuitos e intencionales o la incitación al odio, la violencia o la discriminación contra los fieles de una religión. Para el Consejo de Europa, la consecuencia de todo ello es que los Estados deberían penalizar solamente las expresiones sobre cuestiones religiosas en la medida en que disturben intencionalmente y gravemente el orden público y promuevan la violencia pública, entre las que se encuentra el *hate speech* antirreligioso.

Por su parte, la Comisión Venecia que antes citaba, admite que el respeto por los sentimientos religiosos puede ser violado por presentaciones provocativas de

objetos de veneración y ataques ofensivos a los principios religiosos y sus dogmas, y considera que estas actuaciones van contra el espíritu de tolerancia propio de una sociedad democrática. Además, señala que el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha de ser leído como un todo, por lo que la libertad de expresión debe ser sopesada con el derecho de otros a ser respetados en su religión y creencias así como con el interés general de preservar el orden público y la “paz religiosa”. Pero, a pesar de estos razonamientos, la Comisión concluye que “no es necesario ni deseable crear un delito de insultos religiosos sin el elemento de la incitación al odio como un elemento esencial”.

Creo que hay un error de base en este planteamiento. Mientras que no es difícil distinguir la difamación o el insulto religioso del delito de blasfemia, ya que en el primero se protege al creyente y en el segundo a la creencia, cuando se sostiene que el bien jurídico protegido en el insulto religioso es el respeto a los sentimientos religiosos, se tiende a considerar éstos como algo desvinculado de la libertad religiosa⁴⁶. Mientras que nadie duda de la proporcionalidad y necesidad de la protección penal de la libertad religiosa frente a la coacción para declarar o no declarar nuestras creencias o para celebrar y participar en actos religiosos, los sentimientos religiosos son considerados como algo de menor entidad jurídica; por tanto, se concluye que no merecen la intervención de la última *ratio* que representa la protección del Derecho Penal salvo cuando se hace apología del odio o de la discriminación, entendiendo que el sentimiento religioso sólo requiere protección cuando puede considerarse un elemento reactivo susceptible de alterar la paz social⁴⁷.

Si reducimos el contenido de la libertad religiosa a las situaciones en las que el sujeto decide si asiste o no a un acto, si se adscribe o no a una confesión, como mera inmunidad de coacción, se contempla parcialmente la libertad religiosa. Ésta comprende otros elementos en el goce y disfrute pacífico de tal libertad, que necesitan también ser amparados por el Derecho punitivo. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha reconocido en muchas ocasiones, al afirmar que los deberes y responsabilidades que implica el ejercicio de la libertad de expresión legitima una obligación de asegurar el pacífico disfrute de los derechos de quienes mantienen una creencia, incluyendo el deber de evitar expresiones que sean, en relación a objetos de veneración, “gratuitamente ofensivas”.

⁴⁶ PÉREZ-MADRID, F., “Incitación al odio religioso o hate speech y libertad de expresión”, *op. cit.*, pp. 27 y 28; y antes en su libro *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, Pamplona 1995, pp. 220-225.

⁴⁷ VÁZQUEZ ALONSO, V., “Libertad de expresión y religión en la cultura liberal... *op.cit.*, p.110.

A mi juicio no es posible proteger la libertad religiosa sin tutelar, a la vez, las personas, las cosas, los valores y los sentimientos de quienes los tienen. Todo ello estaría comprendido en el “contenido esencial” del derecho de libertad religiosa⁴⁸.

Si como ha defendido Jeremy WALDRON oponiéndose a la tradición liberal norteamericana, la libertad de expresión no sólo puede ofender, sino que puede producir un daño real a las personas⁴⁹, es preciso ofrecer desde el Derecho una tutela efectiva frente a determinados discursos que pueden afectar a la dignidad de las personas, entendida como estatuto moral sin el cual ésta no es reconocible y carecería de autonomía como miembro de la sociedad. En este sentido, la protección penal no se vincula a una determinada explicación trascendente de la vida o a la evitación de que el orden público y la paz religiosa se vea perturbada, sino a la dignidad que reviste la relación entre una persona y los valores que esa persona comparte y entiende trascendentes.

Esta relación trascendente es equivalente a la que la que nos une con otros símbolos identitarios que el Derecho también protege de forma reforzada, como sucede con los tipos agravados de la injuria que protegen determinadas instituciones políticas o civiles que el Derecho “sacraliza” –valga la expresión– tipificando como más graves las ofensas que se dirigen contra ellas.

En este orden de cuestiones, me parece jurídicamente acertada la posición de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, que en su Recomendación de Política General núm. 7 de 2002 recalca que la penalización de la difamación basada en motivos como la raza, la nacionalidad el origen étnico, o la religión, que la propia Comisión recomendaba tipificar a los Estados⁵⁰, es

⁴⁸ Conforme a una conocida jurisprudencia del Tribunal constitucional, el contenido esencial de los derechos fundamentales al que alude el artículo 53 de la CE está constituido por las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible, de un lado; y, de otro, para que queden eficazmente satisfechos los intereses jurídicos protegibles (SSTC 5/1981, de 11 de febrero, y 11/1981, de 8 de abril, entre otras muchas).

⁴⁹ WALDRON ha criticado los excesos liberales en la interpretación de la Primera Enmienda a la Constitución americana y en favor de la legitimidad de la restricción de ciertos discursos por su capacidad de dañar, *The arm in hate speech*, Harvard University Press, 2014; y, con anterioridad, en “Dignity and defamation: The visibility of hate”, *Harvard Law Review*, 123, 7, 2010, pp. 1596 y ss.

⁵⁰ En concreto, la Recomendación insta a los Estados que sus ordenamientos penales internos tipifiquen, entre otras conductas, “la incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación”, así como “las amenazas con respecto a una persona o a un conjunto de personas debidas a su raza, color, idioma, religión, nacionalidad o su origen étnico”.

compatible con la tendencia a la despenalización de la difamación que atañe a la crítica política⁵¹.

Desde esta perspectiva, no hay diferencia apreciable entre la protección de la condición racial y la condición religiosa, porque –a mi juicio– ambas son definitorias de la personalidad y del ser. De acuerdo con ello, cualquier escarnio intencionado y grave de las creencias, del culto o de la moral de una Confesión para ofender dichos sentimientos, ha de ser considerado como antijurídico, porque la protección de los sentimientos religiosos frente al insulto es equivalente a un trato indigno o denigrante.

La segunda tesis supone reivindicar la vieja doctrina del abuso del Derecho en el marco de una democracia militante.

El Derecho aplicable a los conflictos entre derechos y libertades fundamentales se ha servido siempre de una serie de conceptos abstractos con los que intentar poner coto a un ejercicio de los derechos potencialmente destructivo de las bases de la convivencia en libertad. En este sentido, la doctrina del abuso del derecho fue formulada originariamente por los revolucionarios franceses como un blindaje frente a toda extralimitación de un derecho que supusiera la negación de otro de igual rango (*pas de liberté pour les ennemis de la liberté*). Más tarde inspiró el llamado “principio del daño” formulado por John Stuart MILL a mitad del siglo XIX, según el cual lo único que podía autorizar individual o colectivamente a turbar la libertad de acción de alguien era la propia protección⁵². La prohibición del abuso del Derecho pasó de ahí a las grandes Declaraciones de derechos humanos del siglo XX como fórmula general de prohibición de que nada de lo en ellas reconocido, tanto los derechos como sus posibles limitaciones, pudiera ser usado para destruir alguno de los derechos o libertades también reconocidos en las mismas.

⁵¹ Que viene siendo asimismo recomendada por el Consejo de Europa, como por ejemplo hace la Declaración del Comité de Ministros sobre la libertad de discurso político en los medios de comunicación de masas de 2004, en la que se dice que la difamación o el insulto en los medios de comunicación no debe traducirse en pena de cárcel “salvo que esta pena sea estrictamente necesaria y proporcionada en relación con la gravedad de la violación de los derechos o la reputación del prójimo”.

⁵² En su *On Liberty* (1859), ampliamente comentado por CUEVA FERNÁNDEZ, R., en “Discurso discriminatorio y derechos políticos: algunas reflexiones a propósito de la obra de John Stuart Mill”, *Ilemata*, núm. 13, 2013, pp. 231 y ss. Desde entonces, se viene exigiendo a la doctrina del abuso del derecho la concurrencia del tres requisitos: a) un uso de un derecho subjetivo aparentemente legal; b) un daño de un derecho o de un interés ajeno que es consecuencia del ejercicio de dicho derecho; y, c) carácter antisocial de ese daño, que el afectado no tiene jurídicamente que soportar.

Como ha señalado el Profesor REVENGA, en los últimos tiempos, la doctrina del abuso del derecho le está sirviendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para reivindicar los principios de una democracia militante en la defensa de ciertos valores comunes europeos⁵³. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo parece situarse, de este modo, en la defensa del principio de igualdad y no discriminación insertando dicho principio en el ámbito protegido por la libertad religiosa. La doctrina del abuso del derecho se emplea aquí por el Tribunal para garantizar el sistema de valores democráticos evitando que los grupos mayoritarios ejerzan sus derechos de un modo que destruyan los derechos y libertades establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El abuso del derecho ha sido aplicado así a afirmaciones que expresan mensajes racistas, que defienden el nacionalsozialismo o que niegan el holocausto; así como a aquellos otros que ofenden de forma gratuita y sin provecho alguno los sentimientos religiosos.

Haciendo uso de la prohibición del abuso del Derecho, que es la cláusula de cierre del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo denota una concepción de la democracia decididamente militante, con importantes implicaciones para la defensa activa de los valores democráticos en el ámbito europeo.

Como explicara Karl LOWENSTEIN⁵⁴, la democracia militante se distancia de la democracia liberal tradicional, de carácter más formal, en que atribuye una misión performativa al Estado en la defensa del pluralismo como sostén de la democracia. A mi juicio, la democracia en Europa está hoy asentada sobre las bases proactivas de una democracia militante, de una democracia activamente comprometida con los pilares que la sostienen. No en vano, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea enfatiza de forma prescriptiva que

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

Por la misma razón, el Tratado de Amsterdam introdujo un mecanismo jurídico de sanción frente a los supuestos de violación grave por parte de un Estado miembro de los derechos que hoy proclama la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

⁵³ *La Europa de los derechos, entre tolerancia e intransigencia*, Madrid, Difusión jurídica, 2007.

⁵⁴ “Militant Democracy and Fundamental Rights”, *American Political Science Review*, vol. XXXI, núm. 3, 1937, pp. 417 y ss., y vol. XXXI, núm. 4, 1937, pp. 638 y ss.

Europea (art. 7 del TUE). Lo que a veces nos falta, sin embargo, es el coraje político para aplicarlo, como prueba la impasibilidad de las instituciones europeas frente a las reacciones represivas de ciertos Gobiernos, particularmente el húngaro, ante la terrible crisis humanitaria de los refugiados de Oriente medio que vienen a Europa huyendo de una guerra alimentada por el odio étnico y religioso.

En todo caso, para el modelo europeo de democracia, el pluralismo no es un simple valor de reconocimiento, como se conoce en la tradición liberal; ni tampoco un mero límite a la libertad, en la concepción ilustrada que hicieron suya los revolucionarios franceses; sino un valor prescriptivo que entraña obligaciones positivas para un Estado que milita activamente en defensa de la democracia. Podría decirse, así, que para una democracia comprometida positivamente con los valores que preconiza, la defensa de los derechos fundamentales exige ser radical. De lo contrario podríamos caer en lo que el Ministro de propaganda nazi Goebbels llamaba la gran broma de la democracia: poner a plena disposición de sus enemigos mortales los medios para destruirla⁵⁵. Por lo tanto, hemos de considerar que toda concesión en esta materia supondría una hipoteca del régimen democrático⁵⁶.

En palabras del profesor REVENGA,

ello no va a trastocar el compromiso de las democracias liberales con el libre flujo de las ideas sin censura previa, pero sí es posible que realce la idea de las palabras con capacidad de producir daño, inclinando la balanza, ante un conflicto concreto, del lado de la acción de la intransigencia. Si fuera así, no se estarían degradando los fundamentos de las democracias liberales, sino reafirmando los para mantenerlos vivos y legárselos a las generaciones futuras⁵⁷.

La construcción de la tolerancia requiere – a mi juicio– evitar las conductas que no aportan nada al desarrollo de una sociedad más libre o más plural; que solo entrañan una satisfacción privada de su autor que se corresponde con el profundo dolor de otros, y que pueden ser reprendidas por el Estado en aras al sostenimiento del sistema democrático. Creo, en suma, que es legítimo reivindicar la construcción de la tolerancia desde la reivindicación de la intransigencia frente a los enemigos del sistema.

⁵⁵ Citado por GADIROV, J., "The Principles of Legal Pluralism and Militant Democracy", *Islam, Europe, and Emerging Legal Issues*, op. cit., p. 276.

⁵⁶ Como ha hecho Marc CARRILLO "Libertad de expresión, sátira y religión", *Diario El País*, 16 de febrero de 2006.

⁵⁷ "Los discursos del odio y la democracia adjetivada...", op. cit., p. 30.

Si hoy prohibimos el insulto en un campo de fútbol, podemos y debemos impedir otras ofensas intolerables. Vivimos en una sociedad que exige que cualquier práctica social o política se legitime en un principio racional deducible de un corpus muy formalizado (en nuestro caso, la Constitución). Acaso la construcción de la tolerancia esté más en el terreno de las virtudes cívicas que en el de los derechos subjetivos; más en el terreno de la ética prudencial que preconizaba Aristóteles que en el de la lógica formal y principialista⁵⁸, y que APEL y HABERMAS reformularon para este concreto ámbito de la libertad de expresión apelando a la ética del discurso como ética de la responsabilidad⁵⁹.

A modo de conclusión: La educación en derechos humanos como instrumento para la subversión del desorden establecido

A diferencia del amor, el odio es un sentimiento de naturaleza más cultural que biológica. Es un sentimiento de cocción lenta. No se odia a primera vista. Y al ser un fenómeno esencialmente cultural y estereotípico, su único antídoto es la educación.

Como ya advirtiera Bertrand RUSSELL en plena efervescencia de los movimientos totalitarios que provocaron la segunda guerra mundial, la única protección eficaz contra los radicalismos y contra los llamamientos demagógicos al odio es la educación. Comparto plenamente este juicio. Estoy convencido de que la educación es el mejor camino para profundizar en la democracia y en la progresiva realización de un mundo en el que los seres humanos, todos los seres humanos sin distinción ni discriminación alguna, puedan disfrutar de la dignidad que les es inherente.

Las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas de los últimos años sobre la *“Lucha contra la intolerancia, los estereotipos negativos, la estigmatización, la discriminación, la incitación a la violencia y la violencia contra las personas, basados en la religión o las creencias”*⁶⁰ aportan una clave en este sentido que me parece muy importante, al solicitar a los Estados miembros que realicen acciones a través de la educación para fomentar el respeto a los derechos humanos y educar

⁵⁸ RUIZ SOROA, J. M.^a, “No blasfemen, por favor”, *Claves de Razón Práctica*, n.º 240, 2015, pp. 9 y ss.

⁵⁹ APEL, K.-O., *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 147-148; y HABERMAS, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985; y *Teoría de la acción comunicativa*, Cátedra, Madrid, 1989. Véase, *in extenso*, el trabajo de CORTINA, A., “La ética discursiva”, en CAMPS, V. (ed.), *Historia de la ética*, Barcelona, Crítica, 1985, pp. 532 y ss.

⁶⁰ RES 67/178, de 20 de diciembre de 2012; RES 68/169, de 18 de diciembre de 2013, y RES 69/174, de 18 de diciembre de 2014.

en el valor de la tolerancia, dando la mayor importancia a la necesidad de tomar conciencia de las diferentes culturas, religiones o creencias, y de promover en sus sistemas educativos la aceptación y el respeto de la diversidad y la eliminación de la discriminación basada en la religión o en las creencias.

La educación a la que me refiero, por decirlo con palabras de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es la que *"tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales"*. La que debe favorecer *"la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos"*. Como dijo el profesor CARRILLO SALCEDO en el discurso que pronunció al recibir la distinción de Hijo Predilecto de Andalucía, *"La educación en la solidaridad, en las exigencias del interés general y de los deberes hacia los demás, es el mejor instrumento para la subversión del desorden establecido"*⁶¹.

El fundamento de esta afirmación está bien expresado en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos: *"toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad"*.

El problema capital de la teoría política es justamente ese: cómo combinar la libertad personal con el grado de cohesión necesario para la convivencia. Esto último exige que los derechos tengan límites. Que no todo vale. Que el ejercicio de nuestros derechos implica deberes y responsabilidades.

La reivindicación de esos deberes y responsabilidades es un ingrediente imprescindible en la búsqueda de un concepto más amplio de la libertad. Como dijo el profesor TOMÁS y VALIENTE poco antes de ser asesinado en su despacho de la Universidad Autónoma, *"la tolerancia de nuestro tiempo ha de ser entendida como el respeto entre hombres iguales y libres, entre hombres igualmente libres"*⁶²; expresando el deseo de instalar –como más poéticamente ha dicho Pedro Casaldáliga– *"el ideal de la igualdad en el ideal de la libertad"*.

Odio e igualdad son conceptos antagónicos. Si no nos tratamos como iguales, nunca seremos libres.

⁶¹ http://www.juntadeandalucia.es/html/especiales/28f2009/30217_2009.html

⁶² "Ensayo para una historia de la tolerancia", *El País*, 29 de noviembre de 1996, artículo póstumo que recoge el texto de una conferencia de igual nombre pronunciada por Tomás y Valiente el 15 de noviembre de 1995.